



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO:

**“LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y LA VERDAD
BIOLÓGICA DEL HIJO EN EL DERECHO CIVIL DE FAMILIA
EN EL PERÚ”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

ANA MARIA CRUZ GUERRERO

ASESOR

MG. JAVIER DIAZ DIAZ

Chiclayo

Junio 2019

**“LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y LA VERDAD BIOLÓGICA DEL
HIJO EN EL DERECHO CIVIL DE FAMILIA EN EL PERÚ”**

Tesis presentada por la Bachiller Srta. **ANA MARÍA CRUZ GUERRERO**, a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el **TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**.

Ana maría Cruz Guerrero
Bachiller

Mg. Javier Diaz Diaz
Asesor

Aprobado por:

Dr. Lito Becerra Angulo
Presidente

Teófilo Ramón Rojas Quispe
Secretario

Mg. José Horna Segura
Vocal

DEDICATORIA

A DIOS

Por su amor infinito, por no soltar mi mano y no dejarme rendir cuando sentía que ya no había fuerzas para continuar, porque el viaje fue duro pero Dios siempre me acompañó en éste largo recorrido.

A MI PADRES, NOE CRUZ ROMAN E HILDA GUERRERO LABÁN.

Porque son la luz que iluminan mi vida, por inculcarme desde mi niñez los buenos valores de la vida tanto espirituales como morales y sobre todo por enseñarme que la humildad es la clave del éxito y que cuando uno quiere alcanzar algo no existen los limites solo debemos ser perseverantes y no dejarnos vencer ante las adversidades de la vida.

A MIS HERMANOS

NORMA, VIOLETA, LUZ, MARCOS, HILDA, por su apoyo incondicional, por sus consejos para no rendirme y querer que yo sea cada día mejor.

A mi sobrinito ADRIANO MATHIAS quien es mi adoración.

AGRADECIMIENTO

A mi Dios todo poderoso por permitirme alcanzar una de mis metas trazadas.

A mis padres, por su apoyo incondicional.

A mis hermanos por contribuir con cada granito de arena que fue muy valioso e importante durante estos años.

A mis maestros, quienes contribuyeron con sus enseñanzas y consejos durante todos los años de mi formación profesional.

MUCHAS GRACIAS

PRESENTACIÓN

Toda persona tiene derecho a su identidad, la verdad sobre la paternidad genética no puede quedar subordinada a plazos de caducidad. Este criterio debe ser aplicado de modo que ninguna norma, ya sea ésta vigente o pretenda aplicarse de forma ultractiva (como el Código Civil de 1936), pueda desconocer el derecho constitucional a la identidad.

El derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica.

La impugnación de paternidad resulta procedente si se solicita dentro del año en el que recién se supo de la existencia del padre biológico, incluso si la hija o hijo ya pasaron la mayoría de edad. De esta manera, se resguarda el derecho a la identidad al tomar en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar el plazo de impugnación.

El derecho a la identidad del menor es, en algunos casos, superior a las bases del Derecho Civil. Precisamente, atendiendo el interés superior del niño, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señaló a través de una jurisprudencia que no siempre son aplicables los artículos 396 y 404 del Código que protegen la presunción de paternidad.

ABSTRACT

Because everyone has the right to their identity, the truth about genetic parenting can not be subordinated to expiration periods. This criterion must be applied in such a way that no rule, whether current or intended to be applied in an ultractive way (such as the Civil Code of 1936), may ignore the constitutional right to identity.

The right of the child to know his parents assumes that the determination of the legal relationship generated by procreation should not presuppose a family placement referring to the existence or non-existence of marriage between the parents; That is, the filial state must find, as a reference, only biological reality.

The challenge of paternity is appropriate if requested within the year in which the biological father was only recently learned, even if the daughter or child has passed the majority. In this way, the right to identity is protected by taking into account the effective date of knowledge of the paternity to compute the term of challenge.

The right to the identity of the child is, in some cases, superior to the bases of Civil Law. Precisely in the best interests of the child, the Transitory Civil Chamber of the Supreme Court stated through case law that articles 396 and 404 of the Code protecting the presumption of paternity are not always applicable.

INDICE

AGRADECIMIENTO.....	iv
PRESENTACIÓN.....	v
ABSTRACT.....	vi
INTRODUCCIÓN	xi

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	12
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.4.- JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	17
1.5.- OBJETIVOS.	18
1.5.1.- General.....	18
1.5.2.- Especifico.....	18
1.6.- HIPÓTESIS	19
1.7.- VARIABLES.	19
1.7.1.- Variable independiente. (Variable causal).....	19
1.7.2.- Variable dependiente (Variable efecto).	19
1.8.-METODOLOGIA	19
1.8.1.-Tipos de investigación y análisis	19
1.8.2.- Técnicas	20
1.8.3.- Población y muestra	20
1.8.4.- Instrumentos.....	20
1.8.5.-Plan de Procesamiento para análisis de Datos.	20

MARCO TEÓRICO

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	21
--	----

2.2.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA.....	22
2.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.	24
2.4.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO EN EL SISTEMA FILIATORIO:	26
2.5.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	28

CAPITULO III

IDENTIDAD BIOLÓGICA.

3.1.- CONCEPTO DE IDENTIDAD.....	36
3.2.- CONCEPTO DE IDENTIDAD BIOLÓGICA.	38
3.3.- LO BIOLÓGICO Y LO JURÍDICO.....	39
3.4.- CLASES O GRADOS DE PATERNIDAD.	41
3.5.- NUEVA TEORÍA DEL PARENTESCO GENÉTICO.	42
3.6.- PRINCIPIO DE PRUEBA DE PATERNIDAD	46
3.7.- NATURALEZA Y VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS HEREDOBIOLOGICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.....	47
3.7.1.- Prueba Ordinaria	49
3.7.2.- Prueba Extraordinaria.....	49
3.8.- LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN.....	50
3.9.- NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN BIOLÓGICO	50
3.9.1.- Negativa Justificada	50
3.9.2.- Negativa Injustificada.	52
3.10.- EFECTOS JURÍDICOS.	53
3.11.-VALORACIÓN DE LA NEGATIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRUEBAS. .	54
3.12.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA.	56
3.13.- EL DERECHO A VIVIR CON LA FAMILIA BIOLÓGICA ES PARTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.	57
3.14.- NO RECONOCER EL DERECHO A LA IDENTIDAD ATENTA CONTRA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	59

3.15. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA IDENTIDAD.....	60
3.15.1.- En Perú.....	60
3.15.2.- Convención De Los Derechos Del Niño.	61

CAPITULO IV

LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL

4.1.- CONCEPTUALIZACIÓN	63
4.1.1.- La filiación como hecho natural y como hecho jurídico:.....	64
4.1.2.- La filiación como hecho natural.	64
4.1.3.- La filiación como hecho jurídico.....	64
4.2.- CLASES DE FILIACIÓN:.....	65
4.2.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:	65
4.2.3.- Filiación Adoptiva:.....	66
4.3.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.....	66
4.4.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.	67
4.5.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:	68
4.5.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.	68
4.5.2.- Teoría de los Derechos de la Persona	69
4.6.- NEGATIVA JUSTIFICADA:.....	72
4.7.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:	73
4.8.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:.....	74
4.9.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.....	74
4.9.1.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN	75

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA

5.1.- INTRODUCCIÓN	77
--------------------------	----

5.2.- LA SOLUCIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	79
5.3.- EL DERECHO DEL NIÑO, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, A CONOCER A SUS PADRES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	88
5.4.- EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVARLA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	98
5.5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA.....	101
6.1.- ENTREVISTA A ABOGADOS CIVILISTAS DEFENSA LIBRE.	114
6.2.- ANÁLISIS DE RESULTADOS:	119
CONCLUSIONES	121
RECOMENDACIONES	122
BIBLIOGRAFIA	123
ANEXOS	124

INTRODUCCIÓN

En la investigación de la filiación coexisten dos intereses forzosamente contrapuestos: el interés del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen, en definitiva; y, el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar en profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMATICA

El derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales.

Además, cabe destacar la concreta relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica.

El derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. Por ello debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Ello se presente como un límite intrínseco a este derecho.

En la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, en definitiva. Y el interés del

presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su “paz familiar”.

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo se localiza en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar con profundidad una realidad sociológica anterior.

Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (derecho a los apellidos, derecho a alimentos y derechos sucesorios).

De aquí, pues, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres. Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. “La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en

abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el mes de agosto se publicó el Decreto Legislativo N° 1377: “Ley que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes”. En la cual se introduce cinco modificaciones sustanciales y una derogación al Código Civil peruano.

Entre los artículos que se han modificado tenemos:

1. El artículo 361° sobre la presunción de paternidad. Si bien se presume que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, no obstante, se ha incorporado una excepción: la declaración expresa de la madre en el sentido de que su marido no es en realidad el padre de su hijo.
2. El artículo 362° incide sobre la presunción de paternidad aplicable a los hijos matrimoniales, salvo la declaración expresa de la madre de que el marido no es el padre de su hijo.
3. El artículo 396° varía sustancialmente las reglas sobre reconocimiento del hijo de mujer casada, ya que, conforme a la norma derogada, el hijo de mujer casada sólo podía ser reconocido después que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia firme y favorable. Conforme a las nuevas reglas, cuando la madre haya declarado expresamente que el hijo no es de su marido, aquel puede ser reconocido por su verdadero progenitor. Este reconocimiento puede realizarse cuando la madre y el progenitor acuden al Registro Civil o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el

padre. Asimismo, procede el reconocimiento por el verdadero progenitor cuando el marido no hubiese negado la paternidad y obtenido sentencia favorable sobre el proceso de negación de paternidad matrimonial.

4. También han sido modificadas las reglas sobre procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en este sentido, **el inciso 6 del artículo 402°** dispone que, si a través de la prueba genética de ADN, u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza, se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo, el juez desestimaré la presunción de paternidad matrimonial, sin necesidad que el marido haya negado la paternidad.

Según refiere el artículo 1° del decreto legislativo N° 1377, este tiene por objeto fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, garantizando el pleno ejercicio de su derecho a la identidad, al nombre, la reserva de su identidad y la de sus familiares ante casos de violencia, así como la priorización en el pago de las pensiones alimenticias determinadas a su favor en sentencias judiciales.

Ante este nuevo escenario legislativo nos preguntamos:

- ❖ ¿estas modificaciones realmente garantizan el derecho a la identidad y al nombre de las niñas, niños y adolescentes?

Lo primero que hay que tener en cuenta es que en su mayoría las modificaciones —excepcionalmente el artículo 46°—, giran en torno a la determinación de la filiación del hijo de mujer casada. En este sentido, la filiación del hijo matrimonial ha estado siempre resguardada por la presunción de paternidad, conforme a la cual se presume que los hijos de la mujer casada tienen por padre al marido, consecuencia lógica del deber de fidelidad que se supone la

mujer guarda a su marido, así como de la relación con mutua disponibilidad sexual que el matrimonio implica.

Pero hay que tener en cuenta con las nuevas reglas de determinación de la filiación matrimonial, bastaría la mera declaración expresa de la madre para destruir la presunción de paternidad, lo que nos lleva a identificar los siguientes problemas:

1) La falta de previsión de un plazo para que la madre declare que su hijo no tiene como progenitor a su marido, ya que si se determina la filiación a favor de este último, se activan el entramado de derechos y obligaciones que la patria potestad implica, además del respectivo vínculo afectivo que generará el marido con el niño(a) que cree su hijo, y si luego la madre declara que el verdadero progenitor es un tercero, se generaría una situación que claramente puede afectar la formación de la identidad filiatoria del menor.

2) La falta de determinación de la filiación de los hijos matrimoniales en aquellos casos en los que la madre hubiese expresado que su marido no es el padre y el verdadero progenitor no haga un reconocimiento voluntario de paternidad.

3) La falta de determinación de la obligación alimentaria respecto de aquellos hijos matrimoniales cuya madre haya declarado expresamente que su marido no es el padre y cuyo verdadero progenitor no pretende reconocerlos voluntariamente.

Asimismo, las modificaciones introducidas siguen sin resolver el problema sobre la determinación de la filiación del hijo de mujer casada concebido mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga (con gametos de donante anónimo) pero sin consentimiento del marido, al cual se le aplica indefectiblemente la presunción de paternidad.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida se da la discrepancia jurídica entre la presunción de paternidad y la verdad biológica del hijo menor en la realidad peruana?

1.4.- JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.

La presente investigación se justifica por la trascendencia jurídica ya que consideramos que las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo 1377 podrían generar efectos totalmente contrarios a la finalidad del legislador: garantizar el derecho a la identidad y al nombre de niñas niños y adolescentes, siendo estos últimos perjudicados por el cambio de normativa. En este sentido, las modificaciones que se analizan abren la puerta a importantes problemas jurídicos cuya solución se hallará, probablemente, en los tribunales –con la consecuente sobrecarga de demandas judiciales en torno a estas cuestiones– así como en la doctrina, que seguramente tendrá mucho que decir al respecto.

Debe apreciarse que todo régimen legal de filiación resulta del juego de los principios *favor veritatis*, *favor legitimitatis* y *favor filii*, todos los cuales están previstos en el sistema constitucional de filiación que se trate; de tal manera que en cada ordenamiento jurídico se organiza un esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios. Un análisis de conjunto de las normas del régimen legal puede permitir conocer el criterio o el principio rector que, del sistema constitucional de un determinado país, se ponderó preferentemente.

El régimen de filiación anterior al Código Civil de 1984 se sustentó en los principios del *favor legitimitatis* y de jerarquía de filiaciones. De la revisión de las disposiciones de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, se concluye que el

principio *favor legitimitatis* importó extender la protección dispensada a la familia matrimonial a favor de los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la evidencia biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. De otro lado, por el principio de jerarquía de filiaciones se admitió la existencia de diversas clases de filiación con clara discriminación de la ilegítima en orden a los efectos personales y patrimoniales.

Con el Código Civil de 1984 tal situación sólo varió en cuanto al principio de jerarquía de filiaciones. Éste fue sustituido por el principio de igualdad de categorías de filiación en virtud del cual se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- General

- ❖ Determinar el vacío legal o las lagunas del Derecho, respecto a la Legislación sobre la presunción de paternidad y la verdad biológica del hijo menor en la legislación civil peruana.

1.5.2.- Especifico

- Establecer el interés superior del niño de conocer a sus verdaderos padres.
- Examinar los daños morales derivados del desconocimiento malicioso del nexo biológico y de la negativa infundada a generar espontáneamente el específico vínculo jurídico paterno filial, precisando las formas de reparación.

- Determinar los daños resarcibles (emergente y lucro cesante) en la institución jurídica de la filiación de naturaleza extramatrimonial.

1.6.- HIPÓTESIS

En el supuesto de surgir una controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo menor de mujer casada, el actual ordenamiento civil pondera preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial.

1.7.- VARIABLES.

.7.1.- Variable independiente. (Variable causal)

- Presunción de Paternidad.
- Hijo de mujer casada o hijo extramatrimonial.

1.7.2.- Variable dependiente (Variable efecto).

- Evidencia biológica.
- Verdad biológica.

1.8.-METODOLOGIA

1.8.1.-Tipos de investigación y análisis

Métodos

La dirección de la investigación se hizo centrada en el método científico adaptado a la ciencia del derecho y buscando los mejores niveles cognoscitivos. Por eso se utilizó el método de análisis-síntesis, aplicado a la información sobre el tema investigado para sacar conclusiones valederas y formular frente a ellas alternativas o vías de solución.

Así mismo, utilizamos el método comparativo jurisdiccional y de competencia procesal.

1.8.2- Técnicas

Documental: Se extrajo de los datos pre-existentes.

De Análisis

Una vez acopiada la información, se ingresarán todos los datos al ordenador para su correspondiente procesamiento; para ser descritos, examinados y sirvan de fuente para la extracción de la síntesis informativa.

1.8.3.- Población y muestra

Población: Distrito judicial de Lambayeque

Muestra: Casos registrados en Juzgados de paz letrado de Familia,

1.8.4.- Instrumentos.

- Fichas de recopilación de datos
- Notas de Campo. Entrevista

1.8.5.-Plan de Procesamiento para análisis de Datos.

Los datos recopilados en la presente investigación, serán procesados mediante el programa Microsoft Word y serán analizados y posteriormente para la elaboración de datos estadísticos, mediante el programa Microsoft Excel. En los cuales se demostrará a través de cuadros la clasificación de los adolescentes por cada hecho delictivo.

Lo que permitirá hacer las Conclusiones y Recomendaciones correspondientes.

CAPITULO II

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD

2.1.- EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como hemos visto es acogido por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de la cual el Estado Peruano es parte. En tal sentido, si bien nuestra Constitución no reconoce el principio del interés superior del niño de manera expresa; sí reconoce en su artículo 4 que el Estado protege al niño, niña y adolescente; así como a la familia. Adicionalmente, a ello reconoce en su artículo 2 y 3 (mediante la cláusula abierta de derechos) los diversos derechos fundamentales que también coinciden con los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, de acuerdo al artículo 55 de nuestra Constitución, los tratados celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, por lo que la Convención sobre los Derechos del Niño, al ser un tratado adoptado por el Estado peruano, forma parte de nuestro derecho interno. Es por ello, y en virtud de la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Carta Magna, que señala que los derechos y libertades proclamadas en la Constitución se deberán interpretar a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, que podemos interpretar que el interés superior del niño no solo es un principio internacional, sino también consagrado a nivel interno.

En tal sentido, ha sido recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños, Niñas y Adolescentes del 2000, el cual señala que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los

Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

Ahora bien, al igual que en el ámbito internacional es necesario que las autoridades analicen el interés superior del niño en el caso concreto y de esa manera se pueda comprender cabalmente su contenido. En razón de ello comentaremos dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional concernientes a los derechos de los niños y cómo han interpretado los magistrados el interés superior del niño en función a sus derechos.

2.2.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO A VIVIR EN UNA FAMILIA

La Sentencia del Tribunal Constitucional STC-2165-2002-HC/TC del 14 de octubre de 2002, versa sobre un proceso de habeas corpus, interpuesto por Lady Rodríguez Panduro, contra el Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Humano, para que le sea entregada la niña de 3 años de edad, que había criado como hija, y en ese momento se encontraba en un albergue infantil. La demandante había recibido a la niña a pocos días de nacida por su madre biológica, quien se la entregó para que la críe como a su hija.

En tal sentido, la demandante registró a la niña como tal. Dos años después, la madre biológica denunció a la demandante por rapto y le reclamó la entrega de la niña. No obstante, la madre biológica logró su cometido y le entregaron a su hija, tanto la madre como el padre biológico no cumplieron con sus obligaciones como padres de la niña, siendo que terminaron declarando a la niña en estado de abandono, internándola en un albergue infantil. Ante estos hechos, es que doña

Lady Rodríguez interpuso el habeas corpus, y el Tribunal resolvió a su favor, en tanto se ponderó el derecho a la niña a vivir en una familia acorde al interés superior del niño.

Alex Plácido señala, respecto a este caso, Aquí, el “interés superior del niño” ha actuado como un “interés autónomo”, como el único relevante en este contexto social y normativo, de forma que debe sobreponerse a cualquier otro. Se aprecia que existe un conflicto de intereses y valorando cada uno de ellos en el respectivo contexto, se ha decidido a favor del “interés superior del niño”¹ de las alternativas y opciones posibles en el ejercicio del derecho cuestionado (la continuación del internamiento en un albergue de menores o la entrega de la niña a la demandante, quien ha actuado en todo momento como una madre para la menor), se ha determinado dónde está el mejor beneficio o interés del menor en la situación de referencia. Opciones e interés contemplados desde la perspectiva del niño, como sujeto de derecho que vive su problema en un lugar y momento determinados. (Plácido 2006:45).

En este caso hemos podido apreciar cómo el interés superior del niño, traducido en lo que mejor le conviene a la niña para su desarrollo integral, pesa para analizar el derecho de esta a vivir en una familia, que si bien no era su madre biológica, era la única madre a la que había conocido, en tanto la demandante la crió desde su nacimiento. El derecho a vivir en una familia, implica el derecho de la niña a no ser separada de sus padres (consagrado en el artículo 9 de la Convención), salvo que la convivencia con ellos conlleve a alguna afectación a los

¹ Cabe acotar que parece desprenderse de la cita del autor que el interés superior del niño prevalece como interés autónomo, sin embargo este no tiene un contenido específico, al contrario debe ser dotado de contenido conforme al caso en concreto. Consideramos que en este caso, el interés superior del niño era representado porque la niña satisficiera derechos tales como el vivir en una familia (la demandante tenía una maternidad social), la integridad psicológica, el derecho a un desarrollo integral, entre otros

derechos de la hija, y sean contrarios a su interés superior. En este caso, se puede apreciar porque la niña es internada en un albergue infantil, en tanto los padres biológicos no le daban los cuidados adecuados y ello afectaba sus derechos. En virtud de ello, la medida más favorable para la niña era vivir con la persona que le propino los cuidados necesarios desde nacida y a la que ella identificaba como madre.

2.3.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

El principio del interés superior del niño, como hemos analizado en los apartados anteriores, es un principio guía que rige el ordenamiento nacional en todo lo que concierne a niños, niñas y adolescentes. Ello en virtud de que es un principio consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado ratificado por nuestro país, y que forma parte del Derecho nacional; y es un principio el cual debe coadyuvar a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. En tanto en el Estado Constitucional, prima el sometimiento de la administración pública, poderes y sociedad a la Constitución con sus derechos y principios; el interés superior del niño, cumple un rol fundamental, al ser un criterio primordial a considerar ante cualquier acto que involucre a niños y niñas.

No obstante, cabe recalcar que si bien se menciona al interés del niño como “superior”, se debe tener cautela con este superlativo, ya que en un Estado Constitucional, no existen valores absolutos que primen sobre otros; sino que siempre cabe la ponderación y la evaluación en el caso concreto para que se resguarden los derechos de los involucrados.

Si bien es cierto, los niños y niñas conforman una población vulnerable a la que hay que prestar cuidados especiales, esto no debe ser óbice para que se aplique el interés superior del niño, arbitrariamente en desmedro de otros derechos de los demás sujetos.

Plácido señala, Se han hecho algunas críticas concerniendo la utilización de este superlativo, infiriendo que “el interés superior” (the best interests) significaba que en cualquier circunstancia, el interés del niño debía primar sobre cualquier otro interés; de esta manera, se haría del niño un ser de excepción que, desde el momento en que se encontrara en interferencia con otras personas no niños u otros cuerpos sociales, tendría forzosamente siempre razón. No se puede apoyar esta posición ya que si se pone otra vez en relación el artículo 3, primer párrafo, con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, se comprende bien que el niño no es una persona individualizada al extremo, sino que permanece como una persona miembro de su familia y miembro de la comunidad. (Plácido 2006: 33-34)

Finalmente, como hemos recalcado, este principio se debe dotar de contenido- como puede constar en la argumentación de las sentencias de la CIDH, como en otros pronunciamientos internacionales y nacionales- analizando los elementos del caso concreto, las características y particularidades de los niños y niñas involucrados y el contexto al cual pertenecen, para verificar si se está cumpliendo con el principio del interés superior del niño, y en caso de conflicto entre derechos del propio niño/a o con terceros, ponderar atendiendo a lo que mejor favorezca al desarrollo integral del niño/a y justificando razonadamente el porqué de tal ponderación. Solo así se podrá superar las críticas de quienes señalan que por la vaguedad del principio del interés superior del niño en la normativa, se genera un ejercicio discrecional arbitrario por parte de las autoridades.

2.4.- LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO EN EL SISTEMA FILIATORIO:

El derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la identidad.

Mediante este apartado analizaremos dos de los derechos fundamentales que resultan relevantes en el sistema filiatorio peruano, cuál es su naturaleza y cómo pueden resultar afectados por normas de derecho de familia que no atienden el mandato constitucional de protección. El primero de ellos, es de suma relevancia en el Estado constitucional, en tanto sostenemos que este principio y derecho constitucional es transversal a toda la regulación legislativa, en especial en cuanto a la regulación de las relaciones familiares, como la filiación. Asimismo, será fundamental para nuestro análisis posterior, haber desarrollado el mandato de no discriminación, en tanto sobre él nos amparamos al analizar que la regulación específica sobre impugnación de la paternidad matrimonial es discriminatoria por razón de género. Por otro lado, desarrollaremos el derecho a la identidad, sus implicancias y la relevancia de atender primordialmente a este ante la creación de legislación sobre filiación, así como al aplicar la normativa en casos concretos.

En primer lugar, cabe hacer la distinción entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales. Mientras que los derechos humanos se refieren a los derechos de las personas reconocidos a nivel internacional mediante declaraciones y pactos internacionales sobre la materia; los derechos fundamentales aluden a estos mismos derechos pero que han sido positivizados en el ordenamiento interno, generalmente en su Constitución, y que gozan de una tutela reforzada. Por su parte, los derechos constitucionales, son aquellos derechos que han sido reconocidos por la norma suprema, la Constitución (Rubio 2010:18-19).

Para Marcial Rubio, los derechos fundamentales “son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son, así, los derechos humanos positivizados en la Constitución” (Ídem: 19). El Tribunal Constitucional, ha sostenido al respecto, en la STC 1042-2002-AA/TC, que los derechos fundamentales “constituyen componentes estructurales básicos del conjunto del orden jurídico objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica.”² Esto implica que el sistema jurídico se basa sobre los derechos fundamentales y se guía por ellos, sin importar que los particulares los exijan, pues son normas comunes e imperativas para todos (Ídem: 20). En tal sentido, no solo tendrán una dimensión subjetiva en tanto derechos de particulares, sino también objetiva, como guía y base del ordenamiento.

Cabe acotar que los derechos no deben ser entendidos como catálogos cerrados, puesto que estos pueden variar en el tiempo, de acuerdo con el momento histórico, pero siguen partiendo de las exigencias de dignidad, igualdad y libertad (ídem: 21). En tal sentido, el artículo 3 de nuestra Constitución dispone una cláusula abierta de derechos, ya que establece que la enumeración de los derechos expuestos en el primer capítulo, no excluye los demás derechos que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.

² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL emitida el 6 de diciembre de 2002 en el Exp-1042-2002- AA/TC sobre Acción de Amparo interpuesta por don Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac. Fundamento 2.2.

2.5.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El derecho a la identidad está reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993 y tiene como antecedente el derecho al nombre propio, señalado en la Constitución de 1979. Creemos pertinente, la modificación en la redacción respecto al derecho al nombre propio, en tanto, el concepto de identidad es más amplio e implica otros elementos adicionales al nombre. En tal sentido, el derecho a la identidad se relaciona estrechamente con el sistema filiatorio, en tanto, parte de su contenido, es el derecho de toda persona a conocer a sus padres y orígenes biológicos. A continuación, analizaremos su contenido, alcances en la normativa internacional y jurisprudencia en relación al derecho familiar, particularmente respecto a la filiación.

El derecho a la identidad ha sido reconocido en diversos tratados internacionales, tales como en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³

Asimismo, este se relaciona con el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, la que también es acogida en otros instrumentos internacionales. En virtud de estas disposiciones, se desprende que el derecho a la identidad comprende, el derecho al nombre y apellidos, nacionalidad, personalidad jurídica y a conocer a sus padres.

³ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos [...].

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 18.

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuera necesario.

El Tribunal Constitucional ha definido al derecho a la identidad, señalando que este debe entenderse como, El derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el cómo es.

Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera).⁴

Asimismo, en la misma sentencia el Tribunal ha mencionado la relación del derecho al nombre y apellido, respecto al derecho a la identidad, sosteniendo que el nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y se le distingue de los demás. Por otro lado, “el apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. Se transmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales o extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos dado el caso por sentencia judicial.

El derecho a la identidad comprende para algunos autores, tales como Fernández Sessarego, dos facetas o dimensiones, una estática y otra dinámica. En tal sentido, la faceta estática estaría comprendida por el físico, nombre; mientras que la faceta dinámica comprendería un conjunto de atributos y calificaciones de la persona

Paralelamente, otros autores, tales como Rubio, han llamado a estas dos dimensiones, como elementos objetivos y subjetivos. No obstante, aquellas

⁴ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL emitida el 20 de abril de 2006 en el Exp-2273-2005-HC/TC sobre proceso de habeas corpus interpuesto por Karen Mañuca Quiroz Cabanillas contra el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Fundamento 21.

distinciones que pueden ser cuestionables en tanto, no necesariamente los elementos estáticos u objetivos permanecerán intactos en el tiempo (el nombre es prueba de ello), lo relevante es destacar el concepto de identidad, que en síntesis podríamos señalar que, El derecho constitucional a la identidad está conformado por todos los elementos que identifican a un ser humano como original y distinto de todos y de todo lo demás. Es el derecho que protege quién es y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona, que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etcétera) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, y así sucesivamente).

Ahora bien, relacionando el derecho a la identidad con el sistema filiatorio, podemos destacar la vinculación entre el derecho al nombre, llevar los apellidos de los padres y conocer sus orígenes. En tal sentido, así ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en materia de un caso sobre declaración de paternidad extramatrimonial, al señalar que, “[...] detrás de toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre-conocer a sus padres y conservar sus apellidos-, [...] derecho este que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación de la prueba de ADN [...].”⁵ Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las Hermanas Serrano

Cruz vs. El Salvador, ha reconocido que el derecho a la identidad “está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al

⁵ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL emitida el 4 de enero de 2012 en Exp-00227-2011-PA/TC sobre proceso de acción de amparo interpuesta por Renzo Fabrizio Mariani Secada contra la jueza a cargo del Segundo Juzgado Especializado de Familia de Chiclayo, doña Patricia Vallejos Medina, y contra doña Ludovica del Cisne Mariani Tapia. Fundamento 5.

derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y mantener relaciones familiares”.

Asimismo, ha señalado que “el derecho al nombre se vincula intrínsecamente al reconocimiento de la identidad personal, lo cual implica igualmente la pertenencia a una familia y a una comunidad.”

Respecto al derecho a conocer a los padres, este ha sido reconocido expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7) e implica el derecho de los/as niños/as a conocer a sus padres, ser criados/as por ellos y tener una familia. Este derecho se relaciona con la filiación, en el sentido, que el Estado debe promover y garantizar un sistema abierto de investigación de la filiación para que los niños y niñas puedan ejercer plenamente este derecho.

En tal sentido, Alex Plácido señala, “el derecho a conocer a los padres tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión”. Asimismo, este derecho tiene que protegerse de las posibles injerencias del Estado a través de disposiciones legales que lo hagan ineficaz, así como tener una protección positivizada frente al poder público y particulares.

Sin embargo, algunos han interpretado que el derecho a conocer a los padres, que implica el derecho a la identidad, debe ser interpretado restrictivamente; en aras de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño que condiciona este derecho a que sea ejercido “en la medida de lo posible”. En tal sentido, Pueden distinguirse dos corrientes: De una parte aquella que, partiendo de

una interpretación restrictiva del término identifica al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación.

De otra parte, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación. .

Atendiendo a los fines de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en especial al interés superior del niño, consideramos que no debe interpretarse la frase “en la medida de lo posible” como una condicionante restrictiva en términos de la investigación de la paternidad. Por el contrario, atendiendo al principio pro homine y al interés superior del niño, debemos interpretar que el derecho a conocer a los padres debe ser ejercido de tal forma que sea compatible con los mejores intereses para la persona. Es decir, se deberá atender a que aquella restricción solo cabría en los supuestos en que por la naturaleza de las cosas se desconoce el origen biológico del niño, en casos de abandono, por ejemplo.

En tal sentido, Placido señala que, “debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente del, propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado” Por ende, agrega, “el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación. De acuerdo con ello, identificar la frase “en la medida de lo posible” con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana”.

En tal sentido, en los casos de declaración de paternidad extramatrimonial, impugnación de la presunción pater is, y los demás concernientes a establecer la filiación, no debería atenderse al origen de la filiación; si es dentro de un vínculo matrimonial o no; sino que debería primar el interés superior del niño, traducido en conocer su verdadero origen biológico y ser criado por sus padres. Ahora bien, en mucho casos el derecho a la identidad del niño y niña se contrapone al derecho a la intimidad de los progenitores (en los casos de filiación extramatrimonial), el derecho al honor del padre (en los casos de impugnación de la paternidad matrimonial), o a la promoción de la institución matrimonial (también en los casos de impugnación de la presunción pater is). No obstante ello, debemos abandonar una postura formalista y reconocer que, Las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercer tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias por cuanto solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentran incursos en alguna de las causas legales.

Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.

En virtud de ello, será menester analizar en el caso concreto los derechos en colisión y atender como consideración primordial el interés superior del niño y ponderar de acuerdo a los principios constitucionales y los derechos fundamentales en cuestión. En tal sentido, es que en algunos casos referentes a materia de filiación

los jueces han aplicado el control difuso, en tanto la norma no velaba por el interés superior del niño o los derechos fundamentales de la persona. Tal es el caso de la Resolución número dos del Expediente 483-08, que inaplicó el artículo 364 del Código Civil que establece plazo de caducidad para impugnar la paternidad matrimonial; ya que pese a haberse cumplido el plazo legal, debía primar el derecho a la identidad en referencia al derecho a conocer la verdad biológica.

En consecuencia, se señala que, En el caso concreto, encontrándose en discusión el derecho a la identidad y consecuente filiación de una persona reconocida por quien alega no tener la condición de padre biológico, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que esta persona pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura, máxime si en el caso de autos el demandante se encuentra dispuesto a someterse a la prueba científica de ADN, por lo que el control difuso efectuado por el Juzgado de Familia para dejar de aplicar el plazo de caducidad contenido en el artículo 364 del Código Civil y admitir la demanda con arreglo a la norma constitucional del derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado se encuentra arreglada a Ley, pues no puede admitirse que en base a una situación netamente procesal como la regulada en el código sustantivo, se tenga que negar el acceso a la justicia, cuando en atención al derecho a la identidad consagrado en la Constitución, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de la persona.⁶

⁶ Consulta 2932-2008 del 26 de noviembre de 2008. Fundamento 4.

Finalmente, como señala Marisol Fernández, “la regulación en materia de filiación, así como su aplicación, deben tener como norte que cada individuo, desde que nace, tenga nombres y apellidos, que estos datos coincidan con los de su origen biológico y que este sea conocido por el sujeto”.

CAPITULO III

IDENTIDAD BIOLÓGICA.

3.1.- CONCEPTO DE IDENTIDAD.

Cada persona es idéntica a sí misma, no obstante que todos los seres humanos son iguales. La igualdad radica en que todas las personas, por ser tales, comparten la misma estructura existencial en cuanto son una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Es la libertad la que, al desencadenar un continuo proceso existencial autocreativo, hace posible el que cada persona desarrolle – dentro de las opciones que le ofrece su mundo interior y su circunstancia – su propio proyecto de vida, adquiere una cierta personalidad, logrando así configurar su identidad. La identidad es lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser estructuralmente igual a todos ellos. Es, pues el derecho a ser uno mismo y no otro (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992).

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, que se respete su verdad personal, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los otros de reconocer a la persona tal cual es. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicológicos o de otra índole que no le son propios, ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, pensamientos o actitudes.

La identidad posee una doble vertiente; de un lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo, la otra dinámica, que varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera de ellas, la estática ha sido la

única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la identidad personal. Se le designaba comúnmente como identificación.

Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran entre otros, el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, contorno somático, el nombre.

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad: “Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo”

“Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural.

Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético”.

3.2.- CONCEPTO DE IDENTIDAD BIOLÓGICA.

La identidad biológica conforma uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona y, por eso, no tiene condición de facultad conferida por el orden normativo a la voluntad de aquella. La identidad biológica, por tanto, no es un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil, del cual nace y se proyectan las relaciones de familia.

La identidad biológica, producto de los vínculos de sangre entre los parientes, derivada de la ascendencia parental, no puede renunciarse ni siquiera en la más mínima parte, ni disponerse por el sujeto aun relativamente, por cuanto éste carece de alguna de las posibilidades modificadoras sobre lo que es en sí. El sujeto es como es y cómo las reglas de derecho lo asumen, lo conciertan y lo interpretan, atendiendo a los datos reales de su entidad corporal y espiritual. No puede ser menos, no puede ser distinto, no puede ser otro ni puede trasvasarse a otros, no puede renunciarse así mismo, modificarse en su ser ni transferirse.

En ese sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance –y que son fundamentalmente las acciones de filiación- para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

En cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales. (PLACIDO, 2008)

3.3.- LO BIOLÓGICO Y LO JURÍDICO.

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación con los progenitores. De allí que se diga que “la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación”⁷.

Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad, de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación⁸, constituyendo está el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente

⁷ MIGUEL ÁNGEL SOTO LAMADRID, *Biogenética, filiación y delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1990, pág. 72.

⁸ MARÍA DOLORES VILA-CORO BARRACHINA, *Introducción a la biojurídica*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1995, pág. 154.

dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

El problema surge cuando se intenta relacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa al derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Solo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma.

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación⁹ y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados con la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

⁹ “El hecho de la procreación interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella”. CICU, *op. cit.*, pág. 1

3.4.- CLASES O GRADOS DE PATERNIDAD.

Decir que una persona es padre de otra no supone, necesariamente, la existencia de un vínculo biológico, esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra).

Desde esta orientación MARÍA DOLORES VILA-CORO¹⁰, de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido: Paternidad plena: el padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de padre legal.

Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales. Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

Paternidad referencial: es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física, pero tiene referencias de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los conceptos o lineamientos de una familia con antecedentes y estirpes.

El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.). Se puede presentar en dos casos:

- Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.

¹⁰ VILA-CORO BARRACHINA, *Huérfanos biológicos*, Madrid, San Pablo, 1997, págs. 77 a 86.

- Aquella que se da por fecundación post mortem, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

Es decir, la paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

Paternidad social: en esta el padre ha engendrado al hijo, pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal, pero si contenido emocional, ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

Padre excluido: Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima, pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen.

El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad. Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno

3.5.- NUEVA TEORÍA DEL PARENTESCO GENÉTICO.

Comentábamos en nuestra tesis doctoral¹¹, en el capítulo sobre “Parentesco, filiación y vínculos genéticos”, que el parentesco es la relación existente entre sujetos en virtud de la consanguinidad, afinidad o adopción que conforman una familia (la amplia), mientras que la filiación es aquella que configura el núcleo

¹¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1999, págs. 38 a 40.

paterno-materno-filial, esto es, la relación del hijo con su padre o madre (también llamada familia nuclear). Como estado de familia general, el parentesco reposa sobre la filiación, siendo esta su fuente.

En sentido amplio, cuando decimos que dos personas son parientes entre sí es porque tienen un antecesor común (tronco) y entonces se habla de estirpes. En sentido restringido, cuando existe una relación de descendencia en línea directa inmediata surge una paternidad o maternidad (padre o madre: hijo). Lo que implica que la filiación, estructurada sobre la base del parentesco, es aquella relación parental entre dos personas que tienen un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente en primer grado (hijo: padre-madre).

Las clases de parentesco implican la extensión de sus efectos (el consanguíneo es más fuerte que el afín, la línea recta que la colateral y los grados más cercanos frente a los más remotos). Por su parte, la filiación, como estado de familia específico, genera efectos erga omnes respecto de quienes gozan de la misma.

Como forma de vincular a las personas dentro de una familia, y tomando en consideración las nuevas formas de individualización e identificación, el parentesco está variando su composición originaria que se sustenta en el método romano basado en la teoría pangenética de la herencia y se está orientando hacia sus verdaderos objetivos, encontrar la real vinculación sanguínea entre las personas, teoría genética de la herencia.

De esta manera, es adecuado mencionar las diferencias entre ambos sistemas:

Sistema romano

Los grados de parentesco se determinan por las líneas generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común.

Grado, vínculo entre dos individuos que forman una generación.

Línea, es la serie no interrumpida de grados.

Tronco, es el ascendiente común de dos o más ramas.

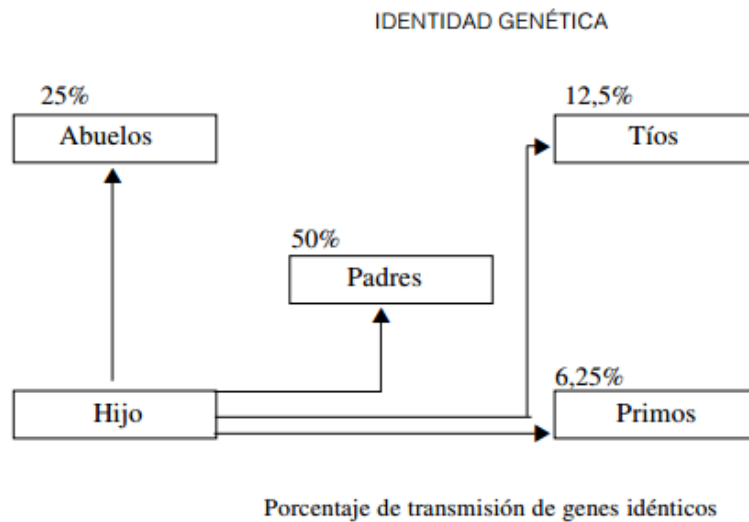
Sistema genético

El parentesco se especifica de acuerdo con los genes idénticos que en proporción adquiere por transmisibilidad la descendencia.

- Proporción de genes idénticos al de un antecesor común.
- Reservorio común de genes iguales por descendencia, lo que establece el grado de parentesco.

De allí que COKE alegue que: “... el derecho romano y los Códigos Civiles estatuyen que los grados de parentesco de la familia están determinados por las distancias generacionales entre las personas, ascendiendo hasta un antecesor común. Por el contrario, la teoría genética estatuye que los grados de parentesco están determinados en proporción de genes idénticos por descendencia”¹². Para ser más explícitos proponemos como ejemplo el siguiente esquema:

¹² RICARDO COKE, “Nueva nomenclatura familiar del genoma humano”, en *El derecho ante el proyecto genoma humano*, vol. IV, Madrid, Fundación BBV, 1994, págs. 147 a 154.



Explicación: el hijo heredará de cada uno de sus padres el 50% de información genética, mientras que de sus abuelos el 25% en conjunto. Así mismo, respecto de los hermanos de sus padres el 12,5%, compartiendo 6,25% con sus primos hermanos. Esto nos lleva a reflexionar que el origen del parentesco ha encontrado su verdadera fuente en la teoría genética. Esta busca la exacta relación entre la identidad ontogenética (individualidad) y la identidad filogenética (parentalidad).

Como bien refiere ROBERTO ANDORNO, las nuevas técnicas de reproducción alteran subrepticamente la representación del valor clásico de la persona, su corporeidad y la familia, basada en los lazos de sangre. El empleo de gametos extraños a la pareja, al provocar la atomización de la paternidad y de la maternidad, determinan que las nociones de ‘ascendientes’ y ‘descendientes’ pierdan su razón de ser.

Este fenómeno nos coloca frente a una pregunta clave: ¿es imaginable producir una especie humana privada de todo lazo genealógico? Según LEÓN KASS¹⁸, más bien cabe pensar lo contrario, es decir, que los ciudadanos del mañana, privados de todo vínculo genealógico, se verían condenados a vivir en un

presente solitario e impersonal, esencialmente inhumano.

3.6.- PRINCIPIO DE PRUEBA DE PATERNIDAD

La indagación realizada en proceso judicial para la investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cual algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad.

La investigación judicial de la paternidad está sustentada en presunciones, estas significan situaciones que permiten la investigación de la prueba¹³ y el debate de la paternidad, pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se acreditan previamente y de manera debida. Estos elementos son las presunciones de paternidad y funcionan como hipótesis o indicios, reflejando casos comunes de la vida social²³ que nos lleven a suponer que una persona es padre de otra, porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse, que así lo indican (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato —todos coincidentes con la época de la concepción—, posesión de estado o escrito indubitado).

Todas y cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado. Así, el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley — el más efectivo, la prueba negativa de los grupos sanguíneos— su no paternidad.

En resumen, diremos que estas presunciones se caracterizan porque:

- No determinan automáticamente la paternidad.
- Son un requisito para indagar la paternidad.

¹³ Ante una demanda de declaración de filiación extramatrimonial el juez, por interés superior del niño, ordenará una investigación judicial de paternidad sobre todo por el carácter oculto en que generalmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales. Cas. 720- 97 (Lima), DOEP, 3 diciembre 1998.

- Deberán ser probadas.
- Son hechos sociales.
- Son presunciones iuris tantum.
- Admiten a debate la alegada relación filial.
- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.
- Están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta.

Son desestimadas plenamente cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, no obstante haberse probado (art. 402, in fine, modificado por la ley 27.048) tal circunstancia. Las presunciones de paternidad están siendo desplazadas por las biopruebas. Es más, la aplicación de las biopruebas y la negativa de la parte a su sometimiento ha generado el surgimiento de una nueva presunción. Compartimos con ZANNONI el hecho de que “si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir solo presunciones hominis.

3.7.- NATURALEZA Y VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS HEREDOBIOLOGICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La pericia es un medio de prueba que fue creado con objeto de examinar cuestiones que si bien merecían conocimientos especializados solo servían para otorgar al juez elementos de mera convicción. Es decir, permitían, igual hoy, comprobar mediante elementos científicos, artísticos o industriales, cuál es la relación existente entre los hechos controvertidos y el derecho de los justiciables, a fin de obtener una correcta solución a su pretensión.

En definitiva, la pericia sirve para ayudar y colaborar con los conocimientos del juez, dejando en claro que no determinan probatoriamente nada, solo fija futuras pautas que se deben seguir para permitir una adecuada decisión judicial.

Hoy, la ciencia ha avanzado considerablemente. A pesar de ello nuestra legislación sustantiva y adjetiva vigente es inadecuada para regular los progresos científicos que, desde su ángulo procesal-probatorio, deben ser regulados por las reglas de la pericia, conforme ha sido siempre entendida. Como tal, este medio de prueba es insuficiente para permitir una decisión acertada, correcta y determinante en casos especiales. Efectivamente, en nuestros días, y a causa del vertiginoso avance de la ciencia, tanto los procedimientos como las reglas que norman procesalmente la pericia resultan inapropiados a muchos métodos y aplicaciones científicas que pueden, per se y con absoluta certeza, resolver la materia controvertida.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial sui generis y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual goza.

Para nuestro ordenamiento procesal, la pericia más que una prueba es un medio para la obtención de elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio. El dictamen pericial en ningún momento podrá obligar al juez, quien está facultado para valorarlo de acuerdo con reglas de apreciación¹⁴.

¹⁴ “Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica”. Exp. 3446-96, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, Diálogo con la jurisprudencia.

El juzgador no puede reemplazar al técnico especializado e incursionar en un terreno tan espinoso y vedado para el derecho como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, desestimando los principios biológicos en los cuales se sustenta el informe pericial. Sin duda alguna (insistimos en esta idea), la palabra del especialista que interviene en estas pruebas no puede ser considerada cosa juzgada, pero tampoco podemos negarle que en gran medida lo es.

3.7.1.- Prueba Ordinaria

Concretamente, las pruebas biopaternal son de carácter ordinario o común, es decir, no son obligatorias. Su utilización no es necesaria, exclusiva o preferente. Podemos prescindir de ellas, pues la investigación filial implica un análisis amplio de todas las pruebas existentes, agotándose los medios necesarios. La biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única. Por sobre todo, estas pruebas deben orientarse, y así utilizarse, al hecho principal.

3.7.2.- Prueba Extraordinaria

En Italia, la jurisprudencia ha determinado que la prueba biopaternal tiene carácter extraordinario, en otras palabras, es practicable solo cuando el juez no puede alcanzar de otro modo su convencimiento directo.

En todo caso, se presenta como excepcional. Este criterio es limitativo, ya que restringe a los tribunales de una de las herramientas de convicción más certeras en la determinación de la paternidad. Será esencial recurrir a las biopruebas en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente (principio de prueba) para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para acreditar la paternidad.

3.8.- LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN.

El hecho de que se fomente la bioinvestigación de la paternidad no implica que se vulneren las relaciones sociales existentes, de allí la exigencia de un principio de prueba, a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso). Con esta orientación MÉNDEZ COSTA argumenta “que no podría exigirse la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible”¹⁵.

De modo que quienes intervienen necesariamente en todo proceso judicial son el juez y las partes.

3.9.- NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN BIOLÓGICO

Entendida la tendencia doctrinal de la obligatoriedad de parte a colaborar con la prueba heredobiológica, y descartada la compulsión o ejecución forzada de la misma, es necesario analizar dos situaciones como son la negativa justificada e injustificada, así como los efectos jurídicos que surgirían de la resistencia al sometimiento a tal examen biológico.

3.9.1.- Negativa Justificada

En estas situaciones los argumentos deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, solo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

¹⁵ Citado por CECILIA P. GROSMAN Y CARLOS ARIANNA, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, en *La Ley*, Buenos Aires, t. 1992, pág. 1194.

Entre algunos casos de especial consideración tenemos:

- Razones de salud física (hemofílica) o psíquica¹⁶.
- El demandado es un anciano de ochenta y tres años que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte.¹⁷
- Motivos religiosos o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.
- El imputado como padre demuestra su imposibilidad física de haber cohabitado con la madre: estar de viaje, en etapa de convalecencia o en prisión.
- Se demuestra efectivamente la infertilidad o impotencia.
- La negativa de un menor de 14 años, tomando en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad (principio de economía básico).
- Error en la identidad del demandado
- Carecer de vínculo sanguíneo.

Los casos mencionados forman parte de lo que se conoce como las probabilidades a priori contingentes en la investigación de la paternidad, es decir,

¹⁶ “Así, un tribunal alemán, el Olg de Koblenz (sent., 19 setiembre 1975; Véase NJW, 1976, pág. 379), estimó como argumento válido, en un proceso de impugnación de paternidad matrimonial, para negarse la madre al sometimiento de la prueba hematológica, los importantes daños psíquicos que de ello se podrían derivar, dado su gran temor al pinchazo en la extracción de sangre. El tribunal concluyó que, puesto que había sido probado que la señora efectivamente padecía una Spritzen-Phobie, y que esta podía ser tratada y curada, si no era posible decidir sobre la filiación mediante las restantes pruebas, cabía postergar la práctica de esa prueba a un momento posterior”.

¹⁷ “Tribunal Supremo de España, 14 mayo 1991, sentencia comentada por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS y JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA, Revista de Derecho Privado de Madrid, diciembre 1991, pág. 1057”. Citado por AÍDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El valor de la prueba genética en el derecho argentino”, en *El derecho ante el proyecto de genoma*, Madrid, Fundación BBV, vol. IV, 1994, pág. 182, nota 31 y MARIA ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA, op. cit. (II), pág. 59, nota 86.

aquellas situaciones analizadas con anterioridad al examen biológico.

Otros casos que, en cierta manera, justificarían la negativa y que se han presentado en la jurisprudencia comparada son:

- La inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se le atribuye al demandado, pues no hay razones que induzcan una paternidad.
- La absoluta falta de necesidad de la misma (prueba heredobiológica) al existir otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir a la determinación de la paternidad, si hay razones suficientes que inducen a pensar en una paternidad.

3.9.2.- Negativa Injustificada.

No serán considerados como motivos justos:

- El daño a la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre, sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal).
- El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).
- La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).
- La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio, injuria grave).
- El desmedro profesional (profesional exitoso).
- Falta de fiabilidad del laboratorio⁴⁵
- Un posible contagio de enfermedades infecciosas.

- El hecho punible como consecuencia de la negativa (delito contra la administración de justicia o ser acusado de violación al comprobarse la compatibilidad génica).

Todo ello será apreciado por el juez de acuerdo con su poder discrecional, considerando que la negativa injustificada al sometimiento de la bioprueba no se dirige a la protección del cuerpo humano, sino a obstaculizar una investigación filial.

3.10.- EFECTOS JURÍDICOS.

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles en relación con la persona de quien provenga. En similar sentido el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, ha resuelto por mayoría que: “... no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretense padre, o si lo es un descendiente colateral o ascendiente, en una acción de filiación post mortem” 46. Es más la doctrina nacional va sentando una clara posición en el sentido de que “el juez debe evaluar la negativa, de acuerdo con el caso concreto y no equipararla sic et simpliciter a un reconocimiento tácito de paternidad”

Por tanto, tenemos:

- Cuando es la madre o el hijo quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende un temor a que sea descubierto el verdadero nexos biológico, quedando desestimada la demanda por aquellos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido

ofrecida por el padre como medio de prueba. En este caso, el juez considerará una presunción de incompatibilidad de marcadores genéticos desfavorable a la madre o el hijo que afirmó el vínculo en su demanda, independientemente de quien presentó la prueba de paternidad biológica.

- Cuando es el padre quien se resiste al sometimiento de la experticia biomédica, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada no son uniformes. En este caso el criterio dictaminador común y lógico es que el juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la relación filial demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadiría una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental.
- Cuando es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica, por citar algunos ejemplos: a) el abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto, b) el adoptante que se niega a la investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

3.11.-VALORACIÓN DE LA NEGATIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRUEBAS.

En un primer momento la negativa al sometimiento a las biopruebas de paternidad fue considerada como un indicio de valor a efectos de declarar el vínculo filial, criterio este asumido por los primeros fallos españoles, así como, de una manera poco más cautelosa, por los Códigos Civiles de Colombia, Venezuela y por la ley de banco de datos genéticos de Argentina.

Sin embargo, hay países en los cuales aún no existe una regulación clara sobre el tema, tal es el caso de Costa Rica.

Hoy es clara y definida la posición que propugna otorgarle validez a dicha negativa solo en los casos en que la misma es valorada con otras pruebas actuadas en el proceso. Esto quiere decir que, únicamente o de manera individual, la referida resistencia a la bioinvestigación carece de efectos jurídicos y, por el contrario, la misma es importante cuando genera una relación implícita con otros hechos que tenderían a acreditar la pretensión filial. Frente a esta conducta procesal se valorará el conjunto, no la individualidad, pues el sustrato de esta última es una mera presunción.

De esta forma, las pruebas que se ofrezcan, así como las obtenidas, serán valoradas a partir de tal indicio. Las biopruebas servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos alegados. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada ni mucho menos parcializada. En este sentido, “la no comparecencia o bien la negativa a la práctica de las pruebas constituye «un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa...»”

Las Cortes españolas prohíjan su doctrina constitucional sobre el valor de la negativa a someterse a la práctica de pruebas biológicas y examinan todos los elementos probatorios aportados para determinar que dan lugar a un juicio de verosimilitud que conduce necesariamente a la estimación de la demanda, al sumarse la negativa a la práctica de la prueba biológica⁶⁰. Esto sí implicaría un acercamiento a la determinación del vínculo filial.

3.12.-EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA.

Las preguntas ¿quién soy? y ¿quiénes son mis padres? son interrogantes que no solo angustian a personajes de ficción, de obras famosas de la literatura universal o de la poesía, sino que también hombres y mujeres comunes se las han formulado alguna vez en su vida, y que algunos las plantean dramáticamente en razón a circunstancias singulares de su existencia.

En la tesis de magíster¹⁸ afirmamos que el hombre es un ‘todo’, en el que convergen valores, actitudes y elementos biológicos, en fin, aquello que le permite la vida y la socialización. Toda persona es un ser absolutamente único, singular e irrepetible, con una perfecta unidad de alma y de cuerpo.

Dicho cuerpo y su conformación biogenética lo diferencia de sus semejantes con quienes comparte una misma naturaleza: la humana. El ser humano es un conjunto celular y genómico. La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores. En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente.

En el caso del ser humano, surge en el momento de la concepción (específicamente con la singamia) cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo. Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación.

¹⁸ *Clonación. La manipulación genética frente al derecho*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Escuela de Post Grado, Unidad de Post Grado en Derecho, enero 1996, págs. 141 a 145. Vid. también ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Derecho y manipulación genética*, 1ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996, pág. 11; 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1997, pág. 135.

De esto se deduce concretamente que desde la concepción “el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte”¹⁹. Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, por medio de las pruebas biogenéticas. Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella genética de un sujeto de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada). Este tipo de identidad será entendida en un doble sentido: identidad genotípica (herencia genética) e identidad hábitat (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).

3.13.- EL DERECHO A VIVIR CON LA FAMILIA BIOLÓGICA ES PARTE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El tema del derecho a la identidad genética y biológica ha sido muy trabajado últimamente. Se ha llegado a afirmar que, "mediando familia rescatable y vínculos biológicos acreditados, constituye un derecho subjetivo del menor que se agoten las instancias para permanecer en familia; se protegen así su identidad y la relación familiar, en tanto se trata de derechos personalísimos del menor y no se afecta su nombre, si se quiere llegar a mayores extremos en la conclusión".

¹⁹ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1992, pág. 21.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia declaró que “los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica”, derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder “contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad”. Llama aquí la atención la Corte la obligación de los Estados de “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”, siendo “una de las interferencias estatales más graves” “la que tiene por resultado la división de una familia”. En efecto, “la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

La Corte consideró también que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17° y 19° de la Convención Americana, así como de los artículos 8°, 9°, 18° y 21° de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”.

3.14.- NO RECONOCER EL DERECHO A LA IDENTIDAD ATENTA CONTRA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

La Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (art. 8, 1).

“Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8, 2).

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3)

Es decir que, cuando haya alguna diferencia o conflicto de derechos, es el interés superior del niño el que debe prevalecer.

Por otra parte, el Comité Jurídico Interamericano afirma que la redacción que hace la Convención sobre los Derechos del Niño, no implica necesariamente que los elementos ahí citados sean todos los que corresponden al derecho a la identidad.

La frase “incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...” hace expresa mención de ciertos derechos que no pueden dejar de estar incluidos, pero no cierra necesariamente el círculo del universo de las pertenencias y mucho menos de los indisolubles y estrechos vínculos con otros derechos esenciales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad.

3.15. INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

3.15.1.- En Perú.

Constitución Política.

El derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética sus características corporales etc.) hasta los de mayor desarrollo espiritual (sus talentos, su ideología su identidad cultural sus valores su honor reputación etc.).

La identidad tiene en la legislación peruana relación con varios otros derechos. Entre ellos su vínculo más directo está con los siguientes:

- ❖ Los derechos a la integridad y libre desarrollo contenidos en el mismo inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ La libertad de conciencia y religión establecida en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ Las libertades de opinión y difusión del pensamiento establecidas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ Los derechos al honor y la buena reputación, a la intimidad, a la voz y la imagen, reconocidos en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ La libertad de creación establecida con detalles adicionales en el inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ El derecho de participación en la vida de la Nación contenido en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución.

- ❖ El derecho a mantener reserva sobre sus convicciones contenido en el inciso 18 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ El derecho a la identidad étnica y cultural reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ El derecho a la nacionalidad propia reconocido en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ El derecho a la libertad considerado en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución.
- ❖ El derecho a casarse y formar una familia contenido en el artículo 4 de la Constitución.
- ❖ El derecho a la protección de la salud establecido en el artículo 7 de la Constitución.
- ❖ El derecho a educarse que, aun cuando no está expresamente señalado en el texto, consta tácitamente de los artículos 13 y siguientes de la Constitución.
- ❖ El derecho al trabajo en tanto medio de realización de la persona contenido en el artículo 22 de la Constitución.
- ❖ Incluye la libertad de trabajo considerada en el artículo 2 inciso 15 de la misma Carta.
- ❖ El derecho de ciudadanía establecido en el artículo 30 de la Constitución.
- ❖ El derecho al nombre, contenido en el artículo 19 del Código Civil.
- ❖ La capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles, establecida en los artículos 42 y siguientes del Código Civil.

3.15.2.- Convención De Los Derechos Del Niño.

La Convención de los Derechos del niño protege el derecho a la identidad en su artículo 7° y 8° estableciendo que el niño será inscrito inmediatamente después

de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

CAPITULO IV

LA FILIACIÓN EXTRA MATRIMONIAL

4.1.- CONCEPTUALIZACIÓN

Cuando nos referimos a la Filiación como instituto jurídico hacemos referencia al derecho romano cuyo sustento de este instituto Jurídico era la relación **padre-hijo**, entonces, el fundamento biológico, es el cimiento sobre el que se construye esta relación jurídica, de manera que por su importancia se convirtió en derecho positivizado en el derecho romano reconocen el derecho filiatorio biológico.

La filiación extramatrimonial se refiere a los hijos concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial, en éste caso para establecer la filiación se requiere el reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto una sentencia declaratoria, dado que el reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, también se puede efectuar por Escritura Pública y Testamento, conforme así lo prescriben los artículos 390 y 391 del Código Civil, el reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio no admite modalidad y es irrevocable, así lo establece el artículo 395 del Código precitado.

Así tenemos algunos autores:

(GARCÍA CALDERÓN, 2010)

La Filiación es la descendencia de padres e hijos o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o su madre.

(CORNEJO CHAVEZ, 2014)

Señala la Filiación en un sentido genérico, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes y; en un sentido estricto, aquella que vincula a los padres con sus hijos, la cual denomina paterno - filial.

(PERALTA ANDIA, 1995)

Señala: que los hijos extra matrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

4.1.1.- La filiación como hecho natural y como hecho jurídico:

Desde el punto de vista natural y biológico todos los individuos son hijos de un padre y de una madre su Filiación se determina según sean las circunstancias legales la unión de los mismos. Vale decir que hay una Filiación derivada del hecho de la existencia y otra jurídica, que a su vez origina efectos jurídicos.

4.1.2.- La filiación como hecho natural.

Existe siempre en todos los individuos, debido a que por la procreación se es hijo de un padre y madre y consecuentemente su reconocimiento se efectúa por los mismos.

4.1.3.- La filiación como hecho jurídico

No ocurre lo mismo, porque existen casos en que hijos quedan sin padres, es por eso que el derecho necesita primero asegurarse de la paternidad o maternidad, para de ese modo reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación, la que

tiene que instaurarse un proceso de filiación para desvirtuar tal incertidumbre dado finalmente con una declaración de paternidad.

4.2.- CLASES DE FILIACIÓN:

Tenemos:

4.2.1.- Filiación Matrimonial:

Deriva de las palabras latina Filius y Matrimonium, ello significa que un hijo procede de padres casados, debe entenderse como aquel hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por ley, cuando el hijo proviene de un matrimonio legalmente constituido, es por ello que se dice que existe la Filiación Matrimonial cuando existe el hecho material de la procreación, y a la vez el hecho jurídico de que los padres se encuentran ligados por el vínculo matrimonial.

Según: **Manuel Albaladejo**²⁰, sostiene que la Filiación Matrimonial son los hijos matrimoniales, no los hijos de personas unidas en matrimonio, o que lo estuvieron, aunque después este hubiera acabado por cualquier causa, es el hecho de ser hijos matrimoniales de quienes estuvieron unidos en matrimonio, se sobreentiende que no es para los hijos habidos después de haber cesado el matrimonio, por lo que hace matrimonial es venir del matrimonio”.

4.2.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:

Es aquella que resulta de una unión irregular que se da entre un hijo y sus padres como éstos no estaban unidos por el vínculo del matrimonio, es decir que es

²⁰ ALBALADEJO, Manuel - "Compendio de Derecho Civil" – Ediciones tráficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.

el fruto de las relaciones extramatrimoniales del varón y la mujer, filiación que se produce por consenso o por declaración judicial.

Según: **Javier R. Peralta Andía señala**²¹: "Que los hijos extramatrimoniales tienen acción en contra de quienes considera su padre o su madre, por tanto, la acción investigatoria de la paternidad es la que promueve al hijo para averiguar su filiación por declaración judicial de la misma a fin de establecer no solo el hecho en sí, sino también para posibilitar básicamente el derecho alimentario, el sucesorio y el de llevar sus apellidos.

4.2.3.- Filiación Adoptiva:

Es aquella que difiere profundamente de las dos anteriores porque no se basa en el vínculo matrimonial, ni tampoco en el hecho material de la procreación sino que viene a ser el resultado de un acto jurídico o de acuerdo a las voluntades que se celebran entre adoptantes y adoptado.

Mediante la Filiación Adoptiva, se tiene a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo a quienes la naturaleza les ha negado. Se considera como una ficción de la ley, pero gracias a ella se puede recibir como hijo propio a quien no lo es con todos sus derechos y deberes.

4.3.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.

La Filiación constituye la institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno - filial existente entre una persona con el padre que lo engendró

²¹ PERALTA ANDIA, Javier Rolando; "Derecho de Familia en el Código Civil", Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Pág. 347.

y con la madre que lo alumbró, este lazo no siempre se origina de la unión sexual, sino también de la inseminación artificial o fecundación extrauterina, además crea un estado civil, crea relaciones de familia y determina los derechos y obligaciones emergentes del mismo.

Cuando el hijo no ha sido reconocido por su padre, puede demandar la Declaración Judicial de Paternidad o Declaración Judicial de Filiación, con el objeto de que por sentencia se declare al demandado padre del demandante y a su vez a éste su hijo, similar acción puede realizar la madre del menor de edad que no ha sido reconocido por su progenitor.

Dentro de Nuestro sistema Jurídico se hace referencia a la filiación Materna y la Filiación Paterna, a su vez contempla la prueba de ADN como medio probatorio a efectos de acreditar la filiación, en los procesos judiciales que con éste objeto se instauran. Actualmente en todo proceso judicial de filiación de paternidad con respecto a un menor, que sea objeto de contradicción por el demandado, el Juzgador debe disponer la actuación de éste medio probatorio, en caso de negarse el demandado a someterse a la prueba será declarada la filiación, de no ser éste caso y el demandado acepte a ser sometido a ésta prueba, el resultado del proceso se sujetará al resultado de la misma, ya que ésta prueba de ADN tiene un 99.9% de grado de certeza para efectos de filiación.

4.4.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.

El ADN es el método más preciso que existe a efectos de probar la filiación, debido a que el ADN de cada persona es único.

Esta prueba está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño (a) y del presunto padre. La prueba de ADN es la forma más precisa

para determinar la paternidad y se puede realizar por razones legales, médicas o personales.

De esta manera se beneficia a las mujeres que buscan el reconocimiento de filiación para sus hijos. También puede ser ofrecida por los varones que desean demostrar que no son los padres biológicos de un determinado niño que es imputado como hijo suyo, por lo que hoy en día es el método más eficaz que existe para probar la filiación.

4.5.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:

Es posible que una de las partes se niegue a someterse a los análisis y estudios de los peritos tienen que realizar para establecer la veracidad del vínculo biológico. Por respecto a la libertad individual, se ha afirmado el criterio según el cual no cabe ejercer compulsión física sobre la parte que se niega someterse a tales pericias; sin embargo tampoco sería razonable que el legislador no diera relevancia alguna a tal negativa, pues lo contrario supondría dejar indefensa a la parte que propuso las pruebas biológicas, pues con ello se beneficiaría el litigante de mala fe.

Debe destacarse que existen dos teorías muy difundidas, que tratan sobre la exigibilidad al sometimiento de las pruebas biológicas y genéticas, y son:

4.5.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.

La obligación de participar activamente y colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona, por la razón de vivir en un Estado de Derecho y con ejecución a las normas del orden Jurídico.

El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad de una colaboración que de ningún modo atenta contra la

libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos. El demandado no está obligado a prestar su cuerpo, pero si tiene la carga de hacerlo porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación de hecho. Por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aun tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural: el derecho de conocer quien es nuestro padre biológico.

4.5.2.- Teoría de los Derechos de la Persona

Sostiene que a nadie puede obligársele a un examen bio-corporal, en razón de la existencia de los derechos personales.

Si bien estos planteamientos benefician a los litigantes de mala fe, que ocultan y resguardan su responsabilidad paternal en los principios constitucionales de libertad humana y de la inviolabilidad de la persona, debe considerarse que el impedimento para actuar la pericia reside en la coacción o impulsión al sometimiento de la misma.

Sin embargo, los argumentos antes mencionados no son del todo válidos a estar de por medio un interés de carácter preferente, consistente en que todo sujeto tiene derecho a conocer quién es su padre, vale decir se toma en cuenta el interés superior del niño (**artículo IX del T. P del Código de los Niños y Adolescentes**).

9.1.1. Derecho a la Integridad: *La integridad es la característica propia, el contexto corporal y funcional que como sujeto de derecho le corresponde al ser humano. Su finalidad es proteger al hombre como un todo. Mediante este derecho se determina la protección de la estructura corporal (integridad física) psicológica (integridad síquica) y social (integridad moral) de la persona humana.*

9.1.2. Derecho a la Libertad: *Jurídicamente, la libertad se vincula con el derecho de la autodeterminación y con el derecho a decidir libremente. Se ha determinado, que el derecho que más resulta lesionado con la aplicación de las pruebas biológicas es la libertad personal, en el sentido de que a toda persona le corresponde la facultad de oponerse a la ejecución de aquello sea impuesto sin fundamento legal. Pero sin duda se debe valorar la conducta del sujeto a efectos de proteger los derechos que están en juego, que para el caso, la libertad personal' y el derecho a conocer la identidad de su progenitor²².*

9.1.3. Derecho a la Intimidad. *La vida del ser humano es reservada. En ella se reúne diversos aspectos (personal familiar y laboral entre otros) que, dado su contenido, pertenecen exclusivamente a su titular. Por ello, tiene facultad alguna de conocerlos pero no divulgarlos, por el reservado de los mismos. Esta prerrogativa es el derecho de la intimidad.*

La intimidad es otro de los derechos recurridos para justificar la negativa a los exámenes biocorporales de paternidad pues se vulnera a través de los actos de indagación (intromisión) y puestas en conocimiento público (divulgación).

9.1.4. Derecho al Honor. *El honor es un crédito moral que se configura a través del cumplimiento de nuestros deberes. Este es el argumento esgrimido en defensa del derecho del honor frente a la investigación de la paternidad. Por su parte se alega que el probable atentado irrogado a este derecho está dado básicamente entorno social, al ponerse en descubrimiento relaciones sexuales*

²² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique – "Filiación, Derecho y Genética" – Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica 1999., 2ª edición, Pág. 186-

extramatrimoniales y el nacimiento de un hijo como consecuencia de las mismas. Los efectos son mayores si la persona a quien se indagó biológicamente es casada o es personaje público.

9.1.5. Derecho a la igualdad. *Este derecho está relacionado con la libertad y contrapuesto con la discriminación. Su fundamento se circunscribe en la prohibición que el derecho impone frente a las diferencias existentes entre y hacia las personas. Así tenemos que los hijos matrimoniales gozan de una presunción legal de paternidad, mientras que los extramatrimoniales carecen de relación preestablecida, por que extraer una aproximación a la vinculación filial frente a la negativa al sometimiento de la prueba biológica es tender al fortalecimiento del derecho a la igualdad entre los hijos.*

9.1.6. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. *Este derecho se vincula con la administración de justicia y la facultad que tiene la persona de gozar de una adecuada solución jurisdiccional frente a sus problemas, partiendo del principio que las partes tienen el deber de colaborar y actuar de buena fe, así como del juez de encargarse adecuadamente del proceso.*

Ciertamente la negativa no se puede considerar como una confesión ficta de paternidad o maternidad, por una razón fundamental: la confesión para ser tal debe referirse a hechos propios del autor, y que por lo tanto éste conoce a ciencia cierta; mientras cuando se trata de pronunciarse sobre la paternidad el único hecho susceptible de confesión es haber mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción, pero el hecho de la paternidad se escapa del conocimiento del interesado, quien solo puede estar seguro de la posibilidad de ser el padre pero no de la realidad de serlo.

Pero si bien la negativa muestra una actitud obstruccionista y además injustificada e irrazonable, de modo que supiese una falta de colaboración con la justicia, puede junto con las demás pruebas que demostrasen una posibilidad de paternidad, fundamentar la declaración de paternidad.

Claro que ésta a partir de la existencia de pruebas que permitan afirmar positivamente el nexo biológico investigado, la negativa de someterse a ellas vigorizará la presunción en contra de quien adopta esa posición de resistencia.

4.6.- NEGATIVA JUSTIFICADA:

En estas situaciones los argumentos que se esgriman deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, sólo la existencia de causa muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

Entre algunos casos de especial consideraciones tenemos:

- ✓ Razones de salud física (hemofílica) o psíquica.
- ✓ También se ha resultado que cabe extraer consecuencias de ésta negativa si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un bronco enfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte.
- ✓ Motivos religiosos o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.
- ✓ Cuando el imputado como padre demuestra su imposibilidad física de haber cohabitado con la madre: estar de viaje, en etapa de convalecencia o en prisión.

- ✓ Cuando se demuestre efectivamente la infertilidad o impotencia. Así también sería alegable la negativa de un menor de 14 años, tomando en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad (principio de economía básico).
- ✓ Error en la identidad del demandado.

4.7.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:

No serán considerados como motivos justos:

- ✓ El daño de la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal).
- ✓ El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).
- ✓ La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).
- ✓ La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio injuria grave).
- ✓ El desmedro profesional (profesional exitoso).
- ✓ Un posible contagio de enfermedades infecciosas.
- ✓ El hecho punible como consecuencia de La negativa (delito contra la administración de justicia) acusado de violación al comprobarse la compatibilidad genética.

4.8.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles en relación de la persona de quien provenga:

- ✓ **Cuando la madre o el hijo**, de modo injustificado se nieguen a someterse al examen genético, deducimos que de dicha actitud se desprende a un temor a que sea descubierto el verdadero nexo biológico, quedando desestimada la demanda por aquéllos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba.
- ✓ **Cuando es el padre**, En este caso el criterio dictaminado común y lógico es que el Juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la filiación demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadirla una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental.
- ✓ **Cuando es un tercero**: Si es un tercero el que se niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal). En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

4.9.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.

Las pruebas biológicas genéticas de la filiación son pruebas periciales, y como tales deberán ser valoradas. Pues la pericia es un medio de prueba que fue especializado, sólo servía para otorgar al juez elementos de mera convicción. Cabe

señalar si un juez o un tribunal admite la prueba de ADN u otra de validez científicamente, su convicción dependerá de la evaluación de diversos factores; la calidad del laboratorio, si la técnica es correcta y calificadamente exacta y aceptada por la comunidad científica, si las muestras pudieron o no estar contaminadas, entre otros²³.

4.9.1.- EFECTOS JURÍDICOS DE LA FILIACIÓN

Al hablar de la Filiación y sus efectos jurídicos, encontramos que la Filiación Matrimonial, es la Filiación típica del Derecho de Familia y lleva consigo la plenitud de los efectos jurídicos. Es por eso que el hijo matrimonial está investido de derechos importantes en comparación con el hijo extramatrimonial. Así tenemos por ejemplo que los hijos matrimoniales sin ningún problema llevan el nombre y el apellido completo del padre y de la madre respectivamente, tiene asimismo todos los derechos de ser alimentados, y de ser educados por sus padres, tienen derecho a recibir instrucción, gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Además tiene el derecho de sucesión y en consecuencia está sujeto a todas las obligaciones que llevan consigo ese estado de hijo matrimonial o legítimo en materia de patria potestad.

Por otro lado, la Filiación Extramatrimonial, al ser legalmente probada produce efectos menos favorables y menos complejos que la Filiación Matrimonial.

Por ejemplo:

²³ VARSÍ ROSPIGLIOSI. Enrique; *"filiación, Derecho y Genética"*; Editorial Universidad de Lima, Primera Edición Lima 1999, Pág. 179.

Un hijo extramatrimonial lleva consigo el apellido de su padre si ha sido reconocido por él, y el apellido de su madre si ha sido reconocida por ella.

Los hijos extramatrimoniales no tienen más familia que los padres y hermanos naturales, siendo esta una expresión equívoca, por cuanto el hecho está en que el hijo extramatrimonial tiene como legítimo una familia, pero el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias que para el hijo legítimo.

No debemos olvidar que las relaciones de parentesco son múltiples y de diversa naturaleza en el Derecho de Familia, pero de todas estas relaciones la más importante es sin duda la "Filiación", por que como ya lo hemos mencionado anteriormente, es aquella que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendencias , pero lo que nos interesa en relación a este tema es la Filiación Extramatrimonial al cual debemos poner más énfasis ya que a pesar de la igualdad que les confiere el actual Código Civil, así como la Constitución Política del Perú, siempre se hallan en una situación inferior en comparación con los hijos matrimoniales, debido a que la mayoría de los legisladores defienden y amparan la institución del matrimonio.

Pero no debemos olvidar asimismo que el Derecho Contemporáneo, se orienta hacia la igualdad jurídica de los hijos, sin tener en cuenta su procedencia, pues, según frase conocida, "Nada tan natural como un hijo natural".

En resumen la Filiación debe ser un hecho jurídico resultante de una situación real, pero nunca debe actuar como un castigo de por vida.

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA

5.1.- INTRODUCCIÓN

Hace algunas décadas la definición de “padres” era bastante sencilla. Estaban los padres “biológicos”, a veces denominados padres “naturales”, y los padres “psicológicos” o “encargados del cuidado del niño” que eran, por ejemplo, los [padres] que habían adoptado o criado al niño, que le habían brindado la atención necesaria durante su infancia.

Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de “padres” incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate -ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres “sociológicos” del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño.

Todo ello es producto de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional de derechos humanos que refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia: considerar al niño como individuo y miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo. A partir de ello, propugna un sistema de protección integral de la niñez.

Sin embargo, de la revisión de las disposiciones del Código Civil e, inclusive, del Código de los Niños y Adolescentes, se comprueba la existencia de normas que se sustentan en el sistema de la situación irregular, modelo de protección de la infancia superado por la Convención sobre los Derechos del Niño. El caso del Código de los Niños y Adolescentes es especialmente preocupante, sobre todo por tratarse de la norma de desarrollo legislativo nacional de los postulados del citado instrumento internacional. En él se comprueba, de una parte, el desarrollo de los derechos del niño en función del interés de sus padres y demás encargados de su cuidado; y, se aprecian, por otro lado, la existencia de reglas que autorizan una mayor penetración de los órganos jurisdiccionales en la vida familiar usándose como a una supuesta “protección” de los derechos del niño. Esto advierte la poca consideración que el legislador tiene de los conceptos y alcances de los principios rectores que informan el sistema de protección integral de la infancia definido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de los derechos del niño a conocer a sus padres y a preservar la identidad en sus relaciones familiares, resulta lamentable comprobar su falta de regulación en el Código de los Niños y Adolescentes; conservándose aún, en el Código Civil de 1984, un régimen legal de filiación por naturaleza formulado antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Constitución de 1993. Es más, la aludida desconsideración, por parte del legislador, de los principios rectores que informan el sistema de protección integral de la infancia definido en la Convención sobre los Derechos del Niño se presenta, ahora, como una incomprensión por desconocimiento del contenido y alcances de los derechos del niño a conocer a sus padres y a preservar la identidad en sus relaciones familiares. Ello se ve reflejado en las últimas disposiciones legislativas que han

modificado el régimen legal de filiación, en las que se conservan aún normas que obstaculizan que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente lo es, dentro de un sistema restrictivo de investigación de la filiación.

Tal es el caso de la Ley 28457 que estableció un procedimiento especial ante los Juzgados de Paz Letrados para la pretensión de reclamación de la paternidad extramatrimonial sólo cuando se invoca el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, referido a la acreditación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; precisando que, tal regulación, “no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”.

5.2.- LA SOLUCIÓN LEGAL EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El artículo 396 del Código Civil de 1984 establece que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”.

De esta disposición se concluye que, en el supuesto de surgir una controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, el actual ordenamiento civil pondera preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial.

La doctrina nacional ha expuesto los fundamentos de esta solución, que los resumimos de la siguiente manera: a) la acción de impugnación de la paternidad

matrimonial corresponde sólo al marido, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad que viene impuesta por la ley; b) la presunción de que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y, por tanto, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; y, c) el matrimonio es la única fuente de la que surge la familia y requiere protección, por lo que la defensa de la tranquilidad de los hogares requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal

Pero, tales fundamentos reposan en última instancia en el sistema constitucional de filiación que el legislador del Código Civil de 1984 tuvo presente al momento de diseñar tal régimen legal.

En general, debe apreciarse que todo régimen legal de filiación resulta del juego de los principios favor veritatis, favor legitimitatis y favor filii, todos los cuales están previstos en el sistema constitucional de filiación que se trate; de tal manera que en cada ordenamiento jurídico se organiza un esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios. Un análisis de conjunto de las normas del régimen legal puede permitir conocer el criterio o el principio rector que, del sistema constitucional de un determinado país, se ponderó preferentemente.

Así, el régimen de filiación anterior al Código Civil de 1984 se sustentó en los principios del favor legitimitatis y de jerarquía de filiaciones. De la revisión de las disposiciones de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, se concluye que el principio favor legitimitatis importó extender la protección dispensada a la familia matrimonial a favor de los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la evidencia biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. De otro lado,

por el principio de jerarquía de filiaciones se admitió la existencia de diversas clases de filiación con clara discriminación de la ilegítima en orden a los efectos personales y patrimoniales.

Con el Código Civil de 1984 tal situación sólo varió en cuanto al principio de jerarquía de filiaciones. Éste fue sustituido por el principio de igualdad de categorías de filiación en virtud del cual se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

¿Cuál fue el sistema constitucional de filiación que el legislador del Código Civil de 1984 tuvo presente al momento de diseñar este régimen legal? La respuesta la encontramos de la revisión de las disposiciones de la Constitución de 1979. En esta Carta Magna, el sistema constitucional de filiación se infería de las previsiones siguientes:

Artículo 2: “Toda persona tiene derecho 2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.

5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

Artículo 5: “El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.

Artículo 6: “El Estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Dejando constancia que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se aprecia que el sistema constitucional de filiación respondió a la concepción de familia de la Constitución de 1979: la familia matrimonial (artículo 4). Ello importó, para el legislador del Código Civil de 1984, ponderar preferentemente el principio favor legitimitatis: extensión de la protección dispensada al matrimonio a favor de los hijos que nacen dentro de él. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la verdad biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal.

Por cierto, que esto no se contradice con el principio de igualdad de derechos de los hijos (principio de igualdad de categorías de filiación), pues éste se refiere a los efectos jurídicos derivados de la filiación ya determinada, ya establecida (artículo 6).

Por otro lado, el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1979 privilegió la intimidad de los progenitores antes que el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2.5). Ello era así, por cuanto en esa Constitución no se reconoció a la identidad como un derecho fundamental. Además, bajo el influjo del principio de amparo de la paternidad responsable (artículo 6), que no suponía acciones positivas del Estado, no se consideró la existencia de un interés público en la determinación de la paternidad y maternidad; entendiéndose, por el contrario, que en el establecimiento de la filiación sólo concurren intereses privados.

Vale decir que, bajo el sustento del sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1979, en el régimen legal Código Civil de 1984 se otorgó protección preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio y, por lo mismo, los hijos producidos fuera del matrimonio recibieron un tratamiento jurídico manifiestamente discriminatorio para efectos de determinar su filiación.

Artículo 6: “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Dejando nuevamente constancia que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se advierte que el sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia de la Constitución de 1993: la familia es una sola, sin importar su origen que puede ser matrimonial o extramatrimonial (artículos 4 y 5). Ello importa, ahora, relativizar el principio favor legitimitatis: La promoción dispensada al matrimonio ya no impide la investigación de la paternidad o maternidad a fin que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio favor veritatis); pues no es suficiente una determinación meramente formal.

De otro lado y al reconocer expresamente a la identidad como un derecho fundamental a la par que a la intimidad, el sistema constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2, incisos 1 y 7). Por cierto que, en las soluciones que se adopten para resolver el anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio favor filii (artículo 4).

Ello también es así, por el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables (artículo 6) que impone al Estado la obligación de adoptar acciones positivas a fin de afianzar el vínculo filial y destaca la existencia de un interés público, además del interés de los particulares, en esta materia.

Vale decir que, considerando el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1993, ahora se requiere de un nuevo régimen legal que se sustente en los principios del favor veritatis, de igualdad de filiaciones y favor filii. Esta nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor filii).

Complementariamente, no se puede omitir mencionar que, entre los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por el Perú con posterioridad a la Constitución de 1979, se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño que forma parte del derecho nacional desde 1990; cuyas disposiciones vinculadas con el sistema constitucional de filiación son las siguientes:

Artículo 3 “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 7.

“1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Artículo 8

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Insistiendo que es nuestro el subrayado y resaltado de estas disposiciones, se comprueba que, en la Convención sobre los Derechos del Niños y en directa alusión al sistema constitucional de filiación, toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares.

Es expreso el reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria. Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria. Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.

Por cierto que, será el interés superior del niño (artículo 3 de la Convención) el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

Descrito el actual marco del sistema constitucional de filiación, resulta evidente que, ahora la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii).

Por cierto que, los argumentos expuestos por la Doctrina Nacional como sustento de la previsión del artículo 396 del Código Civil se ven ya superados¹⁵³. En primer lugar, es innegable que el niño tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, por estarle ello referido directamente por la Convención sobre los Derechos del Niño y, toda vez que el ordenamiento jurídico no excluye expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan intentar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, resulta claro que tal pretensión puede ser ejercitada por el mismo hijo, sin que ello implique un actuar contrario a ley. En segundo lugar, tampoco obsta la presunción de cumplimiento de los deberes conyugales por parte de las personas casadas, pues ella mantiene su vigencia mientras no se demuestre lo contrario. Precisamente, la probanza del nexo biológico evidenciaría el cumplimiento o no del deber de fidelidad material. Por último, el mandato constitucional de protección de la familia ordena atender no sólo a la que nace de un matrimonio sino también a la que surge de otras convivencias no matrimoniales; siendo así, el argumento de la tranquilidad de los hogares no puede establecerse sobre las bases que se alejen de la defensa y promoción de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social. Las actuales valoraciones jurídicas le privan de su fuerza de convicción a tales argumentos y exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño.

5.3.- EL DERECHO DEL NIÑO, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, A CONOCER A SUS PADRES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz.

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a la identidad filiatoria se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, en síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño cristaliza el reconocimiento del derecho a conocer a los padres. En el más reducido ámbito regional americano, ello puede considerarse comprendido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, también es

reconocido y protegido en la Constitución de 1993, como vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1.

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporcionan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, éste deberá tener un contenido mínimo, susceptible y necesitado de protección.

En ese sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance -y que son fundamentalmente las acciones de filiación- para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

En cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales.

De los argumentos doctrinales se desprende que los derechos fundamentales, en su vertiente subjetiva, están pensados también para las relaciones entre

particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque -en ese sistema- sólo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público.

Como conclusión lógica de lo anterior, se deriva que el derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, -civil, administrativa o penal-, que garantice este derecho no sólo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

En cambio, desde la perspectiva objetiva el derecho a conocer a los padres viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

Además, también implica que el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, sólo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De ello se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas desde un punto de vista formal y material.

En cuanto a su delimitación conceptual, en los intentos de concretar el derecho a conocer a los padres, pueden distinguirse al menos dos corrientes: de una parte aquélla que, partiendo de una interpretación restrictiva del término, identifica

al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación. De otra parte, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación.

La primera concepción, parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación, desde que en el texto del artículo 7, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que el mismo se ejercita “en la medida de lo posible”. De esta manera, se brindaría la debida protección constitucional a este derecho.

Este modo de entender el contenido del derecho a conocer a los padres, restringido exclusivamente a los supuestos autorizados para iniciar la investigación de la filiación, de aparente lógica, si bien resulta del texto de la norma, lleva a un concepto exclusivamente basado en presunciones y, en consecuencia, excesivamente restrictivo respecto del término utilizado.

En todo caso, si se tiene en cuenta que tal tesis se enmarca en una apreciación textual, las principales objeciones que se pueden hacer a este planteamiento radican en el propio método de interpretación utilizado, basado en un criterio exclusivamente literal, y en el trasvase de procedimientos interpretativos propios del Derecho civil al ámbito constitucional. Será necesario, por tanto, comprobar si la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución y la propia teoría de los derechos fundamentales permiten en última instancia esta interpretación del término “en la medida de lo posible”.

Toda interpretación jurídica requiere que los términos sean interpretados según las palabras empleadas en el texto¹⁵⁹. Sin embargo, en esta concepción se sustituye el significado literal de los términos por la pretendida finalidad buscada con la inclusión de la norma.

Así, y aun reconociendo la complejidad del término identidad biológica y su conexión con el principio de dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, se entiende que, tanto por la propia finalidad del precepto como por la específica acogida que estos derechos encuentran en otros artículos, es necesario darle a la expresión “en la medida de lo posible” una proyección más limitada. Con ello debe tenerse presente que, una vez superada la tradicional distinción entre interpretación de la letra de la ley e interpretación de la voluntad del legislador¹⁶⁰, el jurista ha de deducir el significado de la norma de la propia actividad interpretativa en ningún caso a priori. Sólo en aquellos supuestos en los que, una vez concluido el proceso interpretativo, exista una clara y manifiesta contradicción entre la finalidad de la norma y el propio sentido gramatical de los términos, será posible proceder a restringir o ampliar dicho significado.

De acuerdo con ello y respecto a la interpretación del término “en la medida de lo posible” no parece, sin embargo, que se dé la aludida contradicción: las propias discusiones acerca de su expreso reconocimiento¹⁶¹ evidencian que mediante la introducción de este término se pretendía proteger algo más que la identidad biológica del individuo. Junto a ello, una interpretación contextual del término, sustentada en la cercanía entre el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, refleja su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Se puede afirmar, por tanto, que el reconocimiento del derecho a

conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación.

Por otra parte, la utilización de criterios restrictivos en la interpretación del significado y contenido de un derecho fundamental, vulnera claramente el principio *in dubio pro libertate* que requiere, en caso de duda, la opción por una interpretación amplia de los derechos fundamentales. Además, la situación de supremacía de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, impide que sus términos puedan ser interpretados de acuerdo con la función que cumplen en normas inferiores, como la del Derecho civil. El método a seguir es el inverso: en primer lugar habrá que delimitar, de acuerdo a los criterios hermenéuticos propios del Derecho constitucional, el concepto y contenido de un derecho fundamental; en segundo lugar, ya en el ámbito del Derecho civil, se procederá en su caso a una restricción del contenido del derecho, acorde con los principios de interpretación propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

Además, cabe destacar la concreta relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica.

Al igual que ocurre con el derecho al honor, también procedente de la idea de dignidad pero dotado de un ámbito y contenido propio, se protegen aspectos

derivados de la dignidad personal, pero no este valor en sí mismo considerado. La dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. En este sentido, la identidad biológica se la concibe como una sustantivación de la dignidad, porque aquella va referida a la existencia humana.

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a conocer a los padres carezca de un ámbito y contenido propio. Debe, por tanto, descartarse la posible equiparación entre la dignidad y la identidad biológica. El reconocimiento de la estrecha relación entre ambas -derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada-, permite efectuar la delimitación del derecho a la verdad biológica desde la perspectiva de la mencionada relación.

Así, si bien la dignidad se configura como un valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que como cualquier otro requiere de una base material, ésta es proporcionada por los derechos inherentes a la persona, con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad.

De este modo, los derechos inherentes a la persona vendrían a conformar el aspecto estático de la dignidad personal, al delimitar las esferas de acción que el individuo ha de hacer propias dotándolas de un contenido concreto.

Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante el derecho a conocer a los padres, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: la identidad biológica. El referente

material mediato del derecho a la identidad biológica vendría a su vez conformado por las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elementos básicos para su realización y sin las que no es posible su completo desarrollo como persona.

En este sentido, el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación. De acuerdo con ello, identificar la frase “en la medida de lo posible” con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana.

Por lo mismo, las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias, por cuanto sólo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incurso en alguna de las causas legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.

Siendo así, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de

matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. No obstante, la frase “en la medida de lo posible” antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Ello se presente como un límite intrínseco a este derecho.

Como se observa, el derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitu personae*, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible.

Sin embargo, cabe subrayar dos puntos adicionales. En primer lugar, el artículo 7 no hace referencia al “interés superior del niño”. La expresión “en la medida de lo posible” parece contener una limitación más estricta y menos subjetiva que la del “interés superior”. Ello podría implicar que el niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres si ello es posible, incluso si se considera que va en contra de su interés. Pero la naturaleza holística de la Convención sugiere que al niño que

pudiera resultar claramente perjudicado por conocer la identidad de sus padres no se le debería facilitar dicha información. Esta interpretación se ve respaldada por el hecho que la expresión “en la medida de lo posible” también se extiende al derecho del niño a ser cuidado por sus padres, y nadie puede argumentar que en ese contexto la expresión no tiene en cuenta el “interés superior del niño”. Pero es evidente que al niño sólo se le puede negar el derecho a saber quiénes son sus padres en su interés superior, cuando las circunstancias que motivan dicha negativa son las más extremas e inequívocas.

En segundo lugar, los artículos 5 (evolución de facultades del niño) y 12 (respeto a las opiniones del niño) de la Convención sobre los Derechos del Niño sugieren que la determinación de lo que es, o no es, el interés superior del niño, en cuanto al conocimiento de sus orígenes, es un problema que pueda plantearse en diferentes etapas de su vida. El interés superior de un niño de seis años en relación con este asunto puede ser muy distinto al interés superior de uno de dieciséis. Estos aspectos deben ser tomados en cuenta al momento de reclamar o impugnar el vínculo paterno filial con el propósito de sentar el conocimiento de quien es el padre o la madre.

Resulta necesario, por último, referir que el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres. Otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial. Ello se aprecia en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida.

5.4.- EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVARLA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El derecho del niño a conocer a preservar la identidad en sus relaciones familiares aparece expresamente reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño

El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

Estamos frente al momento de la concepción, que es el del surgimiento de un nuevo ser. “La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores”.

De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte.

A la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma. “A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad

Uno de esos elementos dinámicos es el referido a las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

Siendo así, la identidad en las relaciones familiares reconoce un principio importante: la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres. Conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes puede ser tan importante, o incluso más, para el sentido de identidad.

De otro lado, “preservar” en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño implica tanto la no injerencia en la identidad como la conservación de los documentos relativos a la genealogía y al registro del nacimiento y de aquellos detalles sobre los primeros años del niño que no se puede esperar que recuerde.

Por eso, como una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, se destaca el derecho a saber quiénes fueron sus padres y, como consecuencia, a ser criado por ellos y que se establezcan todos los lazos parentales.

Para garantizar todo ello, debe promoverse la determinación de la filiación a partir del principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio; considerando que, desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el correspondiente derecho a que en el momento oportuno sea revelada tal filiación biológica, de modo de poder ostentar una filiación jurídica.

Pero, una vez establecida la filiación, surgen las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y, además, las relaciones familiares con los parientes de cada uno de ellos. Siendo así, el derecho a preservar la identidad en las

relaciones familiares alude directamente al concepto de “posesión constante de estado de hijo”.

Precisamente, la faceta dinámica de la identidad filiatoria asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia que se afirma a través de la invocación de la posesión de estado. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar al persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paterno-filial.

Cabe precisar que la posesión de estado, no mencionada entre las formas de reconocimiento, no deja de ser un modo de reconocer al hijo, a través de la conducta inequívoca y constante que trasciende en aceptación voluntaria del estado aparente que configura el tractatus. Desde luego que no es el reconocimiento resultante de un acto jurídico familiar que en forma expresa y por escrito tiene por fin inmediato afirmar paternidad o maternidad, sino que su entidad se infiere aprehendiendo los hechos voluntarios en el tiempo.

Esos hechos, conductas recíprocas entre quien trata a alguien como su hijo públicamente y es a su vez tratado como padre o madre, no tienen seguramente una voluntariedad explícita destinada a producir los efectos del reconocimiento que resulta de declaraciones expresas que, en tal sentido, se pueden hacer en un instrumento público o en un testamento. Pero se le otorga el mismo valor si, por su

persistencia, ostensibilidad y reiteración llevan a la convicción del juez de que constituyeron un comportamiento consciente -por ende voluntario-, revelador de un vínculo paterno o materno filial real.

5.5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA.

En general, en la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, en definitiva. Y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su “paz familiar”.

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio.

Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo se localiza en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar con profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (derecho a los apellidos, derecho a alimentos y derechos sucesorios).

De aquí, pues, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. “La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”

Debe tenerse presente que el criterio de la ponderación de bienes es una consecuencia del convencimiento de que los derechos y libertades no son absolutos.

“No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho o una libertad fundamental de otra persona. Entonces, he ahí la cuestión: ¿cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? El conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso. No hay una “preferencia incondicionada” que derive directamente de la Constitución, sino un mandato a los jueces para que valoren todos los aspectos y datos, sean o no fácticos, de cada recurso, sin proporcionarles puntos de referencia constitucionales”.

Para resolver el conflicto de derechos en materia de filiación, no puede dejar de considerarse que parece obvio que por efecto de la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho a conocer a los padres nace limitado pues del propio tenor literal se desprende únicamente que su ejercicio procede “en la medida de lo posible” (artículo 7, numeral 1). Es decir que el legislador podría regular los casos

y requisitos. No puede el legislador evitar o prohibir la investigación de la filiación, pero sí puede limitarla, máxime si se admite que sobre un proceso de esta naturaleza planean derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige la acción, como son el derecho a la intimidad personal o, incluso, el derecho a la integridad física de la persona a quien se le imputa el hijo.

De donde se deduce una aparente subordinación del derecho a conocer el propio origen biológico frente a las normas constitucionales que acogen derechos fundamentales.

Sin embargo y como se destacó, la frase “en la medida de lo posible” antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres está referida a las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho a la verdad biológica. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado.

Interesa ahora analizar la posible determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. Ello acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que puede o no coincidir con tal verdad biológica.

Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial

(principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional ha expuesto que “por virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que ésta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio favor veritatis) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

De otro lado, el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales; de tal manera que la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en

cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción

El Tribunal Constitucional ha señalado que el subprincipio de idoneidad “comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél”¹⁷⁴. Vale decir, supone determinar si la restricción resulta pertinente o adecuada al fin propuesto.

En el supuesto bajo análisis, la restricción sugerida resulta adecuada al fin propuesto. En efecto y siendo que, en el actual sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, resulta idóneo restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio favor veritatis) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que el subprincipio de necesidad “consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto es verificar si existen medios alternativos al optado. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios: el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido optar para alcanzar el mismo fin

Igualmente, la limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del

origen biológico (principio favor veritatis) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha indicado que, de acuerdo con el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio favor veritatis), aquella no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues éste no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una “posesión constante de estado” con aquél. Sólo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico.

Esta solución encuentra su confirmación en la consideración primordial al interés superior del niño (principio pro filii) que su protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia, por tener mayor importancia en el orden de prelaciones y jerarquías de la Constitución.

En ese sentido y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que coincide con tal verdad biológica.

La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del niño a su identidad filiatoria exige reconocer que tal derecho está conformado, de un lado, por el dato biológico, la procreación del hijo, y, del otro, por el arraigo de vínculos paternofiliales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Siendo así, es el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

El expreso reconocimiento de este derecho determina que se esté frente a un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia. Con él, hay que olvidar la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, la imposibilidad en muchos casos de entablar un pleito con objeto de llegar a tener conocimiento de los verdaderos progenitores¹⁷⁸. Hay que abrirse a un nuevo orden donde no sólo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la concepción de la filiación no surgida de matrimonio, y donde, por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación: cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial.

Cabe recordar que, en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado..

Como ya se explicó, este principio de interpretación es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas (interpretación pro homine) expresamente en los tratados de derechos humanos. En ese sentido, la interpretación más adecuada de una norma de la Convención será aquella realizada al momento en que la interpretación se lleve a cabo, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. En última instancia, toda interpretación debe sustentarse en la dignidad de la persona humana como fuente de toda protección y como valor supremo a partir del cual se desarrolla el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

5. La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada en la jurisprudencia peruana y argentina.

El tema no ha sido ajeno a nuestros Tribunales. Cuando el padre biológico impugnaba la paternidad matrimonial del marido de la madre para reclamar para sí la paternidad extramatrimonial del hijo, los pronunciamientos no hacían sino confirmar y evidenciar la posición del Código Civil de 1984: estando la madre casada en época de la concepción y no habiendo el marido, contestado la paternidad matrimonial, resulta improcedente reclamar judicialmente una filiación paterna diferente a la ya determinada por Ley.

Sin embargo, existe un precedente jurisprudencial en el que, sobre la base del control difuso de la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, se resolvió de manera diferente. Se trata de la demanda interpuesta por don Cesar Enrique

Collazos Koo contra doña Nancy Roque Valdivia de Hurtado y don Antonio Modesto Hurtado Maringota sobre impugnación de paternidad matrimonial, sustentada en que el demandante es el padre biológico de la niña I. A. H. R., nacida dentro del matrimonio de los demandados, y no el marido de la madre (Expediente N°2003- 0839-251801-JF01)181.

De la revisión del expediente, se comprueba que la niña I. A. H. R. fue inscrita en el Registro Civil como hija del marido de la madre, sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial. De otro lado, también se advierte que las partes se sometieron a la prueba de ADN la que dio por conclusión que don Antonio Modesto Hurtado Maringota no es el padre biológico de la niña I. A. H. R.; sino, por el contrario, el padre es don Cesar Enrique Collazos Koo. Por último, se aprecia que la niña I. A. H. R. vive con su madre en compañía del padre biológico; pero que, por estar registrada como hija del marido de la madre, en sus evaluaciones que se le toma en el Colegio privado “Niño Jesús de Praga” se consigna como Collazos y en otras como Hurtado.

En la sentencia del 29 de noviembre de 2004, la Jueza del Primer Juzgado de Familia del Distrito Judicial del Santa al analizar la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, concluye que dicha disposición legal no puede ser interpretada conforme a la Constitución pues se trata de una norma que, a partir de una presunción de paternidad que ha quedado destruida por la corroboración del vínculo de paternidad, ya que no es coincidente con la realidad biológica paterna, “obstaculiza a que dicha menor sea tenida legalmente como hija de quien biológicamente lo es, puesto que nuestra norma sustantiva impone que, previamente se debería ejercer la acción contestataria de impugnación de paternidad por el

codemandado don Antonio Modesto Hurtado Maringota como lo disponen los artículos 396 y 404 del Código Civil”; lo que no ha sucedido, en el presente caso.

En consecuencia y advirtiendo que, en el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, la Magistrada señala que “encontrándose en discusión la filiación biológica de la niña, resulta imperiosa la necesidad de que ésta se establezca y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura; máxime si en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre la otra de rango inferior, y en el presente caso se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y dejar de aplicar las normas antes referidas que se oponen a esta finalidad, considerando la jerarquía de la norma en la constitucional en el inciso primero artículo segundo de la Constitución Política del Perú; así como instrumentos internacionales y especialmente el de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo ocho y que se trata de los derechos a la identidad y demás inherentes a una menor de edad, el Juez conjetura la inaplicación del artículo trescientos noventa y cuatro del Código Civil, artículos que no hacen viable la defensa y protección de la menor”.

Resulta pertinente resaltar que, en el presente caso, se aplicó el artículo ocho de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque sin hacer referencia expresa a la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la niña en cuestión, la Jueza parece inferirlo; pues indica que “es necesario proteger la

identidad y filiación de la menor I. A. H. R., es decir a conocer y ser reconocida por sus padres biológicos”. Por último, en la adopción de esta solución, el órgano jurisdiccional evidencia la consideración primordial del interés superior del niño del caso que se trata.

No habiendo sido impugnada la referida sentencia, ésta fue remitida en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República; siendo aprobado el control difuso realizado, con la Sentencia en Consulta N° 370- 2005 CHIMBOTE de fecha 18 de abril de 2005

Igual de interesante resulta ser el precedente del repertorio jurisprudencial argentino denominado caso “L.C.F. por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A. p/ Filiación”.

Se trata de la demanda por impugnación de filiación matrimonial que inició el señor C.F.L., quien solicitó se declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino, afirmando ser el padre extramatrimonial de la niña M.G.A, nacida el 26 de enero de 2002, y señalando haber tenido relaciones extramatrimoniales con la señora A.C.G.P.de A., fruto de la cual nació la niña. Precisa haber tenido conversaciones con el marido de la madre quien, no obstante conocer que la menor no es hija suya, terminó por pedirle que abandone la idea de todo reconocimiento. Fundó la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino en cuanto no legitima al padre biológico para reclamar la impugnación de la paternidad y cuyo texto es el siguiente: “La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo. La acción del marido caduca si transcorre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán

impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, en su sentencia del 12 de mayo de 2005, resolvió esta cuestión sentando un trascendental precedente jurisprudencial. De acuerdo a su texto, correspondió a la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci desarrollarlo.

En primer lugar, se precisó que la validez constitucional de algunas normas legales que regulan materia propia del Derecho de Familia puede y debe ser juzgada no sólo en abstracto, sino en concreto; para, después, aludir al precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su sentencia del 27 de octubre de 1994 recaída en el caso Kroon y otros con los Países Bajos, declaró que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea impugnada por el marido de la madre violaba el derecho a la vida familiar previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Luego de repasar el estado de la cuestión en los precedentes de los Tribunales y las posiciones doctrinarias, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci expresa su adhesión por la denominada posición ecléctica o intermedia que se resume de la siguiente manera: En materia de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad del marido de la madre del menor debe distinguirse cuál es la situación familiar de cada caso concreto y, en consecuencia, si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada; cuyos argumentos se resumen en la sentencia, a saber:

Artículo 1° del decreto legislativo N° 1377,

En el presente caso, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci resalta los hechos acreditados que evidencian la vida familiar entre el marido de la madre con la niña cuya filiación se reclama. Así, se indica que la niña tiene apenas tres años y está con su madre; y, como lo reconoce el actor, la madre convive con su marido. Siendo que quien es padre, según la normativa civil, ama y cuida a la niña, se precisa que “está fuera de toda duda por los propios dichos del actor que, además de la presunción legal, el marido tiene a su favor, un verdadero estado de padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa filiación jurídica”.

Recurriendo al criterio doctrinario según el cual debe advertirse que “al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana”, se destaca que la identidad filiatoria “tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo”; por lo que, “en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”.

Siendo así, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci concluye que la legitimación que se pretende, de tener éxito la demanda, desplazaría a esa niña de esa situación de legitimidad y la trasladaría al ámbito de la extramatrimonialidad perdiendo vínculos jurídicos no sólo con quien la cuida y quiere como su hija sino a todo su entorno familiar. Lo contrario, constituiría una injerencia vedada al Estado en la intimidad familiar de una persona en formación, sin priorizarse su interés superior real, no abstracto.

CAPITULO VI

RESULTADOS

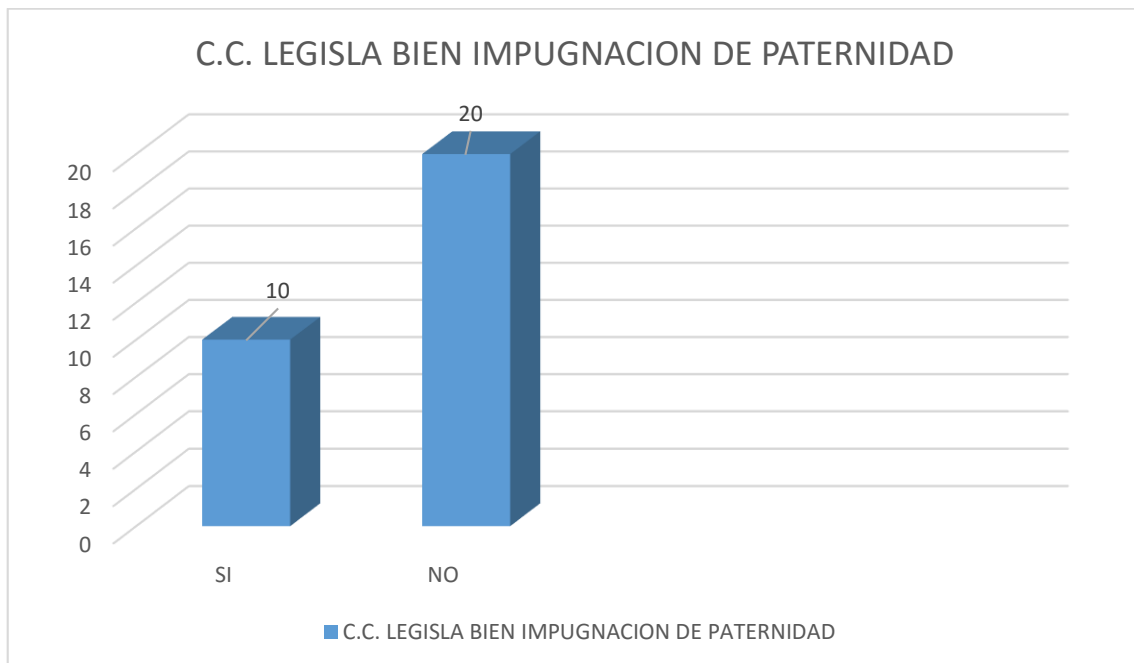
6.1.- ENTREVISTA: ABOGADOS CIVILISTAS DEFENSA LIBRE.

1.- ¿El Código civil vigente legisla adecuadamente sobre la impugnación de la paternidad patrimonial?

Tabla 01

Si	10
No	20

Cuadro 01



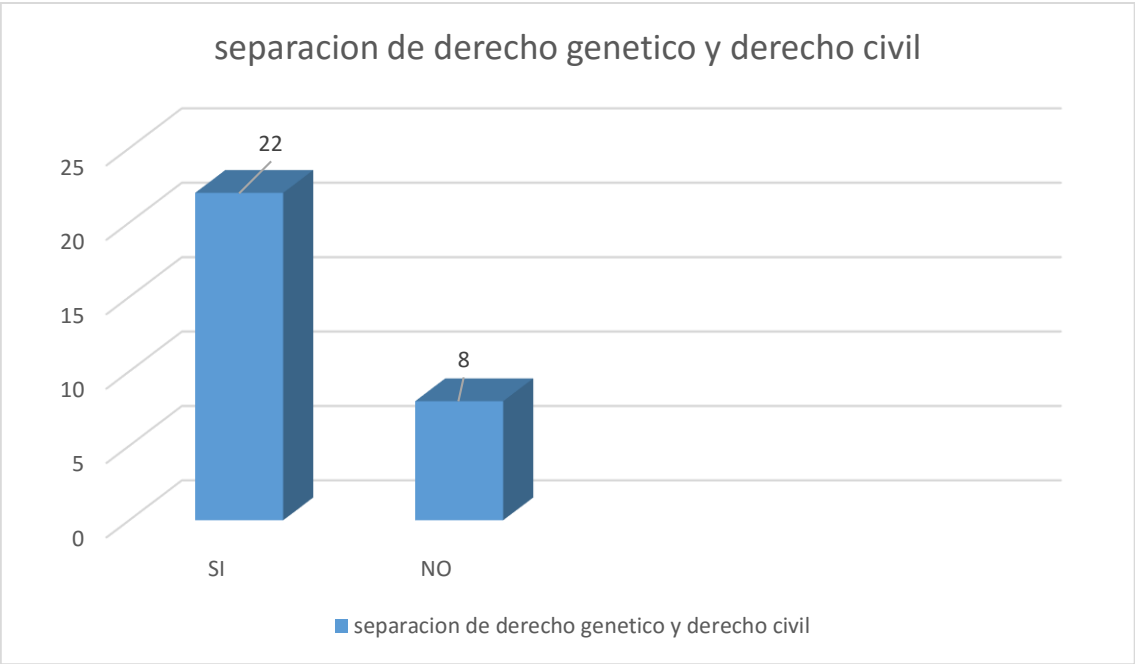
El 75% de abogados consideran que no existe una adecuada legislación con respecto a la impugnación de paternidad.

2.- Opinión sobre el derecho genético debe independizarse del Derecho Civil.

Tabla 02

Si	10
No	20

Cuadro 02



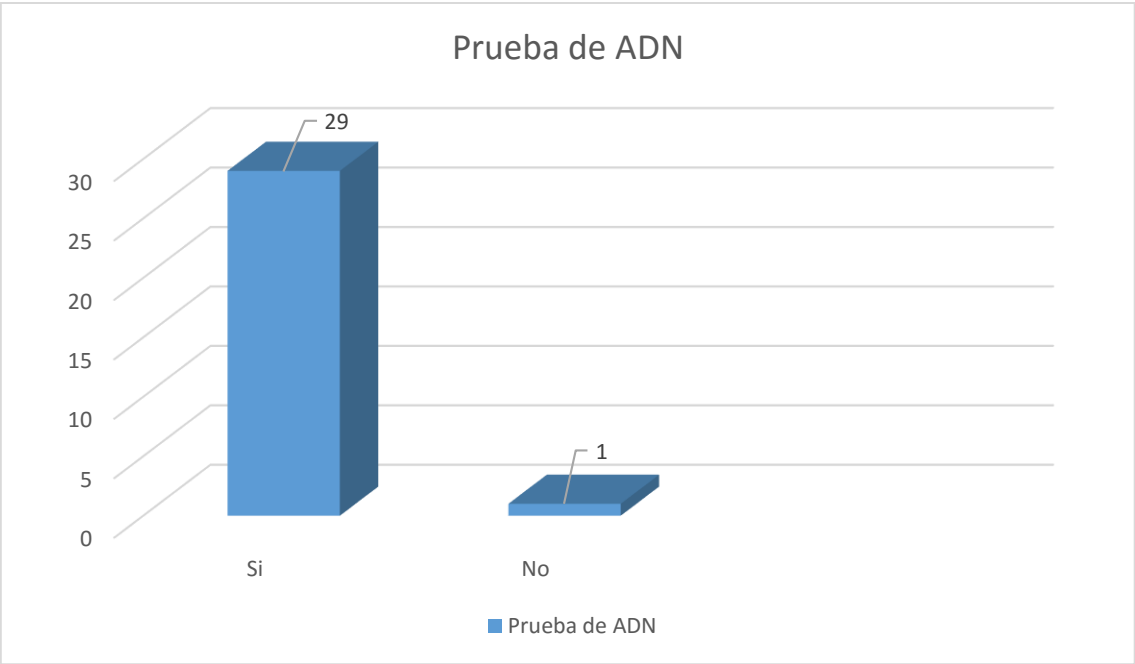
Se presenta la opinión sobre si el derecho genético debe independizarse del derecho civil, observándose que el 68% indican que si debe independizarse, mientras que el 32% indica que el derecho genético no debe independizarse del derecho civil.

3.- La prueba del ADN es la mejor de todas para demostrar la filiación o nexo biológico.

Tabla 03

Si	29
No	01

Tabla 03



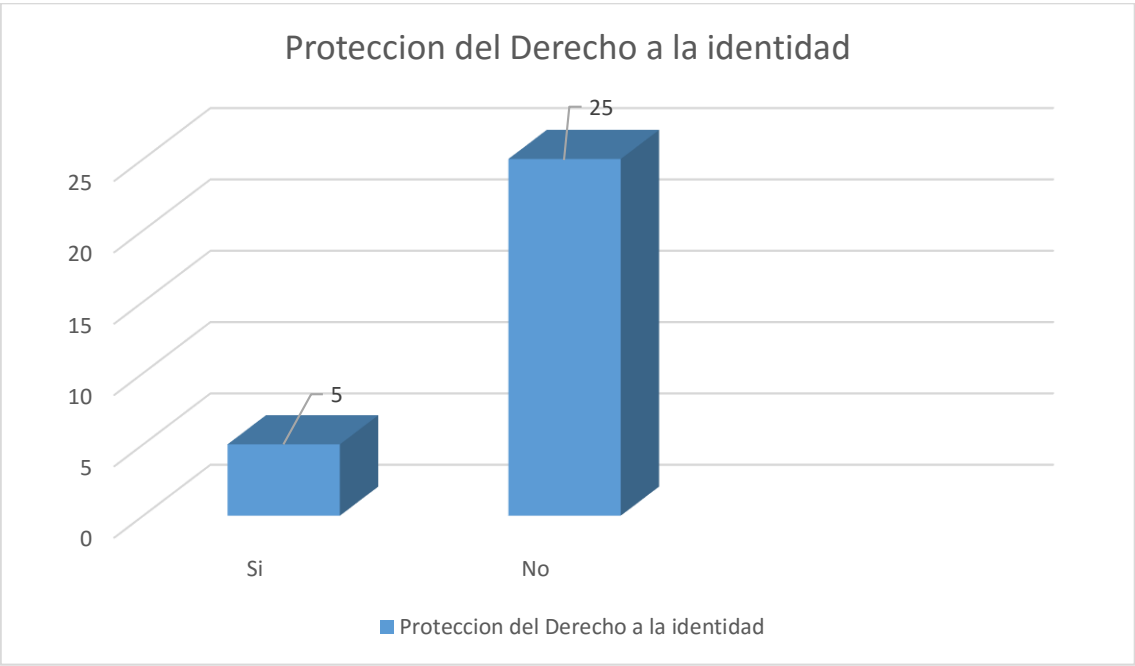
Se presenta la opinión de que si la prueba ADN es la mejor de todas para demostrar la filiación o nexo biológico, observándose que el 95% de los abogados indican que la prueba ADN si es la mejor de todas, mientras que el 2% de los abogados entrevistados indican que la prueba ADN no es la mejor de todas y en la opinión de ambos, ellos indican que la prueba ADN si es la mejor de todas para demostrar la filiación.

4.- ¿El Derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural están protegidos en el Código Civil peruano?

Cuadro 04

Si	5
No	25

Tabla 04



Se presenta la opinión sobre si el derecho de identidad del hijo biológico y de la madre natural están debidamente protegidos en el código civil peruano, observándose que el 05% de los abogados indica que si están debidamente protegidos, mientras que el 95% de los fiscales indica que no están debidamente protegidos y en la opinión de ambos, el 72% de ellos indica que no están debidamente protegidos en el código civil peruano.

Preguntas abiertas:

5.- ¿Cree que la expresión: “salvo sola declaración expresa de la madre” añadida en el Código Civil expuesto en el Decreto Legislativo N°1377 deja puerta libre a la decisión de la madre el destino del niño/a?

Se podrían presentar algunos casos en donde se generaría una controversia por que considero que primero debería de primar el derecho a la identidad del menor. Antes que la verdad biológica de acuerdo con su interés superior del niño.

6.- ¿Para usted debería existir un plazo para que la madre declare que su hijo no tiene como progenitor a su marido a fin de no causar afectación a la formación de la identidad filiatoria del menor?

Debe ser lo correcto, se debe de considerar un plazo para que la madre pueda declarar expresamente, que el hijo que tiene no es de su esposo si no de otro con el que lo tuvo de manera extramatrimonial.

7.- ¿Para usted el Decreto Legislativo N° 1377 a propósito de la impugnación del hijo extramatrimonial de hijo de mujer casada realmente resguarda el Interés Superior del niño?

Se podría decir que el Decreto Legislativo 1377, resguardada en parte el interés superior del niño. Pero hay que tener cuidado pues la declaración expresa de la madre podría dejar puerta libre a su sola decisión el futuro del menor.

8.- ¿De qué manera se vulnera el principio del Interés Superior del Niño con la emisión de sentencias donde se procede la exclusión del nombre del menor seguido del cese de las obligaciones del supuesto padre?

Se genera una vulneración a dos aspectos muy importantes cuando no se toma en cuenta el interés Superior del Niño para ser aplicados en favor del menor. En lo que respecta la pregunta habría una vulneración a su identidad y se estaría atentando contra su subsistencia del niño, niña o adolescente, que este tiene por recibir como una pensión alimenticia por parte de su padre para su

desarrollo integral. Debiendo más bien ser garantizado a través del Interés Superior del niño para tener una vida digna y un buen desarrollo integral.

6.2.- ANÁLISIS DE RESULTADOS:

El Decreto Legislativo N° 1377 presenta hasta cinco modificaciones sustanciales y una derogación a la norma del Código Civil Peruano, que es la modificación del artículo 361° que prescribe la presunción de paternidad. Si bien es cierto se presume que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, no obstante, se ha incorporado una excepción: es “la declaración expresa de la madre”.

Además, el artículo 362° recalca que la presunción de paternidad aplicable a los hijos matrimoniales, salvo que la declaración expresa de la madre indique que su marido no es el padre biológico de su hijo. Pero en cuanto a la redacción del artículo 396° cambian las reglas sobre el reconocimiento de la mujer casada, ya que, la anterior norma derogada, que prescribía que el hijo de mujer casada solo pudiese ser reconocido después que su marido lo hubiese negado y a la vez obtenido una sentencia firme. Pero ahora la nueva regla es que, cuando la madre hay declarado de manera expresa que su hijo no es de su marido, el verdadero progenitor podrá reconocer a su hijo.

Diríamos que con estas modificatorias y la regla de determinación de la filiación matrimonial, solamente bastaría la mera declaración expresa de la madre para así terminar la presunción de la paternidad, por lo que nos indica que existe algunos problemas como:

Los abogados entrevistados consideran que debería considerarse un plazo para que la madre declare que su hijo no tiene como progenitor a su marido, ya que si se determina la filiación a favor de este último, se activan los derechos y obligaciones que la patria potestad implica, asimismo el vínculo afectivo que generará el marido con el niño(a) que cree su hijo, y si luego la madre declara que el verdadero progenitor es un tercero, generando una situación que claramente afecta al menor.

La posibilidad de que el marido demande a la madre y al verdadero progenitor el pago de una indemnización por daño moral, derivado de la atribución de una falsa paternidad.

La falta de determinación de la filiación de los hijos matrimoniales en aquellos casos en los que la madre hubiese expresado que su marido no es el padre y el verdadero progenitor no haga un reconocimiento voluntario de paternidad.

La falta de determinación de la obligación alimentaria respecto de aquellos hijos matrimoniales cuya madre haya declarado expresamente que su marido no es el padre y cuyo verdadero progenitor no pretende reconocerlos voluntariamente.

Por estas razones, las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo sobre el Código Civil podrían generar efectos totalmente contrarios a lo que pretendiera como finalidad de legislador, contraviniendo garantizar el derecho a la identidad y al nombre de niñas niños y adolescentes.

CONCLUSIONES

1. La Impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial según nuestro Código Civil Peruano es aquella acción ejercida por el padre para cuestionar el reconocimiento o filiación de un hijo, es así como se pretende poner fin a la relación filial ya existente dejando sin efecto las obligaciones y derechos que derivan de la supuesta paternidad; no obstante en las nuevas modificatorias al Código Civil Peruano mediante el Decreto Legislativo N° 1377 el legislador para prever esta situación a fin de evitar carga procesal
1. El Decreto Legislativo N° 1377 a propósito de la impugnación del hijo extramatrimonial de mujer casada fue creada con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad de niños, niñas y/o adolescentes, sin embargo existen vacíos que no resguardarían en su totalidad al menor, es así como las modificaciones introducidas en el Código Civil traen consigo efectos totalmente contrarios a lo que pretendería el legislador, dependiendo de la situación generaría controversia para todas las partes implicadas, en dicho caso debería primarse la identidad del menor, que sea aquella la más saludable para su bienestar integral, independientemente si se tratase de su identidad biológica o dinámica.
2. El concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.
3. la figura paterna es esencial en la vida cotidiana de un menor debido a que ese apoyo incondicional ayuda para el crecimiento integral del menor, así como a tomar de ejemplo o modelo funcional de comportamiento paternal para construirse a sí mismo como una persona integral en todos los ámbitos de su vida, de modo que aquellos menores que se exponen a este tipo de situaciones como el cambio de relación paternal va a perjudicar y tendrá un impacto negativo en su propia identidad, trayendo efectos negativos en la conducta del menor para con su entorno, no llegando a internacionalizar las normas ni el “deber ser” lo que facilita su proceso de integración en la sociedad.

RECOMENDACIONES

1. Se debe tener en cuenta que en lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad, su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. “La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de protección de la familia”
2. El estado debe apoyar recurriendo a la comunidad económica internacional y ONGs que permitan financiar los gastos que se realizan entre materiales que se requieren para la realización de la prueba, con la finalidad de que no existan insatisfacciones e injusticias respecto de la filiación.
3. Debemos reflexionar en que No es aceptable “la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a este la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”. Lo contrario es legitimar una conducta individualista por decir lo poco, egoísta con mayor precisión. Qué duda cabe que el derecho a la identidad del hijo prima sobre la intimidad de la madre.
4. Se recomienda a los estudiantes de la carrera de Derecho tener mayor interés en el estudio, análisis crítico del Decreto Legislativo N° 1377 a propósito de la impugnación de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada, que hoy en día es muy controversial en el campo de Derecho de Familia. Se sugiere al Poder Legislativo que al realizarse los estudios respectivos para la modificación de alguna norma se concientice la sostenibilidad a futuro de la norma para no caer en el error de vulnerar los derechos de sujetos en estado de indefensión como es la de un niño, niña y/o adolescente
5. Promover la paternidad responsable desde las escuelas, llevando a cabo estrategias de concientización a fin de que en un futuro poder bajar los niveles estadísticos de procesos de filiación extramatrimonial.

BIBLIOGRAFIA

1. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares, En: La familia en el derecho peruano, Lima, PUCP, 1990, p. 197.
2. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Las pruebas heredo-biológicas en la determinación de la paternidad. Tesis para optar el grado académico de Bachiller en Derecho y ciencia política de la Universidad de Lima, junio, 1990, p. 186.
3. CORNEJO CHAVEZ, Héctor – "Derecho de Familia Peruano"; Tomo II, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Pág. 547 Junio 1998.
4. PERALTA ANDIA, Javier Rolando – "Derecho de Familia en el Código Civil" Editorial Moreno S.A., segunda Edición-Enero 1995 Pág. 215.
5. GARCÍA CALDERÓN, Francisco – "Diccionario de la Legislación Peruana" – Tomo I-Pág.320
6. DOMINGUEZ PLATAS, Jesús, "Las Acciones de Filiación, Encuadramiento General y Funciones de la Posesión del Estado", Edición Revista de Derecho Privado; editorial Madrid, tomo LXXX pág. 462.
7. MENDEZ COSTA, María Josefa, "Tratado De Derecho Civil", Editorial: la Ley - Buenos Aires, Tomo III, Pág. 1757.

CÓDIGO:

8. CÓDIGO CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú.
9. CÓDIGO PROCESAL CIVIL; Primera Edición; Actualizada, Sumillada, Concordada – 2008, Editorial Jurista Editores, lima – Perú

ANEXOS

ANEXO 01

DECRETO LEGISLATIVO N° 1377