



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACION**



TITULO:

**“PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A
TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ADN DEMANDADOS EN EL
JUZGADO DE PAZ LETRADO DEL DISTRITO DE HUARANGO,
PROVINCIA DE SAN IGNACIO DEPARTAMENTO DE
CAJAMARCA EN EL AÑO 2018 -2019”**

**PROYECTO DE TESIS
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

Bachiller:

ALEX NILO FERNÁNDEZ CUBAS

ASESOR:

Dr. TEÓFILO RAMÓN ROJAS QUISPE

CHICLAYO- PERU

2019

**“PROBLEMÁTICA DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS
DE LA PRUEBA DE ADN DEMANDADOS EN EL JUZGADO DE PAZ
LETRADO DEL DISTRITO DE HUARANGO, PROVINCIA DE SAN IGNACIO
DEPARTAMENTO DE CAJAMARCA EN EL AÑO 2018 -2019”**

Proyecto de Tesis presentada por el Bachiller Sr. Alex Nilo Fernández Cubas a la facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Sr. Alex Nilo Fernández Cubas
BACHILLER

Dr. Teófilo Ramón rojas Quispe
ASESOR

Aprobado por:

MG. Lito Becerra Angulo
Presidente

Mg. Javier Diaz Diaz
Secretario

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
Vocal

DEDICATORIA

A mi Familia:

Con todo mi cariño y mi amor a mi Familia, por su apoyo incondicional, para que yo pudiera lograr mis sueños, gracias por motivarme y brindarme su apoyo incondicional.

A mi familia, por siempre mi corazón y mi Agradecimiento.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por llenar mi mente y mi espíritu con su calma y su infinito amor, por deparar el destino que tengo.

A la Universidad Particular de Chiclayo, especialmente a la Facultad de Derecho, a mis Catedráticos por inculcarnos sus conocimientos, por su ardua labor y dedicación para con sus Alumnos; por su esfuerzo en convertirnos en buenos Profesionales, así como por su pasión en la actividad Docente.

INTRODUCCION

Debido a que 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.

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
INTRODUCCION	5
ABSTRACT.....	6

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.	11
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	12
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	14
1.4.-JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN.	14
1.5.- OBJETIVOS.	15
1.5.1.- OBJETIVOS GENERALES	15
1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS:	16
1.6.- HIPÓTESIS	16
1.7.- VARIABLES.	16
1.7.1.- Variable independiente.....	16
1.8.- TIPO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS	16
1.8.1.- DISEÑO DE EJECUCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	17
Población y muestra	17
Técnicas, instrumentos e informantes:.....	18

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II

LA FILIACIÓN

2.1.-Definición.	19
2.1.1.- La filiación como hecho natural y como hecho jurídico:	20
2.1.2.- La Filiación Como Hecho Natural.....	20
2.2.- CLASES DE FILIACIÓN:	21
2.2.1.- Filiación Matrimonial:.....	21
2.2.2.- Filiación Extramatrimonial o Ilegítima:	22
2.2.3.- Filiación Adoptiva:.....	22
2.3.- FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL A TRAVÉS DE LA PRUEBA GENÉTICA DE ADN.....	23
2.4.- MÉTODO PARA PROBAR LA FILIACIÓN.	24
2.5.- NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN:	24
2.5.1.- Teoría del Fin Supremo Justicia.	25
2.5.2.- Teoría de los Derechos de la Persona.	25
2.6.- NEGATIVA JUSTIFICADA:	29
2.7.- NEGATIVA INJUSTIFICADA:	30
2.8.- EFECTOS DE LA NEGATIVA:	31
2.9.- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS Y GENÉTICAS DE LA FILIACIÓN.....	32
2.9.1.- Efectos jurídicos de la filiación	32

CAPITULO III

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

3.1.- LA PATERNIDAD.....	35
3.2- LA MATERNIDAD	36
3.3.- MEDIOS DE DETERMINACIÓN.	38
3.4.- LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL	38
3.4.1. La presunción de filiación legítima.....	38
3.5.- ACCIONES DE FILIACIÓN MATRIMONIAL	42
3.5.1.- La vindicación.....	42
3.5.2.- La impugnación.....	42
CAPITULO IV	45
ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN	45

CAPITULO IV

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

4.1.- ANTECEDENTES NORMATIVOS.	45
4.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROCESO	52

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

5.1.- INTRODUCCIÓN	54
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.	56

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.	66
5.4.- EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVARLA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	77
5.5.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA.	81
5.5.1.- La filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada en la jurisprudencia peruana y argentina.	89
CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	98
BIBLIOGRAFIA.....	99

CAPITULO I

MARCO DE INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

En el presente caso el problema se presenta cuando en los procesos de filiación de la paternidad, a veces no se actúa esta prueba de ADN, en razón a que admitida a trámite la demanda, se corre traslado al demandado por el plazo de diez días a fin formule oposición a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en caso deja transcurrir el plazo antes indicado, sin formular oposición, el Juez mediante resolución pone los autos a despacho a fin de emitir auto final declarando judicialmente la paternidad, o en caso de formular oposición y no cumpla con pagar el costo de la prueba del ADN el demandado ni la demandante, también emite auto final en la forma antes señalada en aplicación de la Ley 28457.

Pues bien, al no actuarse la prueba biogenética del ADN, por los casos antes precisados, se vulneraría el derecho a la identidad y la verdad biológica del menor, por razones económicas del demandado, ante esta evidente problemática, que se presenta en nuestro campo normativo y en la realidad, es necesario proponer una solución adecuada con el fin de lograr un verdadero alcance y sentido no solo legal sino Constitucional, en la aplicación de la norma en los diversos procesos judiciales.

Si bien es cierto de acuerdo a la Ley N° 30628 el Estado asume el costo de la prueba pericial biogenética del ADN en aquellos casos que el demandado no tenga la capacidad económica para solventar su costo, sin embargo no cubre esa expectativa cuando no formula oposición o cuando no asista a la diligencia de toma de muestras.

En nuestra sociedad peruana, resulta innegable la importancia que ha surgido en el tema de la paternidad extramatrimonial, el cual se ve reflejada en mucho de los

niños, adolescentes, jóvenes e inclusive en las personas adultas, no reconocidas por sus padres biológicos, ya que existe una marcada diferencia entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Este problema de paternidad no responsable se observa tanto a nivel local como nacional, mediante el cual por mucho tiempo, los hijos no reconocidos han tenido que vivir en el oscurantismo de sus derechos y orígenes, ni de poder gozar diversos beneficios sociales, jurídicos y económicos.

Teniendo como estudio la Ley N° 28457 protege el Derecho a la Identidad de los Hijos Extramatrimoniales, este ha hecho que personas tengan accesibilidad a interponer sus pretensiones y concluir las favorablemente de una manera, rápida eficiente.

Concluimos nuestra investigación proponemos una nueva perspectiva al Marco Legal, mediante la modificación de los artículos pertinentes, con el fin de otorgarle a la norma un sentido de veracidad, igualdad y adecuación a la realidad, respecto al derecho que conlleva cada menor a conocer su verdadera Identidad.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En nuestro país se viene observando que no existen leyes que impongan la responsabilidad por los daños causados en las relaciones de familia; razón por la cual se viene negando la posibilidad de reclamar daños emergentes de las relaciones de familia, por ello resulta inquietante el presente estudio de nuestra sociedad actual, si se tiene en cuenta las diversas manifestaciones sociales, así como las limitaciones del mismo, toda vez que en los últimos tiempos se viene operando cambios en el pensamiento social; cambios en la conciencia interna que se manifiestan en exigencias que cada vez va en aumento en el sentido de que, en

ningún orden de la vida social, puede admitirse la impunidad de quien viola las leyes o los eternos principios del derecho.

En el distrito de Huarango, provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca, se presenta en forma creciente la presente problemática en los Juzgados de Paz Letrados, teniendo como referencia los expedientes 31-2019-FC-JPL/H; expediente 023-2018-FC; Expediente 011-20018; expediente 05-2018; expediente 003-2018, expediente 52-2018.

Probablemente en ningún otro ámbito de la vida social, la evolución del pensamiento jurídico es más significativa y sensible que en lo que concierne a la filiación. La mayor parte de las legislaciones contemporáneas –y la nuestra no marca excepción– han dejado atrás las normas que impedían la investigación de la paternidad y ahora se habla incluso de un auténtico derecho a la verdad biológica o a la verdadera filiación, que se condice con el derecho a la identidad y que, en última instancia, exige que la ley no impida y, por el contrario, haga posible que las personas sean tenidas legalmente como hijos de sus padres biológicos.

El reconocimiento de la prevalencia del derecho a la verdad biológica no conduce necesariamente a soluciones pacíficas, sobre todo si están en juego otros derechos de primer orden, como el de la llamada inmutabilidad de la cosa juzgada. Si bien una fuerte corriente doctrinal de inspiración brasileña, ante el conflicto de derechos suscitado, entiende que no puede impedirse el libre acceso a la justicia para el reconocimiento de la filiación, debido a una temporal imposibilidad probatoria, pero también a negligencia en subvencionar la formación de un juicio de certeza para el juzgamiento, se han mostrado más cautos a la hora de aceptar la preterición de la cosa juzgada frente a la prueba genética que se solicita tras la consolidación

de aquella, y es que, como ha advertido el autor nacional Enrique Varsi Rospigliosi, se trata de un nuevo supuesto que se viene trabajando en el Derecho Comparado.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿En qué medida es determinante para que se dé la filiación extramatrimonial, la importancia de la prueba de ADN en la legislación civil peruana?

1.4.-JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACIÓN.

Muchas son las razones que me han motivado para abordar el presente tema, ponemos como referencia y no otro, porque considero que el derecho de familia ha asistido a una verdadera revolución en materia de responsabilidad, tanto en los países occidentales que responden al common law o al derecho continental europeo, como en los países de tradición musulmana. El tema que se aborda, es sin duda, fundamental en la disciplina que nos ocupa, ya que – a nuestra consideración - la responsabilidad civil, que se encuentra presente en nuestro ordenamiento jurídico, emana del atributo de bilateralidad de la norma, al establecer la obligación del sujeto de acatar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de hechos suscitados a consecuencia de sus propias acciones/omisiones, con afectación negativa en la esfera jurídica de otras personas. En un principio se pensó que el Derecho de Daños era extraño al Derecho de Familia, en la medida en que la relación íntima entre los miembros de la familia impedía a calificar a sus integrantes como dañadores o dañados. Debía primar en las familias una actitud de recato, silencio u ocultamiento acerca de los daños injustos allí causados. Se debía atender, prioritariamente, "a los intereses superiores de la constitución de una familia y de su estabilidad"; por sobre todo, debía quedar a salvo la dimensión fundamental del amor, de la "pietas familia", piedad o consideración debida entre sus miembros. Ello sin perjuicio de

aplicar frente a las conductas antijurídicas las sanciones específicas de ese Derecho. Consideramos que, ahora como consecuencia de las nuevas concepciones políticas que pretenden culminar con los privilegios personales que caracterizaron a los Expediente del Juzgado de Paz Letrado de Huarango, como referencia al daño irreparable que reciben los hijos que no son reconocidos, por tanto el presente estudio es importante porque trata de ser referente hacia los demás casos de Filiación de los hijos extramatrimoniales que se vienen judicializando en el Poder Judicial.

Por ello es que proponemos en este trabajo de investigación la incorporación de la Responsabilidad Civil por la omisión al reconocimiento voluntario del hijo en nuestro ordenamiento legal, justamente por los perjuicios que ello acarrea al hijo que como dijimos no tiene por qué cargar con culpas ajenas.

La presente investigación es viable por cuanto no va a tener consecuencias negativas para nadie, al contrario me va a permitir establecer determinados parámetros para elaborar mecanismo eficaces que permitan insertar esta figura de la Responsabilidad Civil en el ámbito del Derecho de Familia dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de esta manera se asegure el pago de la correspondiente indemnización por la omisión voluntario del reconocimiento del padre o de la madre del hijo extramatrimonial.

1.5.- OBJETIVOS.

1.5.1.- OBJETIVOS GENERALES

Establecer si la prueba de ADN es fundamental para determinar la filiación extramatrimonial.

1.5.2.- OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Analizar y describir el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial regulado en la norma legal peruana.
- Establecer la manera que se desarrolla el proceso de filiación de paternidad, que se encuentra regulado en la norma legal peruana.
- Analizar la Ley 28457, ley que modifica el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial.
- Establecer aspectos jurídicos de la verdad biológica y la presunción de paternidad extramatrimonial.

1.6.- HIPÓTESIS

Si, la prueba de ADN es fundamental para determinar la filiación extramatrimonial, entonces se determinará la legal protección al niño y su derecho a la identidad en la legislación civil peruana.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable independiente

- Filiación extramatrimonial

1.7.2.- Variable dependiente.

Prueba de ADN.

1.8.- ENFOQUE, TIPO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

1.8.1.- Enfoque.

Cualitativo.

1.8.2.- Tipo

Analítico descriptivo.

1.8.3.- Diseño de ejecución de la investigación

Descriptivo.-

El Diseño de investigación descriptiva por ser un método científico que implica observar y describir el comportamiento de un sujeto sin influir sobre él de ninguna manera.

En las investigaciones jurídicas se utiliza este método para obtener una visión general del sujeto o tema. Algunos sujetos no pueden ser observados de ninguna otra forma.

También es útil cuando no es posible comprobar y medir el gran número de muestras que son necesarias para investigaciones de tipo cuantitativo. (ÑAUPAS, HUMBERTO 2013) ¹

Población y muestra

Población.- Distrito de Huarango.- Provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca

Muestra.- Expedientes expedientes 31-2019-FC-JPL/H;

Expediente 023-2018-FC; Expediente 011-20018;

Expediente 05-2018; expediente 003-2018,

Expediente 52-2018.

¹ ÑAUPAS HUMBERTO 2013.- “Metodología de la investigación Cuantitativa- cualitativa y redacción de Tesis.

Técnicas, instrumentos e informantes:

Técnicas:

Fichaje.- Por ser una investigación cuantitativa, se recopilará extractos de datos bibliográficos para ordenar el marco teórico.

Análisis documental.

Técnicas de fichaje en gabinete.- Utilizadas para acopiar información referente al tema de filiación extramatrimonial que se da a través de la prueba biológica del ADN, su importancia en nuestro medio y como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, además como se están absolviendo las causas sobre el tema en mención en los órganos jurisdiccionales.

MARCO TEÓRICO

CAPITULO II LA FILIACIÓN

2.1.-Definición.

Referirse a Filiación como instituto jurídico se hace 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, 2014)

Señala: 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, 2015):

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.

2.1.1.- 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.

2.1.2.- 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.

2.1.3.- 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.

2.2.- CLASES DE FILIACIÓN:

Tenemos:

2.2.1.- 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 (ALBALADEJO, 2000): 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”.

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

Según (PERALTA ANDIA J. R., 2000): "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.

2.2.3.- 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.

2.3.- 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 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 instauren. 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

sujetara al resultado de la misma, ya que ésta prueba de ADN tiene un 99.9% de grado de certeza para efectos de filiación.

2.4.- 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.

2.5.- 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:

2.5.1.- 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.

2.5.2.- 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 progenitor. (VARSI ROSPIGLIOSI, 1999)

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 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.

2.6.- 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.

2.7.- 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.

2.8.- 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.

2.9.- 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 otros. (VARSI ROSPIGLIOSI, 1999)

2.9.1.- 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:

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 III

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

3.1.- LA PATERNIDAD

Desde el punto de vista jurídico el término paternidad define el vínculo biológico que existe entre los progenitores y sus hijos, e involucra a ambas relaciones: la paternidad y la maternidad. Nosotros vamos a estudiar separadamente cada concepto porque, como hemos venido sosteniendo, consideramos que este tratamiento ha degenerado en graves injusticias para las madres.

Queremos iniciar estas reflexiones volviendo la atención sobre el punto del elemento biológico que supuestamente define la paternidad, ya que no es el único fundamento de la relación paterno-filial. Hay elementos afectivos, espirituales, sociales, que tampoco son ajenos al reconocimiento legal, como veremos cuando estudiemos el énfasis que se da en el ordenamiento jurídico a la posesión notoria de estado, principalmente en el caso de la filiación extramatrimonial.

“El hombre es un ser que posee facultades físicas y espirituales. La continuación física es ejercida en el hombre por el lazo de sangre que une el hijo a sus dos autores.

La continuación espiritual es creada por la voluntad”. (PINIER, 1945)

Un acercamiento de origen sociológico que merece reseña es el citado por Rivero Hernández², que transcribiremos a continuación:

“... destacase modernamente, frente a quienes consideran sinónimos los conceptos

² RIVERO HERNÁNDEZ: op.cit, pág. 29

“nacido de” e “hijo de”, la idea de que la personalidad del hijo no viene determinada tanto por el factor biológico hereditario como por el ambiente en que se desarrolla, el cual transmite al hijo, procreado o no por sus “padres”, los valores positivos o negativos que modelan su carácter y constituyen su personalidad, que es lo más valioso de ese hijo, desde el punto de vista social. A este respecto, distínguese entre “maternité” (o “paternité”), basada en la procreación, y “maternage” (y “paternage”), que se constituye a través de los cuidados materiales, afectivos, educativos y demás por medio de los cuales el niño llega a ser, deviene, “hijo” de determinada persona, procreadora o no.”

3.2- LA MATERNIDAD

Legalmente se define la maternidad como

“Relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente”.

Además, se incluye en el mismo texto el concepto de maternidad natural:

“Vínculo genérico entre mujer no casada al concebir y su hijo, engendrado por quien tampoco estaba casado entonces”

Por suposición legal benévola, el de igual carácter entre mujer no casada y su hijo, cuando no consta la cualidad del padre, posiblemente casado, lo que tornaría ilegítima o adulterina la filiación y la maternidad.

Alcalá Zamora completa esos conceptos expresando que la maternidad natural asume la totalidad de los derechos de la patria potestad y las demás facultades jurídicas y obligaciones cuando no existe reconocimiento -o ejercicio de hecho- por el padre natural”.

Aparece aquí enunciado, por boca de un reconocido jurista, un hecho al que ya hicimos referencia y es que la madre es legalmente responsable de la prole, mientras que el hombre es voluntariamente responsable. Esta concepción, socialmente aceptada como muy lógica, se traduce en la imposición de pautas de conducta por las cuales la sociedad se asegura que las madres asuman la exigencia patriarcal de ser las únicas responsables de sus crías.

La madre debe ejecutar todas las funciones necesarias para sostener la vida de sus hijos, debe educarlos y hacer de ellos adultos positivos para la sociedad. La realidad nos muestra que la maternidad podemos dividirla en dos etapas: la gestación (maternidad primaria) y la crianza (maternidad secundaria). En la primera etapa el trabajo es urgente y ciertamente materno; el niño depende de la relación biológica con su madre para sobrevivir. La segunda etapa, también responsabilidad atribuida culturalmente a las madres, incluye una serie de actividades que pueden perfectamente ser asumidas por otras personas, entre ellas, evidentemente, los padres.

Hay fuertes exigencias sociales: la mujer debe desear la maternidad, porque es en ella donde desarrolla su potencial femenino; consiguientemente, está obligada a amar profundamente al hijo porque un sentimiento contrario, la convertirá automáticamente en un monstruo o una perversa. En esta tarea, debe sacrificarse personalmente tanto como haga falta: abandonar la educación, los proyectos personales, asumir con resignación la pobreza, son algunos de los sacrificios que se le exigen como naturales e inherentes a su condición de mujer-madre. Los índices de miseria están notablemente aumentados en la categoría de mujeres solas, porque ellas llevan sus hijos a cuestas. Alizade las denomina “cautivas sociales”.

3.3.- MEDIOS DE DETERMINACIÓN.

En el primer punto de este capítulo vimos que la filiación matrimonial es la procedente de padre y madre casados entre sí; pero esta situación legal cobija varios supuestos: que el hijo haya sido presuntamente concebido dentro del matrimonio, después de celebrado y antes de disuelto o de separados los cónyuges, que haya sido concebido antes de celebrado y que haya sido concebido e, incluso, que haya nacido antes del matrimonio. La importancia práctica de estas diferencias está referida a los modos de determinación de la presunción que ampara la filiación matrimonial en cada uno de esos casos.

Cuando nos refiramos a hijos legítimos e hijos legitimables lo haremos estrictamente por razones de sistematización, sin darle a esos términos ningún matiz ético ni moralizante, respetando la prohibición constitucional de hacer calificaciones por razón del origen filial. Nos veremos obligados a utilizarlos porque es la que tradicionalmente aparece en la doctrina y porque en el Código de Familia la división viene dada por hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero la posibilidad de legitimación engloba tanto a algunos hijos nacidos dentro del matrimonio, como a los nacidos fuera de él cuando hay subsiguiente matrimonio de los padres.

Hecha esta aclaración, pasemos al análisis de los sistemas de presunciones.

3.4.- LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

3.4.1. La presunción de filiación legítima

El Código de Familia regula en el primer párrafo de su artículo 69, la presunción de hijos de matrimonio:

“Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la

disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada...”

Acabamos de enunciar el viejo precepto de *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que engloba varios requisitos o resupuestos: el matrimonio de los progenitores, la maternidad de la esposa, la concepción o el nacimiento dentro del matrimonio y la paternidad del marido, siendo este último el más característico de la relación jurídica.

La generalidad de los autores estudiados en la doctrina insisten en resaltar el misterio que rodea a la paternidad y la dificultad de su prueba; frente a la concepción clásica de *mater semper certa est*, aparece la incertidumbre de la paternidad, resuelta por el principio de *pater is est*, que acabamos de mencionar, y que engloba realmente dos presunciones: la legitimidad, determinada por la época de la concepción y la presunción de que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien consiguientemente cae la presunción de paternidad.

Se afirma que ésta es una presunción *iuris et de iure*, es decir, que no admite prueba en contrario. Veamos lo que realmente se resume: a partir del hecho biológico conocido del nacimiento se trata de determinar la época de la concepción, puesto que se sabe -desde los antiguos tiempos de Galeno e Hipócrates- que la gestación del ser humano no excede de cierto plazo, ni puede completarse sino después de transcurrido otro plazo también cierto, por lo cual la ley puede presumir que el momento de la concepción está ubicado dentro de una época establecida entre el mínimo y el máximo de dichos plazos. Como no es posible determinar el momento de la concepción, la presunción es válida para cualquiera de los 120 días comprendidos dentro de los plazos referidos; es lo que en doctrina se denomina *omni meliore momento*.

Ésta determinación hecha de la época de la concepción biológica es lo que no admite prueba en contrario.

El artículo 69, que estamos analizando, incluye en su segundo párrafo otra presunción de legitimidad:

“...Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal”

Estamos aquí frente a una situación en la que la regla *pater is est...* se extiende, en función de *favor legitimatis*, a los hijos concebidos por la mujer antes de la celebración del matrimonio y nacidos después aunque no hubiesen transcurrido los primeros ciento ochenta días desde dicha celebración. En este caso opera una suerte de legitimación, que en otras legislaciones se estudia como legitimación *ipso iure*, pero que solamente se produce si el marido manifiesta su aceptación, pudiendo negarse si no supo antes de casarse de la existencia del embarazo o si no reconoce expresamente al hijo como suyo en el acto de inscripción.

En este caso tenemos una presunción *iuris tantum*, que sigue estableciendo la paternidad del marido de la madre, pese a que en este caso la regla *omni meliore momento* sitúe la concepción en un momento anterior al matrimonio, por lo cual se permite la negativa del marido a aceptarla y también que pueda destruirse mediante un proceso de impugnación. Se trata pues, de una de las situaciones en las que la ley no basa su presunción en la creencia de la existencia de un vínculo biológico

real entre el padre y su hijo, sino más bien en la aceptación de que si el hombre admite al hijo como legítimo, o no lo desconoce, es porque tiene la íntima convicción de que ciertamente es suyo.

En ambos casos de presunciones contenidas en el artículo 69, se admite la prueba en contrario cuando está destinada a demostrar la imposibilidad del marido de cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, de acuerdo a la disposición contenida en el artículo 70 del mismo cuerpo legal.

Se añade que:

“el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar u no paternidad”.

La última situación que contempla la ley dentro de la filiación matrimonial es la del hijo que nace después de trescientos días de separación de hecho de los cónyuges, de la disolución del matrimonio, o de la declaración de ausencia del marido, y que no haya tenido posesión notoria de estado por parte del marido; está regulada por los artículo 71 y 75 del Código de Familia, donde se establece que se le tendrá por hijo habido fuera del matrimonio y se da a la madre, el hijo o quien lo represente, la legitimación para solicitar en juicio la declaración de hijo matrimonial.

En este último caso estudiado, cuando el plazo es superior a los trescientos días, si el exceso del término es pequeño, cabrá sostener la cualidad matrimonial del hijo sobre la base de la prueba de una gestación prolongada, por lo cual se prevé en el artículo 75 que el hijo se considerará extramatrimonial, salvo prueba en contrario.

En el siguiente punto, haremos mención a los medios de prueba que el Código de Familia reconoce para los casos de filiación de los hijos de matrimonio. En primer lugar, tenemos como medio de prueba las actas de nacimiento, porque como hemos venido estudiando, si los padres están casados el hijo se presumirá producto de esa unión y, solamente en caso de que este medio probatorio sea incompleto o falso, se recurrirá a la posesión notoria de estado, o cualquier otro medio ordinario de prueba

3.5.- ACCIONES DE FILIACIÓN MATRIMONIAL

3.5.1.- La vindicación.

En nuestro derecho un hijo que se considere matrimonial puede reivindicar su estado; tal derecho es imprescriptible, según disposición contenida en el artículo 76 del Código de Familia; donde además se dispone que “Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible”.

Esta garantía legal tiene especial importancia en materia de sucesiones, ya que si el hijo no ha reclamado derechos, podrán hacerlo los nietos o bisnietos, siempre que puedan establecer la relación genealógica, dentro de los plazos de prescripción legal. Esta situación la regula el artículo 77, que establece:

“Los herederos de los hijos o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pertinentes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría de edad, o si al entrar en ella estuviere incapacitado mentalmente y muriere en ese estado. La acción de los herederos prescribe en cuatro años.

3.5.2.- La impugnación

Las acciones de impugnación tienen por objeto contradecir y anular la determinación de una filiación matrimonial, porque no hay un vínculo biológico cierto detrás del

vínculo jurídico establecido por cualquiera de las presunciones legales ya estudiadas. Dice la doctrina que únicamente cuando la matrimonialidad del hijo sea consecuencia necesaria de su determinación judicial, será inimpugnable por efecto de la cosa juzgada.

El artículo 72 del Código de Familia regula lo concerniente a la impugnación de paternidad de los hijos de matrimonio:

“La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.”

Se refiere éste a la acción que tienen los herederos para desconocer al hijo, cuando el marido muere antes de vencer el término en que puede hacerlo. Se regula en el citado artículo 74 que:

“La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

La excepción se refiere a los hijos nacidos después de trescientos días de separación de hecho de los cónyuges que, como ya vimos, no se presumen hijos matrimoniales. Para completar la nómina de los legitimados para iniciar una acción de impugnación de paternidad de hijo matrimonial, el mismo artículo 72, en su segundo párrafo, prescribe:

“El curador, en los casos de incapacidad mental prolongada o incurable del marido, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico legal en donde quede claramente establecido el estado mental del marido”

Se incluye en el tercer párrafo de este artículo 72 que venimos comentando que:

“La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades”

Enfrentamos aquí, nuevamente, la realidad de que la filiación es una verdad jurídica, pero que no es imprescindible que se corresponda a la realidad biológica, porque además de los lazos de sangre, hay lazos afectivos poderosos que unen a los padres con sus hijos.

CAPITULO IV

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

4.1.- ANTECEDENTES NORMATIVOS.

A lo dicho, la inquietud por la modernización y remozamiento de la filiación fue preocupación de siempre. El Código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos regulándose un sistema desfasado con la realidad. Perduró durante los años sin hacer caso de las necesidades poblacionales llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación. La reforma, aunque no integral ni la más deseable, demoró 21 años tiempo más que suficiente para analizar todo lo escrito y disertado al respecto e incluso gran parte fue producto de labor académica y jurisdiccional a la que suma el espíritu de los Plenos Jurisdiccionales de Derecho de familia.

Es en el verano de 2004 que mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión especial de reforma integral de la administración de justicia, se proyecta la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación.

El fundamento fue:

“La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna.

La filiación es un problema muy sensible, humano de por sí, que el Estado debe asumir con

responsabilidad regulando legalmente la formalización del nexo filial de las personas, en especial los lazos de paternidad^{3 4}, brindando una protección integral a la infancia como un derecho colectivo en el marco de un estado constitucional de derecho que afiance la plena vigencia de los derechos humanos. (FAMA, 2005)

La cifra es abrumadora, de un millón de niños sin un padre. Niños sin identidad plena, con vivencias y experiencias compartidas solo en una línea familiar, la materna. En estos casos nada se conoce de él, vale decir del padre, menos sus ascendientes paternos, “fuera de mi madre... no tengo noticia de ninguno de mis ascendientes, si no es de Adán, cuyo parentesco me parece indiscutible” (*Trafalgar*, Benito Pérez Galdós). Futuros ciudadanos que crecerán con un estigma, con una herida que el Estado no supo curar en el momento adecuado, en la niñez. La paternidad es una exigencia, debe ser asumida de forma instantánea, casi conjuntamente con el nacimiento, no tiene por qué aguardar. La vida no espera, continúa.

En el Planeamiento estratégico de Ceriajus se desarrolló una ficha matriz para esta materia con el siguiente contenido:

Proyecto N° 10772/2003-CR, 9/6/2004, *Paternidad extramatrimonial/ Proceso de filiación*, Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, Proponente: Alcides Chamorro; Proyecto N° 10919/2003-CR, junio 2004, *Código de los Niños y Adolescentes*: 182 / Proceso de filiación de paternidad, Sumilla: Propone modificar el artículo 182 del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación, Proponente: Yonhy Lescano Anchicta tomando como base lo aprobado por la

3 Documento político de la Ceriajus. Se consideró un plazo: 2004-2005, el que como puede verse, se cumplió.

4 En un tribunal argentino se argumentó “negar la realización de la prueba importaría desconocer lo establecido en la Convención de los derechos del niño, circunstancia que podría ocasionar la responsabilidad del estado por el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor”. CSJN, 4-12-95. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”. En: Revista de Derecho comparado. N° 10. Derecho de familia, Ed. Rubinza Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 33.

Ceriajus; Proyecto N° 11536/2004-CR, 23/09/2004, *Filiación extramatrimonial*: Sumilla: Propone la Ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial, Proponente Fausto Alvarado Dodero. Los tres congresistas fueron miembros de Ceriajus. El segundo gran impulsor de esta ley, el último dio el do de pecho en el proyecto de reforma del sistema de justicia.

Asimismo, otros proyectos buscaron sumarizar el proceso de filiación: Proyecto N° 10312, 7/4/2004, *Filiación extramatrimonial/ Sumariza el proceso*, Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial; Proyecto N° 7471, 3/7/2003, *Código Procesal Civil: 546,547/ Proceso sumarísimo filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial; Proyecto N° 5781, 3/3/2003, *Código Procesal Civil: 546,547/ Trámite sumarísimo/ Filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

Curiosamente, esta ley no fue promulgada por el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, lo que determinó que el Congreso ordenara su publicación y cumplimiento. Parece absurdo que una ley con tanta trascendencia no haya contado ni con la aprobación o, al menos, observación alguna del primer mandatario. Puede presumirse que el caso judicial seguido en su contra sobre declaración judicial de paternidad, que terminó en una transacción reconociendo a Zarai Toledo Orozco, dejó una huella en él. Mayor referencia del caso VI de *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8, N° 40, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2002.

Es importante tener en cuenta tres cosas:

Primera.- Junto con la propuesta de proceso especial previamente se había discutido la posibilidad de sumarizar el proceso. Sobre el particular presentamos una que se basaba en que los procesos de filiación extramatrimonial debían seguirse en la vía sumaria para lo cual diseñamos y propusimos el siguiente texto modificatorio del Código Procesal Civil:

TÍTULO III

PROCESO SUMARÍSIMO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546.- PROCEDENCIA.- Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos: (...)

9. *La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial*

10. *Los que señale la ley*

Artículo 547.- COMPETENCIA.- (...) (último párrafo)

En los casos del inciso 9 son competentes los jueces de familia (...)

SUBCAPÍTULO 7º.- RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

Artículo 607A.- APLICACIÓN SUPLETORIA.- La pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial se sujeta a las disposiciones del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

A criterio del juez, y según la complejidad del asunto, el proceso de filiación podrá ser tramitado vía proceso abreviado lo que será decretado en resolución debidamente motivada, la misma que se expedirá sin citación del demandado y no admitirá recurso alguno.

Artículo 607 B.- COMPETENCIA - Las acciones reclamación de la filiación extramatrimonial se tramitan ante el juez de familia.

Corresponde el conocimiento del proceso al juez del domicilio del demandante o del demandado a elección de este.

El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por cuestión de territorio.

Artículo 607 C.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.- *El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este subcapítulo, y, como tal no emite dictamen.*

Artículo 607 D.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.- *Se puede demandar acumulativamente la rectificación de nombre y la indemnización por daños.*

Artículo 607 E.- PARTES EN EL PROCESO.-

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial:

- 1. Deben ser demandadas las personas cuya filiación sea reclamada. En caso de fallecimiento la acción se dirige contra los herederos.*
- 2. La acción que corresponde a una persona podrá ser ejercida por sus herederos en la medida que hubiera fallecido. En ambos casos los herederos pueden continuar la acción iniciada.*

Artículo 607 F.- POSESIÓN DE ESTADO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

La posesión constante de estado faculta a aquel que tenga legítimo interés a iniciar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En todo caso, la acción solo corresponde al hijo, a la madre o al padre.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial puede ser ejercida antes del nacimiento.

Artículo 607 G.- MEDIDAS CAUTELARES

El juez puede adoptar las medidas cautelares pertinentes sobre la persona y los bienes de las partes.

Artículo 607 H.- MEDIOS DE PRUEBA, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

En el autoadmisorio el juez ordenará la actuación de la prueba genética.

La parte que ofrece la prueba debe cubrir el costo de la misma, valor que será reembolsado por el condenado en filiación.

Artículo 607.-EFECTOS DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA

La negativa injustificada al sometimiento a la prueba genética será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resista, tomando en cuenta las pruebas presentadas y la conducta procesal de la parte.

Segunda.- En el informe final de la Ceriajus se presentó, además del proyecto de reforma constitucional del capítulo de justicia, 52 propuestas normativas de las que aproximadamente 24 se acompañaron con los respectivos proyectos de ley. El Congreso de la República priorizó el debate habiendo emitido a la fecha 13 leyes en total, de las cuales 11 corresponden a las 52 propuestas indicadas y dos son parte del paquete de medidas urgentes propuestas por la Ceriajus.

Tercero.- Finalmente se aprobó el proceso especial que fuera esbozado, preparado y sustentado por el profesor Juan Monroy Gálvez bajo la siguiente estructura:

Artículo 1. Demanda.- Quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 2.- Oposición.- La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica o de marcadores genéticos dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía por el costo de la prueba.

Si transcurridos los diez días desde la notificación de la prestación de garantía, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.

Artículo 3.- Oposición fundada.- Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada, se ordenará que el opo-
nente se haga cobro de la prueba con la garantía respectiva y el deman-
dante será condenado a las costas y costos del proceso.

Artículo 4.- Oposición infundada.- Si la prueba produjera un resultado
positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá
en declaración judicial firme de paternidad, se ordenará la devolución de
la garantía al demandante y el emplazado será condenado a las costas y
costos del proceso.

Artículo 5.- Apelación.- En este procedimiento solo es apelable el auto
que resuelve la oposición. El recurso será concedido sin efecto suspensivo.

4.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROCESO

Lo decimos una vez más, la justificación para formulación y aprobación de
este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN. Los resultados
efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no
merecen mayor discusión. Si certeza existe en la prueba de la pretensión a
invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo
reclamado. Aseveramos, para lo escrito y dicho, que el ADN es una pericia
de autoridad. Su alta confiabilidad resultará incrementada por el prestigio del
perito interviniente.

Con esta base y en virtud del *bonum* se buscó dar solución al incremento cada vez
mayor de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso

de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la angustia de los litigantes) y a la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). A pesar de las evidencias fácticas no se sabía el desenlace en los tribunales, se esperaba sin pena ni gloria sea cual fuera el resultado (Si sale con barbas, San Antón; si no la Purísima Concepción). Niños sin sonrisa, quizá con una que otra arrancada de momentos. Con mejillas surcadas por lágrimas saladas, tristes, dolorosas por no tener un padre. Su ternura olvidada, resquebrajada en parte de su ser. La vida de un niño sin padre se transforma en un retrato difícil de definir (“Jamás he realizado un retrato que esté riendo o llorando, estos son elementos pasajeros. La ternura no, la ternura es una forma estructural del ser”, GUAYASAMÍN, Oswaldo: *Volti rostros*, Quito, Editaba, 1998).

Más que un problema legal -como lo he querido dejar en claro al final del párrafo anterior- la filiación es un drama social que echa sus raíces en la comunidad mereciendo ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley tomando en cuenta el interés familiar y sobre todo del niño. Es responsabilidad del Estado tender con una política efectiva a su establecimiento. En la determinación de la paternidad no solo existen intereses privados, no es una cuestión individual, es también social. Existe el interés público. El compromiso social y responsabilidad del Estado de facilitar el legítimo derecho a conocer nuestro origen, (RONFANI, 2003)

Con claridad Montoya Chávez escribe que: “el interés del niño debe ser concebido como una exigencia para que las autoridades no se queden en el dictado de normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deben velar porque el estricto cumplimiento de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad”. La jurisprudencia local a mediados de los noventa (MONTTOYA CHÁVEZ, 2005).

CAPITULO V

LA VERDAD BIOLÓGICA Y LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

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 CONVENCION 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 legitimatis 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 legitimatis 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 legitimatis: 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 superados.

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

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.

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 texto. 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 legislador, 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 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.

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 *intuitus 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, es 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 sub-principio 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 subprincipio 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.

5.5.1.- 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 seis y cuatrocientos 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 peticionarle 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:

“1. El efecto del acogimiento de la acción de impugnación es que el niño que se dice hijo del actor no sólo sabrá quién es el padre biológico (derecho a conocer), sino que se extinguirá la anterior filiación y nacerá una nueva.

2. Siendo así, el trato de hijo por el marido de la madre, además de construir la presunción legal, genera el convencimiento de que es beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo se encuentra amparado no sólo por una ficción legal

de paternidad sino por una situación de hecho que tiene gran peso y beneficio para él.

3.- Todo esto implica que determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto; (c) Relaciones familiares fácticas previas”.

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.

CONCLUSIONES

1. El actual marco del sistema constitucional de filiación, descrito por la Constitución de 1993 y la Convención sobre los Derechos del Niño, exige que, la solución a la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, debe encontrarse en la ponderación razonable y adecuada de 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).
2. En la búsqueda de esa solución debe considerarse que los derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas, estática y dinámica, 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; 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.
3. De ello, se advierte 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.

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. 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.
3. 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

**ALBALADEJO, M. (2000). "*Compendio de Derecho Civil*" . Ediciones
traficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.**

1. CORNEJO CHAVEZ, H. (2015). "*Derecho de Familia Peruano*" . Lima: Tomo II. Gaceta Jurídica; 9a Edición. Pág. 547.
2. FAMA, V. (2005). *Crónica de una ley anunciada y ansiada*. Anales de la legislación antina. Boletín Informativo, año 2005, N° 29, Tomo LXV-E, p. XIII.
3. GARCÍA CALDERÓN, F. (2014). "*Diccionario de la Legislación Peruana*". Lima: Tomo I, Pág.320.
4. MONTOYA CHÁVEZ, V. (2005). *La tutela constitucional de los menores en abandono*. Lima: ". En: Actualidad Jurídica, (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Tomo 138, mayo, 2005, p. 150.
5. PERALTA ANDIA, J. (1995). "*Derecho de Familia en el Código Civil*» . Lima: Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Enero 1995, Pág. 215.
6. PERALTA ANDIA, J. R. (2000). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Pág. 347.
7. PINIER. (1945). *Role de la volonté et des liens de sang dans la filiation*. . Paris: Tesis mecanografiada.
8. RONFANI, P. (2003). *Lafamiglia e il diritto*. Roma: Editori Laterza, p. 157.
9. VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (1999). "*Filiación, Derecho y Genética*" . Lima: Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, Pág. 186-.

CÓDIGO:

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

Otras Bibliografías

- ALBALADEJO, M. (2000). *"Compendio de Derecho Civil"* . Ediciones tráficas -España, cuarta edición, Pág. - 574.
- CORNEJO CHAVEZ, H. (2015). *"Derecho de Familia Peruano"* . Lima: Tomo II. Gaceta Jurídica; 9a Edición. Pág. 547.
- FAMA, V. (2005). *Crónica de una ley anunciada y ansiada*. Anales de la legislación antina. Boletín Informativo, año 2005, N° 29, Tomo LXV-E, p. XIII.
- GARCÍA CALDERÓN, F. (2014). *"Diccionario de la Legislación Peruana"*. Lima: Tomo I, Pág.320.
- MONTOYA CHÁVEZ, V. (2005). *La tutela constitucional de los menores en abandono*. Lima: ". En: Actualidad Jurídica, (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Tomo 138, mayo, 2005, p. 150.
- PERALTA ANDIA, J. (1995). *"Derecho de Familia en el Código Civil"* . Lima: Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Enero 1995, Pág. 215.
- PERALTA ANDIA, J. R. (2000). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial Moreno S.A., 2a Edición. Pág. 347.
- PINIER. (1945). *Role de la volonté et des liens de sang dans la filiation*. . Paris: Tesis mecanografiada.
- RONFANI, P. (2003). *Lafamiglia e il diritto*. Roma: Editori Laterza, p. 157.

VARSI ROSPIGLIOSI, E. (1999). *"Filiación, Derecho y Genética"* . Lima: Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, Pág. 186-.

ANEXOS