

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA AMPLIAR LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA EN LA PRETENSIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: VÍCTOR HUGO DE LA CRUZ CUSQUISIBÁN

Asesora:

M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA

Cajamarca - Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
VÍCTOR HUGO DE LA CRUZ CUSQUISIBÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA AMPLIAR LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA EN LA PRETENSIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: VÍCTOR HUGO DE LA CRUZ CUSQUISIBÁN

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesora

M.Cs. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las seis y treinta minutos de la tarde del día 17 de agosto de Dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/pet-hhdf-sww, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **M.Cs. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR**, **Mg. ROCÍO ELIZABETH SALAZAR CHERO**, **M.Cs. FERNANDO AUGUSTO CHÁVEZ ROSERO**, y en calidad de Asesora la **M.Cs. SANDRA VERÓNKA MANRIQUE URTEAGA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA AMPLIAR LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR ACTIVA EN LA PRETENSIÓN DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL**, presentada por el **Bach. en Derecho VÍCTOR HUGO DE LA CRUZ CUSQUISIBÁN**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISEIS (16)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho VÍCTOR HUGO DE LA CRUZ CUSQUISIBÁN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las siete y treinta de la tarde del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M.Cs. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Asesora

.....
Mg. Rocío Elizabeth Salazar Chero
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Fernando Augusto Chávez Rosero
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mi madre Miriam y mis hermanos Freddy Augusto y Christian Danilo, porque pese a las adversidades siempre seguimos adelante por ese lazo de hermandad y el amor de madre que llevamos muy presente.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por ese apoyo incondicional y desinteresado a lo largo de mi vida educacional. A la Dra. Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga por el tiempo concedido a efectos de guiarme para que la investigación sea desarrollada con los matices de su experiencia en la materia. Y, a las personas que considero mis amigos y me apoyaron en la culminación de la investigación.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
ÍNDICE	vii
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	xiii
CAPÍTULO I	
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	01
1.1 El problema de investigación	01
1.1.1 Conceptualización o problemática.....	01
1.1.2 Planteamiento del problema	03
1.1.3 Formulación del problema.....	06
1.2 Justificación	07
1.3 Hipótesis	09
1.4 Categorías	09
1.5 Objetivos.....	09
1.5.1 General	09
1.5.2 Específicos.....	10
1.6 Ámbito de la investigación	10
1.6.1 Espacial.....	10
1.6.2 Temporal	10
1.7 Tipo de investigación	11
1.7.1 De acuerdo al fin que se persigue.....	11
1.7.2 De acuerdo al diseño de investigación.....	11

1.7.3 De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	12
1.8 Métodos de investigación aplicados	12
1.8.1 Generales.....	12
1.8.2 Particulares	14
1.9 Técnicas de investigación.....	16
1.10 Instrumentos de investigación.....	16
1.11 Estado de la cuestión.....	16
1.12 Unidades de análisis, universo y muestra.....	17
1.13 Lista de abreviaciones	17
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO.....	18
Título I: La filiación desde la Constitución Política y su relación con los derechos fundamentales	
1.1. La filiación desde la Constitución Política y su definición	18
1.2. Clasificación y formas de establecer la filiación	20
1.3. El Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales.....	23
1.4. Los derechos fundamentales a la identidad e igualdad vinculados con la filiación.....	26
1.4.1. El derecho fundamental a la identidad	26
1.4.2. El derecho a la igualdad	30
Título II: Los principios en el ordenamiento jurídico y los principios que rigen la filiación	
2.1. Los principios que rigen la filiación	33
2.2. Protección especial al hijo (interés superior del niño)	34

2.3. La unidad de filiación y su relación con el derecho a la igualdad.....	38
2.4. Derecho a conocer el propio origen biológico	40
2.5. Investigación de la paternidad	43
Título III: Filiación matrimonial y la presunción <i>pater is est</i> en el Código Civil	
3.1. Filiación matrimonial y sus presupuestos	46
3.2. Efectos de la filiación matrimonial.....	48
3.3. Las presunciones y su naturaleza jurídica	49
3.4. La presunción de paternidad o <i>pater is est</i> , las teorías que lo sustentan y sus requisitos	50
Título IV : Filiación extramatrimonial y la impugnación del reconocimiento	
4.1 La filiación extramatrimonial	54
4.2 El reconocimiento y sus características	54
4.3 La legitimidad para obrar activa en la impugnación de reconocimiento...	55
Título V : Las acciones de filiación matrimonial: impugnación y negación de paternidad	
5.1. Las acciones de filiación y sus características.....	57
5.2. La posesión de estado en las acciones de impugnación	59
5.3. La impugnación de paternidad matrimonial y su similitud o diferencia con la negación de paternidad	60
5.4. La legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad matrimonial	62
5.5. La prueba genética de ADN como medio probatorio para determinar la filiación, y sus antecedentes	66

CAPÍTULO III	
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	71
CAPÍTULO IV	
PROPUESTA LEGISLATIVA	87
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES	93
LISTA DE REFERENCIAS.....	94
ANEXOS.....	99

RESUMEN

La investigación tiene como finalidad determinar la existencia de fundamentos jurídicos para que la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial sea planteada ante los órganos jurisdiccionales por el padre biológico, la mujer casa y el hijo denominado matrimonial, y no sea el marido al único que le asista dicha legitimidad. Así, para cumplir este fin se recurrió a la ley, la doctrina nacional, comparada y a la jurisprudencia a efectos de analizar principios e instituciones jurídicas tales como el derecho a la identidad del menor y el principio de interés superior del niño, que serán los fundamentos jurídicos a invocar.

De igual forma, se ha hecho un análisis de las normas del derecho procesal civil donde se ubica la legitimidad para obrar activa que vamos a ampliar, la cual por ser una condición de la acción es el primer filtro a analizarse en todo proceso; no obstante, en base a los fundamentos jurídicos que exponemos, la demanda no podrá ser rechazada por falta de esta condición.

Por último, la investigación de acuerdo a los métodos aplicados es de tipo cualitativo pues hemos usado los métodos generales y aquellos propios del derecho como el método exegético, dogmático y argumentativo, todo ello para llegar al resultado que sí existen fundamentos jurídicos para ampliar la legitimidad para obrar en la impugnación de paternidad matrimonial, el cual también trae consigo la modificación de determinados artículos del Código Civil Peruano conforme a la propuesta adjunta.

Palabras claves: Filiación matrimonial, impugnación de paternidad, legitimidad para obrar activa, derecho a la identidad biológica, derecho a la igualdad, principio del interés superior del niño.

ABSTRACT

The purpose of the investigation is to determine the existence of legal grounds for the claim to challenge marital paternity to be brought before the courts by the biological father, the married woman and the child called matrimonial, and the husband is not the only one assisting him said legitimacy. Thus, to fulfill this purpose, the law, national doctrine, comparative and jurisprudence were used in order to analyze legal principles and institutions such as the right to identity of the minor and the principle of the best interests of the child, which will be the foundations legal to invoke.

In the same way, an analysis has been made of the norms of civil procedural law where the legitimacy to act actively that we are going to expand is located, which, since it is a condition of the action, is the first filter to be analyzed in any process; However, based on the legal grounds that we expose, the claim cannot be rejected due to lack of this condition.

Finally, the research according to the applied methods is qualitative because we have used the general methods and those of the law such as the exegetical, dogmatic and argumentative method, all of this to arrive at the result that there are legal bases to expand legitimacy to act in the challenge of matrimonial paternity, which also entails the modification of certain articles of the Peruvian Civil Code according to the attached proposal.

Keywords: *Marital affiliation, challenge of paternity, legitimacy to act actively, right to biological identity, right to equality, principle of the best interests of the child.*

INTRODUCCIÓN

Las normas jurídicas por sí solas y plasmadas en un cuerpo normativo parecen ser perfectas; sin embargo, la práctica hace ver los problemas que se incurre en su aplicación y la institución jurídica de la filiación no ha sido la excepción, en estricto la filiación matrimonial, a la que nos avocamos en la investigación pues el deber de fidelidad en una sociedad como la nuestra parece haber decaído en los últimos tiempos.

Así, nuestros órganos jurisdiccionales deben dejar de preponderar en demasía la presunción de paternidad prescrita por el artículo 361 del Código Civil¹ que indica: “el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”; y velar por el derecho a la identidad biológica del hijo nacido dentro de esa relación matrimonial, puesto que la realidad y el avance de la ciencia con la prueba genética del ADN nos demuestra que el vínculo biológico no siempre corresponde al marido como padre de aquel hijo, sino a un tercero con derecho a reconocerlo como suyo.

Por ello, a efectos de velar por los derechos del hijo nacido dentro del matrimonio, nos centraremos en desarrollar los fundamentos que les permitan a ciertos sujetos de derechos poder impugnar la paternidad matrimonial y determinar su verdadero origen biológico, así como a su padre biológico poder

¹ Según modificatoria del art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto 2018.

reconocerlo, sin esperar que la madre declare que no es de su marido o que este niegue la paternidad conforme lo establece el artículo 396 del Código Civil.

En esta misma línea, de acuerdo al artículo 367 del mismo cuerpo normativo, la legitimidad para obrar activa en la acción de impugnación de paternidad matrimonial actualmente solo le corresponde al marido, aspecto que nos parece una vulneración en demasía de los derechos del menor pues el propio hijo, su madre y el padre biológico pueden tener esa legitimidad en todo proceso judicial y hacer prevalecer, entre otros, el interés superior del niño como principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico (artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes).

La investigación la hemos dividido en cuatro capítulos: el primero de ellos se refiere al planteamiento metodológico que otorga el grado de científicidad a la investigación; el capítulo segundo y más amplio es el marco teórico, donde desarrollamos la institución jurídica de la filiación, su relación con el derecho fundamental a la identidad desde un punto de vista constitucional, los principios que la sustentan para luego centrarnos en la filiación matrimonial junto a sus presupuestos, su naturaleza jurídica y la presunción *pater is est*. Así mismo, desarrollamos la acción de impugnación de paternidad matrimonial, los sujetos legitimados para actuar en el proceso judicial de acuerdo a la normatividad vigente y, finalmente la inclusión de la prueba genética de ADN como medio probatorio típico en los procesos judiciales de filiación.

En el capítulo tercero desarrollamos la contrastación de hipótesis como punto central de la investigación, pues abarca los principales fundamentos para ampliar

la legitimidad para obrar activa en la acción de impugnación de paternidad matrimonial a otros sujetos distintos al marido, ya que de por medio están los derechos del hijo.

En consecuencia, desarrollados y vistos en forma conjunta estos capítulos nos van a permitir evidenciar la existencia de sólidos fundamentos jurídicos para ampliar la legitimidad para obrar activa al padre biológico, a la mujer casada y al hijo “matrimonial”, y de esta manera demandar la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial sin correr el riesgo que la demanda sea declarada improcedente por ausencia de esta condición de la acción.

Por otro lado, no puede perderse de vista la propuesta legislativa que hemos realizado en el capítulo cuarto, donde luego del análisis respectivo señalamos cuáles son los artículos del Código Civil que deben modificarse.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. El problema de investigación

1.1.1. Conceptualización o problemática

La familia desde tiempos remotos es considerada el núcleo de toda sociedad, por ello el legislador busca como tal otorgarle protección y mantenerla sólida, de allí que dentro de las diversas instituciones jurídicas en esta materia encontremos al matrimonio (como base de la familia) al cual el Estado protege y promueve conforme se desprende del artículo 4 de nuestra Constitución Política, y trata en lo posible que no se produzca su resquebrajamiento con la intromisión de terceros sin ningún lazo de consanguinidad o afinidad.

De las relaciones entre padres e hijos dentro del matrimonio, de acuerdo al Código Civil vamos a encontrar la presunción legal *pater is est* regulado en el artículo 361² que prescribe: “el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido” y se agregó mediante Decreto Legislativo N° 1377: “salvo que la madre declare expresamente lo contrario”; en este sentido y a fin de guardar una coherencia normativa el artículo 396 prescribía

² Modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto 2018.

que: “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”, pero fue modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1377 de fecha 24 de agosto 2018.

Sin embargo, en la realidad surgen diversos problemas en estos aspectos filiatorios, ya que las presunciones legales dadas en nuestro ordenamiento jurídico como es *pater is est* se la considera absoluta, cuando no debe ser así, *máxime* si hoy en día con el avance de la ciencia (en estricto con la prueba genética de ADN) puede cuestionarse. Solo por citar un ejemplo, tenemos los casos de reconocimiento de paternidad donde existen pronunciamientos judiciales en los cuales se ha solicitado su invalidez al acreditarse con dicha prueba genética no ser el padre del menor.

De igual forma, concebir la mencionada presunción legal como aquella que protege al hijo nacido dentro del matrimonio, más que una protección es otorgarle un padre por mandato legal, dejando de lado el derecho constitucional a la identidad y a conocer quién es su padre biológico; en consecuencia, el ordenamiento jurídico debe buscar en lo posible que la filiación legal coincida con la biológica, estableciendo las normas precisas para ello.

Otro problema real que también se desprende de la filiación matrimonial, es cuando los cónyuges al encontrarse separados de hecho por distintas circunstancias, la mujer casada mantiene una

convivencia impropia con tercera persona con quien procrean un hijo, nos preguntamos frente a ello si esta persona (padre biológico) para reconocer a su hijo denominado “matrimonial” tendría, entre otros supuestos, que el marido negarlo como suyo. La respuesta afirmativa cae por si misma cuando nos remitimos a lo que establece el artículo 396 del Código Civil (modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1377 de fecha 24 de agosto 2018), no obstante, resulta un tanto ilógico esta salida.

Por ende, son problemas que consideramos latentes y merecen una regulación legal acorde con la realidad, más aún si vivimos en un Estado constitucional donde los derechos humanos cumplen un rol fundamental y merecen protección.

1.1.2. Planteamiento del problema

Presentado líneas atrás y de manera general los problemas que se presentan actualmente, nos centramos ahora en el problema materia de nuestra investigación, así, partimos de la regulación normativa civil prescrita por los artículos 367 y 396³, el primero en cuanto a quién es el titular de la impugnación de paternidad al señalar que: “la acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado

³ Modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto de 2018.

en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquel lo hubiese iniciado”; y, en segundo lugar, en cuanto al reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada cuando prescribe que: “El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Sin embargo, este último dispositivo legal consideramos que atenta contra el derecho a la identidad del menor y afecta el derecho del padre biológico en tanto condiciona el reconocimiento de su hijo nacido dentro de un matrimonio a que la madre haya declarado expresamente que no es de su marido o este lo negase como suyo y obtenga sentencia favorable.

Así, podríamos decir que dichos dispositivos normativos dista mucho de la actual realidad donde el deber de fidelidad entre cónyuges viene en decadencia y los hijos nacidos durante un matrimonio vigente no siempre tienen al marido como padre biológico, sino a una tercera persona ajena con quien estos hijos se comportan como tal; pero, ya sea por matices sociales, culturales y principalmente porque la ley así lo estableció, el padre

tiene que ser el marido en base a la presunción legal *pater is est* prescrita en el artículo 361 del Código Civil.

Ahora bien, de acuerdo a como están dadas las normas el padre biológico no encontraría ninguna salida legal para impugnar esa paternidad legal y lograr el reconocimiento de su hijo, pues, quien ostenta única y exclusiva legitimidad para obrar en la pretensión de impugnación de paternidad es el marido (artículo 367 del Código Civil), siendo esta una realidad lamentable donde se evidencia que la relación filial padre e hijo viene dada por ley y no por un orden genético que establezca la verdadera identidad biológica, aun cuando este es un derecho fundamental del menor por el cual el Estado debe velar.

Por otro lado, nadie mejor que la madre para saber a ciencia cierta quién es el padre biológico de su hijo, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico tampoco le otorga legitimidad en el artículo 367 del Código Civil para impugnar la paternidad de su marido, pese a que con ello encontraríamos una salida legal a efectos de velar por los derechos de su hijo “matrimonial” como el más afectado en todo este problema de impugnación de paternidad, y a quien nuestro ordenamiento jurídico tampoco le otorga legitimidad para determinar su verdadero vínculo paterno filial.

Así mismo, desde la óptica del derecho procesal y con jueces legalistas en nuestro sistema judicial es claro que en un futuro

proceso de impugnación de paternidad matrimonial la legitimidad para obrar activa (condición de la acción conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil) será el primer filtro procesal a analizar para declarar la procedencia o improcedencia de la demanda; por lo que al no ostentar legitimidad otros sujetos de derecho distintos al marido la demanda será rechazada, dejando de lado el tema de fondo que esencialmente debería primar en este tipo de procesos judiciales de filiación.

En tal sentido consideramos arbitrario limitar la legitimidad para obrar solo al marido, quien puede o no hacer valer dicha facultad otorgada por la ley, tornándose con ello aún más grave la situación; sin tener en cuenta el perjuicio al hijo, pues entre otros fundamentos que desarrollaremos estaríamos restringiendo el derecho a la identidad con una norma de menor jerarquía como el Código Civil.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican ampliar la legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad matrimonial al padre biológico, a la mujer casada y al hijo matrimonial?

1.2. Justificación

1.2.1. Justificación jurídica (ámbito sustantivo y procesal)

En cuanto a la justificación jurídica, desde el ámbito sustantivo es necesario que la impugnación de paternidad matrimonial, regulada por el artículo 367 del Código Civil, sea entendida y reconocida por los operadores jurídicos como un derecho subjetivo capaz de merecer tutela efectiva por el ordenamiento jurídico y ser oponible frente a terceros. En este sentido existen fundamentos jurídicos, principalmente el derecho fundamental a la identidad, para no restringir este derecho solo al marido, sino ampliarla al padre biológico del hijo matrimonial, a la mujer casada y al hijo mismo.

Desde el ámbito procesal, la impugnación de paternidad matrimonial es vista como una pretensión procesal que los sujetos legitimados (como el marido) por un derecho o facultad que les asiste demandan ante los órganos jurisdiccionales; por ende es necesario que también a los sujetos de derecho antes señalados se les otorgue legitimidad para obrar activa tal cual requiere el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues, caso contrario la demanda va ser declarada improcedente.

En consecuencia, ampliando la legitimidad para obrar activa en el artículo 367 del Código Civil, teniendo en cuenta las dos perspectivas indicadas, se podrá obtener el reconocimiento del menor por el padre biológico, sin esperar el requisito *sine qua non*, que la madre declare que no es de su marido o este lo niegue como

su hijo tal cual lo establece el Código Civil en el artículo 396. De esta manera el presunto hijo matrimonial va poder conocer su verdadera identidad biológica y no mantener una paternidad legal otorgada por el artículo 361 del Código Civil.

1.2.2. Justificación social

La investigación encuentra su justificación social en tanto el derecho no puede permanecer estático frente a los hechos que se presenta en nuestra sociedad y le obliga a estar en constante cambio de normas jurídicas o interpretación del mismo acorde a dicha realidad.

En este sentido la filiación matrimonial no es una excepción y de presentarse conflictos o incertidumbres jurídicas, actualmente con el avance científico (materializado en la prueba genética de ADN con un grado de certeza de 99.999%) es factible determinar el vínculo biológico entre padres e hijos, hecho que no se presentaba en tiempos antiguos y por ende era entendible o hasta indiscutible atribuir al marido la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio.

1.2.3. Justificación práctica

Finalmente, la investigación se justifica por cuanto contribuirá a la labor del abogado litigante, pues al ostentar legitimidad para obrar activa cualquiera de los sujetos procesales que venimos señalando, podrán demandar la impugnación de paternidad

matrimonial sin correr el riesgo de que su demanda sea declarada improcedente por falta de esta condición de la acción, y, por otro lado los jueces sí analizarán los temas de fondo relacionados con el derecho del menor considerado hijo matrimonial.

1.3. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos que justifican ampliar la legitimidad para obrar activan en la impugnación de paternidad matrimonial al padre biológico, a la mujer casada y al hijo matrimonial son:

- a) El derecho a la identidad biológica del menor como parte del derecho constitucional a la identidad.
- b) Existencia de desigualdad de derechos al permitir impugnar la paternidad a un hijo extramatrimonial y negarle a uno matrimonial.
- c) Supremacía del principio del interés superior del niño sobre una norma de carácter procesal.
- d) El decaimiento de la presunción legal *pater is est* ante la existencia de la prueba genética del ADN.

1.4. Categorías

Dado que el tipo de investigación es de carácter cualitativa la presente investigación carece de categorías.

1.5. Objetivos

1.5.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican ampliar la legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad

matrimonial al padre biológico, a la mujer casada y al hijo matrimonial.

1.5.2. Específicos

- a) Determinar la naturaleza jurídica de la impugnación de paternidad a partir de sus antecedentes históricos y la regulación vigente.
- b) Determinar la relevancia de los derechos fundamentales y la función de los principios en el ordenamiento jurídico.
- c) Establecer los fundamentos que dieron origen a la presunción de paternidad matrimonial o *pater is est*.
- d) Establecer la importancia de la prueba genética de ADN como medio probatorio en los procesos judiciales de filiación.
- e) Proponer una ampliación normativa del artículo 361 y 367 del Código Civil en cuanto a la legitimidad para obrar activa en la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial.

1.6. Ámbito de la investigación

1.6.1. Espacial

El espacio es determinado a nivel nacional.

1.6.2. Temporal

La regulación vigente de la filiación matrimonial e impugnación de paternidad matrimonial en el Código Civil Peruano de 1984.

1.7. Tipo de investigación

1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue

Atendiendo al fin que persigue la presente investigación es BÁSICA, pues buscamos aportar a los conocimientos preexistentes y servir de apoyo a futuras investigaciones para a *posteriori* ser utilizado en la práctica, sin aplicación inmediata.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

- a) La investigación tiene el carácter de DESCRIPTIVA ya que “tiene como objeto ubicar, categorizar y proporcionar una visión de una comunidad, un evento, un contexto, un fenómeno o una situación” (Hernández, Fernández y Baptista, 2003, p. 273).

- b) De igual forma, es EXPLICATIVA porque “mediante este tipo de investigación, que requiere la combinación de los métodos analítico y sintético, en conjugación con el deductivo y el inductivo, se trata de responder o dar cuenta del porqué del objeto que se investiga” (Behar 2008, p.21).

En tal sentido, además de analizar y explicar los dispositivos normativos de la filiación matrimonial (en estricto la paternidad matrimonial o *pater is est*) que deben ser modificados por ser contrarios a lo que viene sucediendo en la realidad, hemos determinado los fundamentos del por qué puede ser materia de impugnación, basándonos para ello, entre otros, en el derecho

a la identidad desarrollado por la doctrina, así como por la jurisprudencia nacional y extranjera.

c) Finalmente, nuestra investigación tiene el carácter de PROPOSITIVA en el sentido que proponemos, entre otros artículos, la modificación y ampliación del artículo 367 del Código Civil relacionado a los titulares de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, otorgándoles legitimidad para obrar activa no solo al marido como actualmente sucede.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Es de carácter CUALITATIVO, toda vez que su propósito es reconstruir la realidad, tal y como lo observan los autores de un determinado sistema social (...) donde las variables no se definen con el propósito de manipularse ni de controlarse experimentalmente (Hernández, Fernández y Baptista, 2003, p. 5-12). En este sentido, se busca estudiar un determinado fenómeno jurídico, sus características, cualidades y cómo este se presenta en la realidad, sin utilizar para ello recolección de datos con medición numérica o estadística.

1.8. Métodos de investigación aplicados

1.8.1. Generales

A. Método sistemático

Este método se materializó cuando agrupamos y analizamos las normas del derecho civil y procesal civil en pro de conceder

legitimidad para obrar activa -como condición de la acción- en la pretensión de impugnación de paternidad al hijo matrimonial, la mujer casada y al padre biológico, sin dejar de lado la Constitución Política como norma jurídica de primer orden.

B. Método de análisis – síntesis

Mediante este método hemos podido realizar un estudio específico de las instituciones jurídicas de filiación matrimonial y acción de impugnación de paternidad, para de esta manera a través de sus presupuestos o características desarrollados por la doctrina y jurisprudencia poder analizar cómo está regulado en nuestro Código Civil. Hecho ello, encontrando algunas deficiencias se logró determinar los fundamentos para la ampliación de legitimidad para obrar en la impugnación.

C. Método hipotético - deductivo

Respecto a este método Behar (2008) nos indica que:

En el método hipotético-deductivo (o de contrastación de hipótesis) se trata de establecer la verdad o falsedad de las hipótesis, a partir de la verdad o falsedad de las consecuencias observacionales, unos enunciados que se refieren a objetos y propiedades observables, que se obtienen deduciéndolos de las hipótesis y, cuya verdad o falsedad estamos en condiciones de establecer directamente (p.40).

Ahora bien, dicho método se utilizó en la contratación de las hipótesis que nos formuláramos, materializados entre otros en el derecho a la identidad biológica del menor (parte del derecho

constitucional a la identidad) como fundamentos para ampliar la legitimidad para obrar activa. Así, puesto en contraste las hipótesis, apoyados en la ley, la doctrina y la jurisprudencia - tanto local como comparada- hemos demostrado que son válidos, veraces y con sustento jurídico para ser aplicados.

1.8.2. Particulares

A. Método exegético

Este método consiste en la interpretación literal a lo que la ley dice y no a lo que probablemente se haya querido decir. Así, mediante este método, los escritos del derecho positivo convertido en ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse de acuerdo con los alcances literales y normativos del deber ser.

De acuerdo a ello, dicho método lo utilizamos al interpretar el artículo 367 del Código Civil donde prescribe que el titular de la acción para impugnar o negar la paternidad matrimonial (o presunción *pater is est*) es el marido; es decir, el padre biológico que quiera impugnar y reconocer como suyo al hijo matrimonial estaría impedido de hacerlo, más aún cuando el artículo 396 del mismo cuerpo normativo prescribe, entre otros, que para el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada el marido debe negarlo y obtener sentencia favorable.

B. Método dogmático

“A través de este método se recurre, además de las normas legales, a la doctrina, al derecho comparado y, ocasionalmente, a la jurisprudencia” (Ramos, 2000, p. 74); así, ha sido de utilidad en nuestro estudio pues con el determinamos y desarrollamos los fundamentos jurídicos para ampliar la titularidad en la acción de impugnación de paternidad matrimonial tanto al padre biológico, a la mujer casada y al hijo denominado matrimonial; todo ello con el fin de no restringir dicha legitimidad solo al marido cuando de por medio está el averiguar cuál es el verdadero vínculo biológico entre padre e hijo.

C. Método argumentativo

Debemos partir señalando que la rama del derecho es netamente argumentativa a efectos de crear convicción con fundamentos sólidos capaces de ser sometidos a discusión, en este sentido, dicho método se utilizó desde la formulación de nuestro problema y las hipótesis que se han planteado como forma de solución al problema.

Así mismo, también está presente cuando luego de realizar un estudio de las deficiencias de determinados artículos del Código Civil relacionados a la filiación matrimonial, con el apoyo de la doctrina y jurisprudencia hemos podido argumentar jurídicamente los fundamentos para ampliar la legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad matrimonial.

1.9. Técnicas de investigación

1.9.1. Análisis documental

Se define como “aquella cuya información se recoge de documentos, por lo que la técnica esencial es la observación documental” (Pineda, 1990, p.58), y en efecto, nos fue de utilidad ya que con ella revisamos toda la información recopilada respecto al marco teórico de nuestra investigación.

1.10. Instrumentos de investigación

Los instrumentos son medios físicos en los que se consigna la información para su posterior procesamiento, así, los instrumentos a utilizados son:

- a) Libreta de anotaciones.
- b) Apuntes.
- c) Fichas bibliográficas.
- d) Fichas de referencia.
- e) Fotocopias.
- f) Anotaciones virtuales

1.11. Estado de la cuestión

En la búsqueda preliminar que se ha hecho en las bibliotecas de la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC) a nivel de pre grado y post grado, y otras universidades de esta ciudad como Universidad Privada del Norte (UPN), Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo (UPAGU); hemos podido evidenciar la ausencia de investigaciones análogas a la que vamos a desarrollar.

También hemos realizado una búsqueda de acuerdo al título de nuestra tesis en la base de datos RENATI (Registro Nacional de Trabajos de Investigación) y en el repositorio de diversas universidades como la Universidad Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de la Universidad Autónoma de México.

Finalmente, revisando el actual anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano del año 1984, cuyo grupo de trabajo ha sido creado por Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, también hemos podemos evidenciar que no hay una reforma o modificación de los artículos relacionados con nuestra investigación.

1.12. Unidades de análisis, universo y muestra

No se aplica, pues nuestro tipo de investigación es de carácter básica.

1.13. Lista de abreviaciones

Art	: Artículo
Inciso	: Inc.
ADN	: Ácido Desoxirribonucleico
CC	: Código Civil
CPC	: Código Procesal Civil
Const. P.	: Constitución Política
CNA	: Código de los Niños y Adolescentes
TP	: Título Preliminar

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

La filiación desde la Constitución Política y su relación con los derechos fundamentales

1.1. La filiación desde la Constitución Política y su definición

Antes de definir la filiación, debemos señalar que como toda institución jurídica tiene como base la Const. P. y es allí donde encuentra su sustento a fin de guardar coherencia con todo nuestro sistema jurídico, más aún si la norma constitucional prevalecerá sobre otras de menor rango dado la existencia de jerarquía normativa desarrollada por el maestro Kelsen (2003) al señalar que:

El orden jurídico no es, por tanto, un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de otras, por así decir, son un orden gradado de diferentes capas de normas. Su unidad es restaurada por la conexión que resulta de la producción y, por tanto, la validez de una, se remota a la otra, cuya validez está a su vez determinada por otra. (p.108)

En tal sentido, si bien la filiación no ha sido tratada de manera expresa, sí se puede desprender de una interpretación de los diversos arts. de la Const. P. como norma de primer rango, así tenemos el art. 2 que en su inc. 1 prescribe: “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”; y

por otro lado de los arts. 4 y 5 del mismo cuerpo normativo⁴ podemos inferir que nuestro sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia como una sola, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial. No obstante, si bien la Const. P. protege el matrimonio, ello no debe impedir la investigación de la paternidad o maternidad a fin de que el vínculo filial coincida con la verdad biológica, pues no es suficiente una determinación meramente legal para afirmar que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al marido, cuando la realidad es otra.

Y finalmente por su parte el profesor Aguilar (2017) señala:

La filiación no ha sido recogida por nuestros constituyentes como un derecho fundamental de la persona que goce de autonomía y protección del Estado, sino más bien, reconocen que la filiación forma parte del derecho a la identidad, como sucede con el nombre y la nacionalidad entre otros. (p.97)

Ahora bien, yendo a la definición de filiación, esta proviene del latín "*filiatio*" que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción significa procedencia de los hijos respecto de sus padres, asimismo, deriva del latín "*filius*" que significa hijo. Por otro lado, en la doctrina tenemos diversas definiciones, así para el profesor Plácido (2003), citando a Planiol y Ripert, indica que:

⁴ Art. 4 de la Const. P.: La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Art. 5 de la Const. P.: La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

En sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivale a la relación inmediata del padre o la madre con el hijo (...). Por lo tanto la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra. (p.81)

A su turno, Reynoso y Zumaeta (2002) señalan: “la filiación consiste en un hecho natural en virtud del cual, existe una relación ineludible entre una persona que es el tronco común o progenitor directo respecto a otra u otras personas que de ella depende” (p. 728).

De esta manera, los conceptos expuestos no difieren mucho uno de otro y es que tienen como elemento común el lazo o vínculo que une a dos personas (padre o madre con el hijo), pero no cualquier vínculo sino uno netamente filial que va a generar entre estas personas derechos y obligaciones de manera recíproca. En este mismo sentido y atendiendo a que la filiación es una institución jurídica del derecho de familia, podríamos señalar tres fuentes de donde nace ese vínculo filial: la primera de ellas es la biológica o natural que consiste en que el origen de la filiación se da producto de las relaciones sexuales entre los cónyuges y por la misma procreación, la segunda está dada por la adopción, y una tercera fuente (aunque aún no esté regulado en nuestro CC) es la filiación producto de las técnicas de reproducción humana.

1.2. Clasificación y formas de establecer la filiación

En base al principio de igualdad, la tendencia de la doctrina moderna y de muchas legislaciones ha sido establecer únicamente dos clases de

filiación (consanguínea y adoptiva), en este sentido apunta la doctrina salvadoreña con Calderón de Buitrago et al (1995):

a) La filiación consanguínea o biológica

La filiación consanguínea o biológica se divide a su vez en matrimonial y no matrimonial. La primera consiste en aquella que corresponde al individuo cuyos progenitores se encuentran unidos en matrimonio; por el contrario, la segunda es la que pertenece a la persona cuyos padres no están unidos por vínculo matrimonial.

b) La filiación adoptiva

Esta filiación se establece como consecuencia de acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo, es decir es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad progenitor (padre o madre) e hijo. (p. 475-479)

Ahora bien, lo que señala esta doctrina no dista mucho de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico, pues tenemos tanto a la filiación matrimonial como extramatrimonial, así, centrándonos en la primera de ellas, lo definimos como aquel vínculo que nace producto del matrimonio pues los hijos nacidos dentro del mismo tienen como padres a ambos cónyuges.

Y, aun cuando exista discrepancia en la doctrina en cuanto a que para unos se considera hijo matrimonial si es concebido dentro del matrimonio y para otros si ha nacido dentro de él; nosotros consideramos hijo matrimonial aquel concebido y nacido dentro del matrimonio.

En cuanto a la filiación extramatrimonial viene definida por el art. 386 donde señala que se consideran hijos extramatrimoniales a los concebidos y nacidos fuera del matrimonio, en consecuencia, tanto la filiación matrimonial como extramatrimonial son consideradas filiación por naturaleza. Finalmente, respecto al vínculo filial derivado de la adopción

también se encuentra prescrito por el CC en el art. 377 al señalar que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Esta forma de clasificar la filiación nos va ser útil para establecer la paternidad entre el padre e hijo, ya que, para la filiación matrimonial esta viene determinada por mandato legal conforme prescribe el art. 361 del CC, es decir, no es necesario un reconocimiento expreso por parte del marido de la mujer casada, pues se atribuye que él es el padre del menor; y más aún si por ser una norma de carácter imperativa dicha determinación no puede ser modificada por voluntad de las partes.

Sin embargo, esta determinación de la filiación por mandato de la ley proviene de una presunción legal relativa, y al respecto es importante lo que apunta el profesor Plácido (2003) al decir: “la presunción relativa admite prueba en contrario actuada en sede jurisdiccional, quedando sin efecto, por mérito de la sentencia que ampare la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial” (p.97).

Por otro lado, para determinar la paternidad en la filiación extramatrimonial es necesario que exista un reconocimiento voluntario y sin condiciones por parte del padre o en su defecto que sea determinada por un mandato judicial. En este sentido, si nos remitimos a nuestro CC, la determinación de la paternidad matrimonial está regulada por el art. 361⁵ y la paternidad

⁵ Art. 361 del CC prescribe que: “El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

extramatrimonial por el art. 387, este último al referirse a los medios probatorios que acreditan dicha filiación.

1.3. El Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales

Cuando hemos transitado de un Estado legal de derecho a un Estado Constitucional del Derecho, la Constitución pasó a ser una norma de primer rango y con supremacía jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aspecto que guarda cierta relación con la pirámide kelseniana.

Así, respecto a este tránsito el Tribunal Constitucional ha señalado:

“Significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso (...) al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías”. (Expediente N° 5854-2005-PA/TC. Fundamento §2. 3)

El Estado Constitucional de Derecho tiene características que nos permite identificarlo como tal, así el maestro Luigi Ferrajoli (como se citó en Lovaton, 2016) señala: “su carácter sustancial (derechos fundamentales) y no sólo formal, la obligación jurídica de garantizar judicial y efectivamente tales derechos (por ello, Ferrajoli reclama del constitucionalismo su carácter “garantista”) y la configuración de Constituciones rígidas, entre otros rasgos” (p. 12).

Como vemos este Estado Constitucional tiene relación con los derechos fundamentales al ser estos su carácter sustancial, y para que el Estado tenga legitimidad dichos derechos deben estar protegidos mediante la

Const. P., además de asegurar su vigencia y eficacia como derecho fundamental no solo en el ámbito nacional sino también internacional, de allí que tenga razón el profesor Cesar Landa (como se citó en Lovatón, 2016) cuando señala:

Si la Constitución no quiere quedar reducida a una pura especulación normativa, tiene que ser analizada desde una perspectiva de los derechos fundamentales, que es donde adquiere una dimensión objetiva y una eficacia real [...] la noción de Constitución que tiene sentido proteger es aquella que garantiza los derechos fundamentales [...] La Constitución no es un puro nombre, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se pretende dar un contenido histórico y político. (p.34)

En consecuencia, podríamos decir, el Estado Constitucional de Derecho es aquel donde los derechos fundamentales cumplen un rol primordial y al ser plasmados en una Const. P. va obligar a que el Estado actúe con respeto a ellos, además de hacerla prevalecer como norma de primer rango en base a la cual todo el ordenamiento jurídico debe girar.

Ahora, desde un ámbito legal consideramos que esta idea de Estado o llamado modelo garantista se ha visto plasmado en el art. 44 de nuestra Const. P. al indicar: “son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; (...)”.

Es decir que el Estado Peruano tiene un rol primordial con los derechos fundamentales.

Por otro lado, respecto a la concepción de los derechos fundamentales tenemos que doctrina autorizada con Mesia (2018) ha indicado:

Con la frase derechos fundamentales se establece una conexión directa entre los derechos consagrados en la constitución y la necesidad de su respeto como exigencia de la dignidad humana; respeto que se convierte en la finalidad propia del poder político y en el fundamento de su legitimidad. De este modo, todos los poderes políticos quedan vinculados a los derechos fundamentales, siendo necesario establecer un sistema procesal y jurisdiccional de protección. (p. 42)

En este sentido, los derechos son clave para la subsistencia del Estado quien debe velar por su respeto y protección a través de los mecanismos necesarios a fin de que puedan ser ejercidos en armonía, más aún si en un derecho fundamental se reconoce diversos atributos tales como su contenido esencial.

De igual forma, cabe señalar que existen derechos asignados a la persona por su sola condición y otros que requieren determinados requisitos para concederlos, así por ejemplo los derechos laborales para otorgárselo se requiere el cumplimiento de una prestación personal, remunerada y sujeta a subordinación. En consecuencia, se debe tener en claro que los derechos cumplen un rol orientador de todo el sistema jurídico.

Por último, si nos remitimos a la jurisprudencia española, es interesante lo que expresa Fernández (1993):

El Tribunal Constitucional español, también ha reconocido ese doble carácter. En efecto ha establecido que: En primer lugar, los derechos fundamentales son «derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia». Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva, los derechos son «elementos

esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho». (p. 208)

En suma, evidenciaremos un Estado Constitucional de Derecho cuando se respete y garantice los derechos fundamentales (tales como la identidad biológica del menor y la igualdad) también por el Poder Judicial como uno de los poderes del Estado.

1.4. Los derechos fundamentales a la identidad e igualdad vinculados con la filiación

1.4.1. El derecho fundamental a la identidad

Como antecedentes del derecho a la identidad es importante lo que señala Mesia (2018) al decir:

La identidad personal como derecho no se halla reconocido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, salvo en la Convención Universal de los Derechos del Niño. Tal carencia se debe a que su nacimiento es de reciente data. El contenido, noción, características y demás rasgos que le son inherentes fueron motivo de atención a partir de la década de los ochenta, aunque sus supuestos teóricos y doctrinarios remontan a la filosofía existencialista que predominó durante el periodo de entreguerras (1920-1940). (p. 125-126)

Como bien señala el autor, este derecho no se hallaba regulado en instrumentos internacionales; no obstante en sede nacional si nos remitimos a nuestra Const. P. el derecho a la identidad es reconocido en el art. 2 inc.1 como derecho fundamental del ser humano, el cual engloba una conjunción de rasgos particulares o

únicos que definen a la persona como un ser existente y aceptado dentro de un determinado campo social y real, por ende este es el primer derecho con estrecha vinculación a la filiación.

Ahora, centrándonos en estricto sobre un menor de edad se debe interpretar sistemáticamente con lo prescrito por art. 6 del CNA, según el cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, entendiendo que esta norma hace clara referencia a los verdaderos padres.

Por su parte la doctrina italiana, respecto a este derecho ha puesto de relieve tres notas características, tales como:

- a) **Carácter omnicomprendivo:** De la personalidad del sujeto, representado la totalidad de su patrimonio cultural, cualquiera sea su específica manifestación, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección.
- b) **Objetividad:** La identidad personal está anclada en la verdad, no en sentido absoluto, sino como la realidad cognoscible según los criterios de la normal diligencia y de buena fe subjetiva.
- c) **Exterioridad:** Se refiere al sujeto en su proyección social, su coexistencialidad. (Chanamé Orbe, 2014, p.618)

De otro lado, este derecho no solo está referido al ámbito legal sino también biológico, consideradas ambas dos facetas que complementan la esencia del ser humano. Siendo así, es en el ámbito biológico donde encuentra su vinculación con la filiación, más aún, Chanamé Orbe (2014) señala que el reconocimiento del derecho a la identidad implica otros derechos o facultades, tales como:

a) Derecho a una identificación, b) derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar, c) derecho a una sana y libre formación de la identidad personal, d) derecho a transformar la identidad personal, e) derecho al respeto de las diferencias personales, f) derecho a la verdad sobre la propia verdad personal, g) derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena, h) derecho a actuar según las personales convicciones y i) derecho a proyectar la identidad personal en obrar y creaciones. (p. 619)

Esta vinculación del derecho a la identidad con la filiación también ha sido expresada por Torres Santomé (como se citó en Varsi, 2013, p.104) quien incluso los concibe como sinónimos, al señalar:

La identidad y filiación son sinónimos. La filiación, sustantivo e identidad, cualidad. Jurídicamente, son derechos complementarios. La filiación hace a la identidad (activándola) y esta se basa en la filiación (generándola). Nuestra primera identidad es la filiación, al ser hijos de unos padres.

Aún más, en relación a ello hasta se habla de una “identidad filiatoria” que tiene como precursor a De Cupis (como se citó en Varsi, 2013, p.105) y señala: “la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres.”

El derecho a la identidad como tal guarda relación con el derecho a la verdadera filiación, y se requiere que las normas en derecho de familia sean flexibles en pro de encontrar el verdadero origen biológico del menor y preservar la identidad en su doble dimensión, de allí que la doctrina diga: “el dato biológico –identidad estática – del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste

como ser social –identidad dinámica –; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho, es su doble aspecto” (Plácido, 2003, p.7).

En este orden de ideas, consideramos a la identidad dinámica la más amplia, en tanto lleva consigo que el ser humano se identifique de acuerdo a su aspecto espiritual, étnico, sus creencias religiosas entre otros aspectos que permitirán delimitar su personalidad.

Finalmente, en este sentido Sessarego señala que:

La identidad personal se presenta como un preponderante interés existencial que merece tutela jurídica. Es una situación jurídica subjetiva por la cual el sujeto tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a que se le conozca y defina en su vida personal, tal cual es sin alteraciones, desfiguraciones, distorsiones, tanto estáticos como dinámicos que lo distingue de los demás en cuanto lo hacen ser el mismo y no otro. (2015, p.117)

Entonces, el derecho a la identidad es la posibilidad de pertenecer a una familia y de gozar de un estado de familia, pero de acuerdo a su origen biológico, por ende, deben ser considerados como derechos superiores por todo Estado y persona en particular, así como otorgar las garantías para que estos se concreten y puedan realizarse. De esta manera, nuestra Const. P. y los tratados internacionales que se ha ratificado están dando una especial importancia al derecho de todo ser humano a la identidad, quedando ahora a los operadores jurídicos materializarlos en cada caso concreto, como por ejemplo en la impugnación de paternidad matrimonial que desarrollamos.

1.4.2. El derecho a la igualdad

Al respecto Gutiérrez y Sosa (2005) indican que: “la igualdad puede reconocerse como un principio o (...) un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo, como un derecho pasible de reclamación y protección individual” (p.48-49).

Sin embargo, para Mesia (2018) considera que la igualdad es un valor con carácter de esencial, es decir no le otorga la categoría de principio o derecho como indican los autores precitados, pues él señala que: “la igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en la aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la constitución recoge” (p.112). Pese a las discrepancias señaladas, que consideramos es una diferencia de términos, debemos desarrollar la igualdad como derecho y principio. Así tenemos:

a) Igualdad como derecho. -

En este aspecto, es la misma Const. P. quien lo regula en su art. 2 inc. 2 al señalar que toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

En este sentido, este derecho no es uno que se encuentre sujeto a una realización progresiva o dependa de la disponibilidad de recursos como sí lo son por decirlo los derechos sociales o culturales.

b) Igualdad como principio. -

Como se sabe, los principios constituyen las directrices que guiarán y servirán de base para un correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico. Consideramos en este sentido que, si nos remitimos a la jurisprudencia el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0261- 2003-AA/TC⁶ (fundamento jurídico 3.1) y Exp. N° 0018-2003-AI/ TC (fundamento jurídico 2), a la igualdad - principio se la concibe:

- (a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.
- (b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.
- (c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y,
- (d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.

Finalmente, somos de la idea que es correcto la forma de ver la igualdad como derecho y principio, en ese sentido la igualdad es un principio en tanto les da contenido a los demás derechos

⁶ Sentencia recuperada de: <http://bonosagrarios.pe/wp-content/uploads/2015/03/TC-Exp.-0261-2003-Sentencia-del-26-de-marzo-de-2003.pdf>.

humanos; y un derecho, pues merece amparo cuando exista una eminente vulneración. Así mismo, la igualdad implica un trato igual e idéntico por parte de los poderes públicos y también de las demás personas, evitando en todo momento discriminación de cualquier índole, de allí que este derecho tenga estrecha relación con la no discriminación tal cual se desprende del art. 2 inc. 2 de la Const. P.

TÍTULO II

Los principios en el ordenamiento jurídico y los principios que rigen la filiación

2.1. Los principios que rigen la filiación

En cuanto a los principios en general, Gutiérrez y Sosa nos enseñan que:

Los principios generales del Derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Se encuentran invariablemente en su estructura y en ocasiones expresadas en algunas normas positivas, incluso con rango constitucional. Permiten la creación y recreación del ordenamiento legal, su cabal aplicación y comprensión, y por supuesto tienen un especial papel en la integración del sistema. Son igualmente indispensables en la investigación científico-jurídica como en la aplicación práctica. (2005, p.50)

Dentro de los principios en estricto de la filiación, consideramos oportuno seguir lo señalado por el profesor Varsi (quien mejor ha tratado el tema) y lo que él desarrolla será complementado citando a otros autores, pues sobre ello radica los principales fundamentos para sostener por qué debe ampliarse la titularidad o legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad matrimonial.

Entonces, para Varsi (2013) son siete los principios del derecho a la filiación:

i) Protección especial al hijo (interés superior del niño), **ii)** Unidad de la filiación, **iii)** Cosa juzgada y procesos de filiación, **iv)** paternidad socioafectiva vs paternidad biológica, **v)** investigación de la paternidad, **vi)** medio de realización de la persona humana e **vii)** inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria. (p. 90)

Por su parte, la doctrina española considera tres principios rectores en materia de filiación, al señalar que: “en la regulación actual de la filiación se proyectan tres principios: el principio de igualdad de los hijos, el de la verdad biológica y el de la protección del interés del hijo” (Gregoraci, 2012, p.1610).

Ahora bien, de todos estos principios, solo desarrollaremos a continuación aquellos que consideramos apoyan nuestra tesis, estos son: **a)** el de protección especial al hijo (interés superior del niño), **b)** la unidad de filiación, **c)** el de la verdad biológica y **d)** la investigación de la paternidad, este último relacionado con la determinación de la filiación.

2.2. Protección especial al hijo (interés superior del niño)

a) Antecedentes

El principio de protección especial al hijo está relacionado directamente con el de interés superior del niño y este es el más relevante en materia de derechos del niño, reconocido ampliamente a nivel internacional y conocido en el derecho anglosajón con el nombre de “*best interests of the child*” o “*the welfare of the child*”, en el derecho hispano como “interés superior del niño”, y en el derecho francés como “*l'intérêt supérieur de l'enfant*”.

Ahora bien, si nos remitimos al ámbito legal su origen se encuentra en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y como fuente primaria está la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño

del 26 de diciembre de 1924 (aprobada por la Sociedad de las Naciones) el cual prescribió por primera vez los derechos del niño y estableció que la humanidad debe a los niños lo mejor que puede ofrecer, consagrándose un enunciado ya universal conocido como “los niños primero” o “lo mejor para los niños”. Posteriormente, en 1948 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde implícitamente incluía los derechos del niño al señalar que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Sin embargo, la manifestación más clara de protección de estos derechos es la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959, que estableció en su segundo principio: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Consideramos a este interés superior del niño como primordial en materia de derechos del niño, y es por ello que también se reguló en la Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989 en su art. 3.1 al establecer: “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”.

b) Concepto

El interés superior del niño como ya lo dijera doctrina autorizada es un concepto indeterminado y complejo de poder definirla, de allí que su aplicación dependa de cada caso concreto a resolver; y aun cuando la legislación antes descrita tampoco lo haya definido, nos sumamos al concepto que el profesor Plácido (2015) indica:

Es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material y de lo futuro sobre lo inmediato, atendiendo en lo posible sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles. (p.190)

En este sentido, podríamos decir que el niño bajo este principio es el sujeto a quien se busca proteger incluso en contra de los derechos de sus padres, y ello en tanto se lo concibe como un ser autónomo con sus propios derechos e intereses. Asimismo, el Tribunal Constitucional⁷ ha señalado que:

En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia

⁷EXP.N.º02079-2009-PHC/TC.LIMA. Fundamento N° 13: Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>

de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

c) El interés superior del niño en su triple dimensión

Cuando nos referimos al interés superior del niño, debemos verla desde su triple dimensión, esto es, considerándolo como un derecho sustantivo, un principio y una norma de procedimiento, tal como está prescrito en el art. 2 de la ley N° 30466, “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”, al prescribir que: “El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

En este sentido podemos señalar lo siguiente:

i) Es un derecho sustantivo

El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial al momento evaluar distintos intereses donde estén involucrados.

ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental

Cuando existe doble interpretación en una norma, se va a elegir la que otorgue mayor beneficio al interés superior del niño.

iii) Es una norma de procedimiento

Esta dimensión involucra que, en la toma de decisiones se deben evaluar los posibles aspectos negativos y positivos que puedan repercutir en el niño o niños cuando estén inmersos en el desarrollo de un proceso, brindando para ello las garantías procesales sin afectar el interés superior del niño.

2.3. La unidad de filiación y su relación con el derecho a la igualdad

Otro derecho que sin duda guarda relación con la filiación es el derecho a la igualdad regulado en el art. 2 inc. 2 de la Const. P. y en virtud del cual actualmente no debe existir desigualdad entre los hijos, pues mal se estaría haciendo al otorgarles derechos considerando su estatus de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio o incluso adoptivos, ya que con ello estaríamos volviendo a la arcaica clasificación de hijos legítimos e ilegítimos ya desterrado por la actual Const. P. en su art. 6 al prescribir que: “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes”. También en la Convención Americana de los Derechos Humanos⁸ cuando en su art.17 inc. 5 precisó que los Estados partes – como el Perú – se comprometen a que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁸ Aprobada por Decreto Ley N° 22231 de fecha 11 de julio de 1978.

Aunado al derecho de igualdad se encuentra el principio de no discriminación, el mismo que fue establecido en los arts. 2.1, 24.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así tenemos que el art. 2.1 dispone: “Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Por su parte el art. 24.1 señala: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”. Finalmente, el art. 26 señala: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Entonces, con el derecho a la igualdad ninguna persona es superior o inferior a otra en dignidad o derechos, así, cuenta con dos facetas: por un lado, obliga a corregir las desigualdades que se producen por

circunstancias de hecho y las causadas por situaciones naturales, y por el otro, eliminar todas las diferencias que involucran discriminaciones arbitrarias.

En este mismo orden de ideas, haciendo alusión al principio unidad de filiación se señala que: “surge (...) de la socialización de las relaciones jurídicas, el derecho de familia (...) se torna inclusivo, al darse cuenta que no se debe ser indiferente ante la diversidad de trato en los hijos. Este principio se relaciona con la igualdad y la dignidad” (Varsi 2013, p.90).

En consecuencia, es vital la existencia del principio unidad de la filiación y su relación evidente con el derecho a la igualdad para nuestra investigación, pues como señala Plácido (2003):

La inexistencia de discriminación de la filiación matrimonial y no matrimonial, en cuanto se relaciona con el derecho a conocer a los padres, vale decir a la propia identidad en las relaciones familiares, determina el reconocer que todo supuesto de hecho demostrable permite impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial. (p.61)

Es decir, basándonos en este principio y dada la existencia hoy en día de la prueba genética de ADN, cabe la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial y desvirtuar la presunción de paternidad regulada en el art. 361 del CC.

2.4. Derecho a conocer el propio origen biológico

Antes de desarrollar este acápite, cabe preguntarnos si en realidad podríamos hablar de un derecho a conocer el propio origen biológico. Al respecto consideramos que sí existe este derecho como tal y está ligado

al derecho constitucional a la identidad - ya desarrollados-, en el sentido de que si tiene derecho a conocer quiénes son sus padres y llevar sus apellidos para poder identificarse plenamente, consecuentemente lleva implícito el derecho a conocer su origen biológico.

A decir del profesor Varsi (2013) este derecho: “responde al interés superior del hombre a saber lo que fue antes que él, qué lo funda (...). Lo importante aquí es el derecho a conocer, el derecho a saber la propia génesis, para poder así desarrollarse a plenitud, sobre una base” (p. 108). Al respecto, somos del criterio que esa plenitud para desarrollarse no sería tal si solo nos basamos en una filiación otorgada por mandato legal, donde el hijo nacido dentro del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene como padre al marido; por el contrario consideramos que debe primar la investigación de la paternidad a fin de conocer nuestra verdadera filiación biológica, la cual puede darse actuando en proceso judicial la prueba genética de ADN con una certeza de 99.999 %.

En este mismo orden de ideas, nos permitimos señalar lo que el profesor Plácido (2015) considera el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos:

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 niño, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza (...). Cada niño 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– .(p. 246, 247)

Asimismo, buscando sustento legal en el marco internacional encontramos a la Convención sobre los Derechos del Niño el cual señala que el niño debe vivir en la medida de lo posible con sus padres (art. 7.1)⁹, y para ello el Estado debe promover o asegurar el derecho de los niños a tener vínculos con los padres en la medida que ello le otorga un sustento para la formación de su identidad, es decir, hay que otorgarle al niño el derecho a conocer la verdad sobre su origen biológico.

Por otro lado, cuando el art. 362 del CC prescribía¹⁰ que el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera; se advertía que la ley mostraba su inclinación por una relación matrimonial sobre la identidad filiatoria y biológica del menor, sin saber que con ello se da cabida a una vulneración de sus derechos fundamentales, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino a su libertad, igualdad, desarrollo personal y social. Además, se vulneraría el derecho a vivir con la familia biológica como lo ha reconocido tanto la Convención Americana en sus arts. 17 y 19 como la Convención de los Derechos del Niño en sus arts. 8, 9, 18 y 21 al señalar que todo niño y niña tiene derecho a vivir con su familia biológica.

De igual forma, si tenemos como horizonte la dignidad de todo ser humano como un valor superior a los demás, este derecho a conocer quiénes son

⁹ La convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, y en su art 7 inc. 1 prescribe: El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

¹⁰ Modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto 2018.

sus padres o a una identidad biológica también encuentra su sustento, pues como lo dijera la magistrada Soto (2016) a propósito de la identidad estática: “Dentro de los atributos estáticos, a través de los cuales se manifiesta la identidad, tenemos el derecho al nombre y el derecho a la verdad biológica” (p.222). En este sentido, atribuimos a la sociedad el rol de contribuir a que todo ser humano conozca su verdad biológica, su historia, pero sin dejar de lado que este derecho estaría supeditado al principio del interés superior del niño, es decir aquello más favorable para él.

En suma, uniéndonos a la opinión de Wong (2018) citando a Corral, señala que: “el principio de verdad biológica es valorado no solo como una expresión del principio de protección al hijo (*favor filii*) sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padre e hijos (p.205)”.

2.5. Investigación de la paternidad

Cuando hablamos de investigación o determinación de la paternidad estamos refiriéndonos al principio de la filiación que busca en estricto poder investigar cuál es el vínculo entre padre o madre con un hijo, sin tener en cuenta si estamos ante una filiación matrimonial, extramatrimonial o hijo adoptivo; de esta manera nos parece acertado lo señalado por Fama, al apuntar que:

La determinación de la filiación puede tener su origen en tres fuentes:

a) legal, cuando resulta establecida por la ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho,

- b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficiencia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito de hijo y
- c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida. (Citado en Varsi, 2013, p.87)

En igual sentido Reynoso y Zumaeta (2002), pero refiriéndose a las clases de filiación, señalan que la filiación puede ser de tres clases: “a) La filiación legítima (matrimonial), b) la filiación natural, ilegítima o extramatrimonial y c) la filiación adoptiva” (p. 729).

Asimismo, este principio se encuentra en relación con el derecho a la identidad y a conocer a ciencia cierta su origen biológico, así para determinar la paternidad debemos tener en cuenta si el hijo ha nacido dentro del matrimonio o fuera de él, pues de ser el primer supuesto será de aplicación la presunción *pater is est*, en tanto para el segundo supuesto –hijo extramatrimonial– la paternidad será determinada por sentencia que declare el vínculo filial o por reconocimiento expreso del progenitor. No obstante, no basta aplicar de manera arbitraria, si queremos decirlo así, la presunción *pater is est*, pues es necesario tener en cuenta dos hipótesis importantes que señala Cornejo, citado por Reynoso y Zumaeta (2002): “a) que el nacimiento se haya producido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de vencidos los trescientos siguientes a su disolución (...) y b) la que haya ocurrido antes de cumplirse ciento ochenta días de su celebración o después de trescientos de su desaparición” (p.737-738).

Respecto a las dos hipótesis planteadas por Cornejo es menester señalar que los 180 y 300 días son el mínimo y máximo plazo que puede durar

una gestación, por ende, la presunción *pater is est* tiene un límite de vigencia para su aplicación, *máxime* si dichos términos están regulados por los arts. 363 inc. 1) y 361 del CC respectivamente.

También es importante indicar que, al momento de investigar la paternidad, no se deje en desprotección los intereses que tenía el niño cuando se encontraba bajo el amparo de su padre por mandato legal, de allí que los encargados de velar por dichos intereses sea el poder judicial tal como se desprende del art. IX, TP del CNA.

En este sentido Wong señala: “Nuestros magistrados deben considerar pertinente disponer que el niño conozca su verdad biológica -no solo de quien no es su padre, sino lo más importante, de quien lo es realmente-, debiendo para ello requerir a la madre (...) informaciones al respecto” (p. 207).

TÍTULO III
FILIACIÓN MATRIMONIAL Y LA PRESUNCIÓN PATER IS EST EN EL
CÓDIGO CIVIL

3.1. Filiación matrimonial y sus presupuestos

La filiación matrimonial es una filiación determinada por ley, y ya en el derecho romano respecto de la maternidad se decía que era fácil establecerla, pero si traía complicaciones la de paternidad, por lo que se estableció trescientos días la duración más larga del embarazo y ciento ochenta la mínima, así nos lo reseña el profesor Petit al decir:

La filiación legítima respecto al padre, la paternidad era incierta, y se recurría a lo siguiente: presumiendo que el marido de la madre sea el padre. Esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el periodo de concepción. Para facilitar estas cuestiones el Derecho Romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta días. (p.108)

Dicha concepción romana no dista mucho de la época en la que estamos, pues desde el punto de vista del derecho civil que regula la filiación matrimonial (donde se centra la problemática) el art. 361 del CC¹¹ prescribe: “el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

¹¹ Modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto 2018.

En este orden de ideas, y en opinión que compartimos, el profesor Aguilar (2017) señala que: “Una aplicación estricta del artículo 361 del Código Civil puede llevarnos a situaciones injustas, por cuanto bajo esta presunción, pueden imputarse hijos a maridos que no se consideren padres de ellos, en razón de no haber cohabitado con la mujer en la época de la concepción” (p. 102).

Por otro lado, para que la filiación matrimonial pueda ser considerada como tal debe cumplir con ciertos presupuestos que la doctrina ha desarrollado, y de manera resumida señalamos:

a. Matrimonio de los progenitores

El casamiento de los padres es un requisito legal y formal, por lo que debe de tratarse de un matrimonio civil válido celebrado conforme a las prescripciones legales, ello en virtud de que no habrá filiación matrimonial si no se prueba el matrimonio de sus progenitores.

b. Concepción y nacimiento

Se hace referencia a que tanto la concepción como el nacimiento ocurran dentro del matrimonio, sin embargo, no siempre es así y ello genera diversos problemas. Al respecto nuestro CC adopta una posición ecléctica, estableciendo por un lado que la persona es sujeto de derecho desde su nacimiento, pero la vida humana comienza desde su concepción, de tal manera que el concebido será sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

c. Paternidad del cónyuge

Implica que el hijo fue engendrado por el marido de la mujer, estableciéndose así una relación paterno filial, siendo este uno de los más importantes presupuestos y decisivo si llegare a probarse definitivamente, situación que se podría dar a través de la prueba genética de ADN dado el avance de la ciencia.

d. Maternidad de la cónyuge

Significa que el hijo haya sido alumbrado por una mujer casada, será este presupuesto básico, según el cual los hijos matrimoniales están unidos a su madre por el vínculo de la maternidad que no es más que la condición y estado de madre de una mujer casada. (Peralta, 2002, p.351-357)

3.2. Efectos de la filiación matrimonial

De acuerdo a los tipos de filiación que ya hemos desarrollado, refiriéndonos a la filiación matrimonial sus efectos son los señalados por Reynoso y Zumaeta (2002) al decir:

Los hijos matrimoniales; llevan el nombre y apellido completo del padre y la madre respectivamente, tienen todos los derechos de ser alimentado, mantenidos y educados por sus padres, tiene derecho a recibir instrucción; gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad (...) y sobre todo tiene derecho de sucesión y por lo tanto está sujeta a todas las obligaciones que lleva consigo ese estado de hijo matrimonial (...). (p.732)

Sin embargo, aun cuando ya se desterró las diferencias que existían entre hijos, en los efectos mantienen sus diferencias, pues en un hijo

extramatrimonial, solo por citar un ejemplo, el nombre del padre lo llevará recién una vez que lo haya reconocido o sea declarado como tal por una sentencia judicial.

3.3. Las presunciones y su naturaleza jurídica

Cuando no referimos a la presunción¹², hacemos alusión a una suposición o conjetura creados en la mente respecto a hechos que están corroborados por ciertos indicios que nos van a permitir llegar a una conclusión válida o inválida. En este sentido tenemos las ya conocidas presunciones legales absolutas (*iuris et de iure*) y las relativas (*iuris tantum*); así, respecto a la primera debemos entenderla como aquella que no puede ser cuestionada por medio alguno, es decir ya está sentando como verdad absoluta; en cambio, la segunda presunción sí admite la posibilidad de ser cuestionada.

Sin perjuicio de lo señalado, refirámonos a la naturaleza jurídica de las presunciones, así parafraseando al profesor Hurtado Reyes, la doctrina no es unánime al respecto, pues algunos consideran a las presunciones *iuris tantum* como medios de prueba, en esta línea cita a Guasp, y para otros – la mayoría – consideran que no son medios de prueba, citando entre otros, a Couture y Echandía.

¹² Respecto a la presunción, y aun cuando poco se haya tratado al respecto en el Derecho Canónico, si nos remitimos al canon 1584 del Código Canónico, podemos advertir la existencia de presunciones legales y judiciales, y ello se desprende al regular que: “la presunción es una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez”.

Ahora bien, Hurtado (2009) señala que: “La presunción no es un medio de prueba, es solo una forma de razonamiento que le sirve al juez para la valoración del material probatorio (...). Las presunciones le sirven al juez de guías para la valoración de la prueba” (p.642).

Sin embargo, consideramos que la naturaleza jurídica asignada por el autor en la parte final de todo su desarrollo, está más referida a una presunción judicial donde sí interviene la actividad del juez, pero no debemos perder de vista que existen presunciones legales –como lo señalamos – donde es el legislador quien asume como cierto determinados hechos y el juez no tiene más que darle cumplimiento.

Sí compartimos en parte la opinión del autor en el extremo que: “las presunciones coadyuvan a proporcionar estabilidad a una serie de relaciones que se presentan en el contexto social: relaciones de orden sociales, familiar, patrimonial, etc., en las cuales una investigación prolija sobre determinado hecho puede resultar inútil, engorroso, difícil.” (Hurtado, 2009, p.645); decimos en parte pues centrándonos en la investigación de filiación donde prima el aspecto biológico, teniendo a la prueba genética de ADN, no podríamos considerar que esta investigación pueda resultar inútil o engorroso.

3.4. La presunción de paternidad o *pater is est*, las teorías que lo sustentan y sus requisitos

A la presunción de paternidad la podemos definir como una presunción legal de carácter relativa mediante la cual se le asigna la paternidad a determinado varón por mandato de la ley, la misma que tiene carácter

imperativo y no puede modificarse por las partes, salvo realizando las acciones legales como la impugnación de paternidad. Esta presunción es de carácter legal y relativo de acuerdo al art. 361 del CC, así como también se desprende de lo que señala Gregoraci (2012) al decir:

Se trata pues de un criterio legal de determinación de paternidad marital con una doble eficacia: tiene una eficacia positiva, pues determina de forma automática la filiación paterna; y tiene también una eficacia negativa, ya que impide la determinación de otra filiación paterna contradictoria e impide calificar como no matrimonial la filiación. (p.1638)

No obstante, no podemos hablar de impedimento de paternidad – eficacia negativa para la autora – pues debemos dejar en claro que este tipo de presunción legal es de carácter relativa o *iuris tantum*, y es allí que para determinar la verdadera paternidad biológica entra a colación la actuación de la prueba genética de ADN, más aún si la investigación de paternidad es un principio propio de la filiación.

Sí nos parece interesante que la autora haciendo un análisis de la filiación en la doctrina española agregue: “la presunción de paternidad del marido de la madre está basada, a su vez, en dos presunciones la de convivencia conyugal y la de concepción” (Gregoraci, 2012, p.1638), pero, dichas presunciones las consideramos de tipo *iuris tantum*, ello porque la simple convivencia conyugal no puede ser determinante para aplicar la presunción *pater is est*, pues como planteáramos en nuestra problemática, la cónyuge o mujer casada (pese a vivir con su cónyuge) pudo haber mantenido relaciones sexuales con un tercero con quien dieron nacimiento al menor, y por ende no se le puede atribuir como su padre al marido.

En este orden de ideas, la magistrada Soto Bardales (2016) se ha referido a la invalidez de la presunción ante pruebas científicas, así señala:

Los avances científicos y tecnológicos cuya aplicación a la fecha van dejando atrás las presunciones para dar paso a las pericias científicas, las cuales determinan la producción de un hecho por lo que de existir estas, se debe aprovechar la información certera que brindan dejando atrás las anacrónicas presunciones que dan por cierto un hecho que en la realidad puede no haber sucedido (...) más aún si la actividad judicial tiene por primer objetivo la afirmación de la verdad, presupuesto esencial para la recta aplicación de la ley.(p. 220-221)

Por otro lado, en cuanto a las teorías que a nuestro criterio en su momento sirvieron para sustentar la presunción *pater is est*, señalamos, en cita resumen, las que refiere el profesor Plácido (2003):

a) Teoría de la accesión:

Según esta teoría la presunción de paternidad del marido se sustenta en la propiedad que el marido ejercer sobre su esposa, siendo que los frutos que de ella provengan como los hijos, por ser accesorios también serían del dominio del esposo.

b) Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa:

Se basa en que la esposa es fiel al marido.

c) Teoría de la cohabitación exclusiva:

Se fundamenta en el deber de cohabitación de ambos cónyuges y las relaciones sexuales que mantuvieran son exclusivas entre ellos.

d) Teoría de la vigilancia del marido:

Relacionada en cuanto a que, si el esposo ejerce adecuadamente la potestad marital, le está encomendada legalmente la vigilancia de la

conducta de su esposa, y por tanto el hijo que ella alumbrase debe atribuírsele.

e) Teoría de la “admisión anticipada” del hijo por el marido:

A decir de esta teoría el marido admite anticipadamente como suyos los hijos que alumbrare su esposa en lo sucesivo.

f) Teoría conceptualista o formalista que considera a la presunción de paternidad como una resultante del título de estado:

En virtud de ello basta con la partida de nacimiento del hijo en la que consta el hecho del nacimiento y la maternidad. (p. 104-106)

Respecto a dichas teorías, analizadas en su conjunto resulta cierto que el matrimonio es el fundamento de la familia y de allí surgen los deberes de cohabitación y fidelidad; sin embargo, con ello no se puede restringir el derecho de sus demás miembros, más aún cuando con esas teorías es evidente el poderío que se otorga al marido, hecho inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho donde prima el derecho a la igualdad entre varón y mujer.

En cuanto a los requisitos que debe cumplir en estricto la presunción *pater is est*, consideramos se desprenden de la misma norma contenida en el art. 361 del CC, y para mayor ilustración citamos los que señala Plácido (2003): “a) Filiación materna o maternidad acreditada, b) matrimonio entre la madre y el marido a quien se le atribuye la paternidad, c) Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurrido trescientos días de su disolución” (p.108).

TÍTULO IV
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA IMPUGNACIÓN DEL
RECONOCIMIENTO

4.1. La filiación extramatrimonial

Respecto a este tipo de filiación, la consideramos como el vínculo entre padres e hijos que nace producto de una relación fuera del matrimonio, de ahí que también hablemos de hijos extramatrimoniales.

4.2. El reconocimiento y sus características

El reconocimiento es un acto jurídico mediante el cual el padre biológico declara y admite que producto de las relaciones sexuales mantenidas con una mujer ha procreado un hijo a quien reconoce como suyo.

Dentro de las características del reconocimiento, señalamos en cita resumen las que considera Gregoraci (2012), siendo las siguientes:

- a) Es un acto unilateral**, al estar integrado por una sola declaración de voluntad, la de reconocimiento.
- b) Es un acto personalísimo**, por lo que no cabe su ejercicio por herederos, ni por los acreedores, ni mediante representación.
- c) Es irrevocable**, por cuanto el acto obedece a exigencias de seguridad del estado civil de las personas.
- d) Es un acto puro**, en tanto cualquier condición o sometimiento a término se tendrá por no puesto. (p.1644-1645)

4.3. La legitimidad para obrar activa en la impugnación de reconocimiento

Cuando nos referimos a la impugnación de reconocimiento, doctrinariamente se señala lo siguiente:

La impugnación puede basarse en razones que se refieren al fondo mismo del reconocimiento, esto es a la verdad o falsedad de la relación paterno-filial, o en causales que aluden a los elementos esenciales del acto jurídico (agente, objeto, forma), pero en cualquier caso supone debate y prueba. (Reynoso y Zumaeta 2002, p. 785)

Ahora bien en cuanto a los sujetos legitimados para impugnar el reconocimiento del hijo que ha nacido fuera del matrimonio, el art. 399 del CC prescribe: “El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”; es decir, claramente el CC en mención le otorga legitimidad, entre otros sujetos, al hijo extramatrimonial y es más ello se ve afianzado con lo dispuesto en el art. 401 donde establece que si es menor de edad podrá interponer dicha acción dentro del año siguiente al que alcance la mayoría de edad, y si es incapaz cuando esta haya cesado.

Cuando el CC indica que también pueden cuestionar el reconocimiento “quienes tengan interés legítimo”, es necesario señalar que al dejar abierta una amplia legitimidad en este tipo de filiación se podría vulnerar la protección integral de los niños, niñas o adolescentes; así y a manera

de ejemplo citamos en resumen el comentario realizado por Pérez de Castro (2018) a la Casación N° 2340-2015- Moquegua, al señalar:

Un medio hermano, argumentando el legítimo interés establecido en el artículo 399 del Código Civil, impugna la paternidad de un hijo concebido por su padre fuera del matrimonio. Sustenta su legítimo interés en la afectación económica, disminución de la parte de su herencia, así como otras cargas (...) alega además que su progenitor tenía 56 años, que en opinión del impugnante, es muy avanzada e impide procrear niños. (p.222)

El mismo autor nos señala que las sentencias de primera y segunda instancia declaran fundada la demanda, argumentando principalmente:

- 1) La negativa de la madre de la niña a que se practique la prueba biológica.
- 2) El derecho a la identidad de la niña, ya que no debe ostentar una filiación que no corresponde con la verdad biológica.
- 3) La falta de posesión de estado de filiación no matrimonial entre padre e la niña. (p.222)

Sin embargo, cuando se interpone el recurso extraordinario de casación, la Corte Suprema casa la sentencia y declara infundada la demanda de impugnación de paternidad, y llega –refiere el autor– a esta conclusión razonando lo siguiente:

- 1) La negativa a la prueba biológica no puede ser considerada como prueba absoluta que acredite la falta de paternidad no matrimonial de la menor.
- 2) Que el derecho a la identidad debe interpretarse siempre en función del principio de interés superior del niño.
- 3) En la existencia de posesión de estado entre el padre y la niña, sobre todo cuando el primero no había impugnado su paternidad. (p.223)

TÍTULO V

LAS ACCIONES DE FILIACIÓN MATRIMONIAL: IMPUGNACIÓN Y NEGACIÓN DE PATERNIDAD

5.1. Las acciones de filiación y sus características

A fin de determinar o investigar la filiación debemos valernos de ciertas acciones, que, pese a estar plasmado en el CC tienen un carácter eminentemente procesal, estos son la acción de impugnación y negación de paternidad matrimonial. Para Belluscio (2002) estas acciones de filiación se vinculan con las acciones de estado de familia que: “tienen por finalidad lograr un título de estado de familia del cual se carece (...), aniquilar un título de estado falso o inválido o bien crear un estado de familia nuevo o modificar el estado de familia de que se goza” (p.59).

Ahora bien, las características señaladas por este mismo autor argentino consideramos que se asemejan a nuestra legislación, y en cita resumen señalamos las siguientes:

a. Inalienabilidad

Puesto que las acciones de estado de familia importan el ejercicio de derechos no patrimoniales derivados de tal estado, y esos derechos son inalienables, también dichas acciones son inalienables, es decir, no pueden ser cedidas.

b. Irrenunciabilidad

Las acciones de estado de familia también son, en principio, irrenunciables, puesto que lo es el estado mismo;

c. Inherencia personal

Del mismo modo que el estado de familia en sí es inherente a la persona, también lo son las acciones de estado de familia; pero los efectos de la inherencia personal sufren algunas limitaciones, ya que, si bien en principio las acciones de estado de familia no son transmisibles por vía sucesoria, en determinados casos la ley otorga expresa o implícitamente su ejercicio a los herederos. (p. 66-70)

A su turno la doctrina salvadoreña con Calderón de Buitrago et al (1995) señala que las características de la acción de filiación son:

- a) **Imprescriptible**, pues ello resulta obvio y justo por la naturaleza del estado de familia y el sustrato biológico, y
- b) **Irrenunciable e indelegable**, y ello por la lógica consecuencia de los cambios del concepto de persona humana, la socialización del derecho de familia y por su publicitación. (p. 491)

Esta última doctrina añade una característica importante que es la imprescriptibilidad, la cual nace incluso de la propia naturaleza del estado; sin embargo, es distinta a la caducidad que sí está presente en estas acciones de filiación, y como ejemplo tenemos el caso de la acción contestatoria en la filiación matrimonial, donde el art. 364 del CC prescribe que : “la acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”. Otro ejemplo es la impugnación del reconocimiento en la filiación extramatrimonial, donde el art. 400 del CC señala: “el plazo para

negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto”.

No obstante, en cuanto a este tema de caducidad el Tribunal Constitucional se ha encargado de ir señalando que los plazos no deben ser aplicados rigurosamente cuando está de por medio el derecho fundamental a la identidad del menor y su interés superior.

5.2. La posesión de estado en las acciones de impugnación

Respecto a la posesión de estado, el profesor Plácido (2018) señala que: “es el goce de hecho de determinado estado de familia. En este sentido, la posesión de estado de filiación se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez ser los padres” (p.270).

Por su parte, Pérez de Castro (2018) nos señala lo relevante de esta posesión de estado en los temas de filiación, así indica:

Se regulan de manera diferente las acciones de la reclamación e impugnación de la filiación, según exista posesión de estado. En general:

- a) Se tiende a facilitar la determinación de la filiación vivida y se *favorece* el ataque del vínculo filial no respaldado por la posesión de estado. En este supuesto, se aumentan los supuestos (círculo de legitimados, duración de la acción) en los cuales es posible la impugnación de la filiación.
- b) En sentido contrario, los ordenamientos tienden a *obstaculizar* la reclamación de la filiación no corroborada por una constante posesión de estado y evitar la impugnación de la filiación legal que es estable. (p.242)

En este sentido, la posesión de estado es de suma importancia al momento de interponer las acciones de impugnación de paternidad y los magistrados al resolver un caso en concreto deben tenerlo en cuenta, ya que si el hijo pese a estar amparado por la presunción *pater is est* mantiene y se comporta como hijo de quien es su padre biológico, la acción que este plantee debe ser favorable.

5.3. La impugnación de paternidad matrimonial y su similitud o diferencia con la negación de paternidad

Consideramos que desde la regulación en nuestro CC se confunde las instituciones jurídicas de impugnación y negación de paternidad matrimonial, y aun cuando ambas busquen discutir un estado de familia asignado al hijo matrimonial, doctrinariamente Del Aguila (2015) ha señalado que:

En el supuesto de impugnación de paternidad, se hace referencia a aquella acción mediante la cual aquel tercero interesado, que considera que una filiación que surgió por actos concretos realizados por el presunto padre (...) en realidad no existe desde el punto de vista biológico, por lo que la ley no debería amparar una situación irregular. (p.49)

Ahora bien, en cuanto a la acción de negación de paternidad, el mismo autor indica que: “es promovida por aquel marido que al observar que su cónyuge se encuentra embarazado [a] a pesar de no haber tenido relaciones sexuales con ella, pretende señalar que ese niño que va a nacer en realidad no es hijo suyo” (Del Aguila, 2005, p. 49).

Siguiendo este mismo orden de ideas Reynoso y Zumaeta (2002), respecto a ambas acciones refieren:

La negación o desconocimiento de la paternidad, se da cuando el hijo tenido por la mujer casada no está amparado por la presunción *pater is est*, de modo que el marido solo se limita a negar que el hijo no es suyo. En cambio, la acción de impugnación de paternidad corresponde al marido (que no considera al hijo como suyo) cuando el hijo tenido por su cónyuge está amparado por la presunción *pater is est*. (p.740)

Sin embargo, podemos decir que estos últimos autores no logran tener consenso en cuanto a qué debemos entender por impugnación de paternidad, y ello en tanto tienen una concepción cerrada de esta institución jurídica al remitirse estrictamente a lo regulado en nuestro CC, el cual solo otorga legitimidad para obrar al marido.

Por su parte Bustamante (2010) señala una diferencia entre la negación e impugnación de paternidad matrimonial; así, ella refiere:

Por la primera, se trata de los casos en que el hijo tenido por su cónyuge no se encuentra amparado por la presunción *pater is est* y el marido niega a ese hijo; en cambio, en la impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa está amparado por la referida presunción *pater is est*, él considera que no es su hijo. (p. 471)

Desde el punto de vista legal, que se une a las diferencias doctrinarias referidas, la negación de paternidad tiene determinados supuestos para su concreta aplicación y por ello el CC en su art. 363 señala:

“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los

- primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
 5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

En suma, aun cuando existan diferencias doctrinales respecto a ambas acciones de filiación consideramos que la negación es una impugnación simple, pues no reviste mayor inconveniente en tanto debe cumplirse con los supuestos señalados en el art. 363 del CC; en cambio la impugnación propiamente dicha es más compleja y rigurosa ya que busca desvirtuar una presunción legal.

Siguiendo este orden de ideas, es resaltante y compartimos lo que señala el profesor Aguilar (2017) cuando dice: “sin desconocer las diferencias doctrinales, para los efectos de negar el estado de familia matrimonial, nuestros legisladores indistintamente usan la impugnación o negación de la paternidad” (p.105); y es que principalmente con estas acciones debe buscarse hacer prevalecer la investigación del verdadero vínculo del hijo con su padre biológico.

5.4. La legitimidad para obrar activa en la impugnación de paternidad matrimonial

Es en el derecho sustantivo (plasmado en el CC) donde encontramos a los titulares de derechos que otorga nuestro sistema jurídico al

concederles legitimidad para obrar en determinados procesos judiciales para salvaguarda de sus derechos, por lo que dicha legitimidad de acuerdo a lo prescrito en el art. IV, TP del CPC¹³ es una de las condiciones de la acción junto al interés para obrar.

Definiendo la legitimidad para obrar, la entendemos como aquella facultad otorgada por la ley a una persona natural para afirmar ser titular de un derecho y por ende facultarle poder reclamar de otro que lo respete; así mismo constituye el primer filtro de todo proceso y sin la cual la demanda no sería procedente. A manera de ejemplo, está el de la madre que demanda alimentos en calidad de cónyuge, porque este derecho se desprende del deber de asistencia entre cónyuges (art. 474 inc. 1 y 2 del CC).

No obstante, la doctrina nos enseña que no siempre la legitimidad para obrar es el primer filtro procesal, pues el profesor Hurtado (2009) refiere:

Hay situaciones en las que el demandante afirma se titular de determinado derecho, el cual no se puede controlar al inicio del proceso, dejándolo para un control posterior al ejercicio del contradictorio, incluyendo el momento de emitir sentencia, en este último caso cuando, ya se cuenta con la versión de los hechos referido por ambas partes. (p. 275)

Bajo esta interesante perspectiva del citado autor, si nos remitimos a lo prescrito por el art. 367 del CC la legitimidad para obrar activa en la impugnación de la paternidad matrimonial está dada solo al marido,¹⁴

¹³ En cuanto a la legitimidad para obrar el art. IV del TP del CPC prescribe en su primer párrafo que: El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar.

¹⁴ El art. 367 del CC prescribe que: La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364°, y, en todo caso, continuar el juicio si aquel lo hubiese iniciado.

dejando de lado otros sujetos también legitimados, situación de hecho que no debe permitir nuestro ordenamiento, pues pueden estar legitimados o ser titulares en esta acción el padre biológico y la mujer casada, más aún si como bien señala el profesor Hurtado se podría controlar dicha legitimidad en la sentencia final.

En esta línea, respecto a la legitimidad para obrar de la mujer casada el profesor Aguilar (2017) señala que:

Consideramos que la acción para negar la paternidad matrimonial que se condice con la realidad biológica debería estar abierta no solo al marido, sino igualmente a la mujer casada e incluso a terceros con legítimo interés para actuar, todo ello en función de proteger un derecho fundamental como es la identidad, además del interés superior del niño y adolescente. (p. 112)

En cuanto a esa función de proteger el derecho fundamental a la identidad que señala el autor, la Corte Suprema en la Casación N°. 2726-2012/Santa (que adjuntamos en el ANEXO B) se ha pronunciado al momento de aplicar el control difuso de determinados arts. del CC como el 404 (derogado por Decreto Legislativo N° 1377 de fecha 24 de agosto de 2018) y el principio del interés superior del niño. Así, señala:

Resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C. (fundamento décimo cuarto)

Por otro lado, en cuanto a la legitimidad para obrar del padre biológico, es menester tener en cuenta lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Kroon y otro vs. Países Bajos¹⁵ al sostener 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. El “respeto a la vida familiar” requiere que la realidad social y biológica prevalezca sobre la presunción legal.

Asimismo, respecto a la legitimidad para obrar del hijo, nos permitimos citar lo que el profesor Plácido (2003) señala:

Dada la letra del artículo 367 del Código Civil, se comprueba que la legitimación activa de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no está expresamente referida a hijo; sin embargo, el mismo precepto legal no se lo prohíbe, por lo que la promoción de la acción del hijo no implica un actuar contrario a la ley. De otro lado es evidente el legítimo interés moral del hijo en establecer la verdad de su filiación. (p.324)

Es decir, el autor nos remite al art. 2, numeral 24 literal a) de la Const. P. el cual prescribe: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Finalmente, es importante tener en cuenta la opinión de Pérez de Castro (2018) al indicar que: “cuando la filiación está determinada legalmente y *corroborada por la posesión de estado*, se debe favorecer este vínculo mediante la limitación de las personas legitimadas para combatirla. Podrían reducirse al padre, madre o al hijo” (p. 243); y ello es así, por

¹⁵ European Court of Human Rights. Case of Kroon and others vs The Netherland (Application N° 18535/91) 27/10/94. Recuperado de: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-57904\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

cuanto no pretendemos que se amplíe la legitimidad para obrar a cualquier persona sin límites, ni mucho menos dejando de lado el principio del interés superior del niño.

5.5. La prueba genética de ADN como medio probatorio para determinar la filiación, y sus antecedentes

La prueba genética del ADN es definida como: “una técnica casi segura en la determinación de la paternidad, la que se sustenta en el análisis de los marcadores genéticos, (...) conformados por cromosomas, el ácido desoxirribonucleico y los genes dirigirán la formación y el orden de estas características del nuevo ser a partir de la fecundación”. (Reynoso y Zumaeta. 2002, p.825); entonces, podemos decir que se acredita certeramente la relación del padre biológico con el hijo.

Respecto a sus antecedentes se tiene que:

La ciencia de la genética se inició con el trabajo de Gregor Mendel, cuyo objetivo era aparear o cruzar plantas de guisantes con diferentes características hereditarias y determinar el patrón de transmisión de dichas características a los descendientes, sin embargo a pesar de que Mendel suministro datos convincentes de que los rasgos hereditarios eran controlados por factores discretos o genes, en sus estudios no se preocupó en absoluto de la naturaleza física de estos elementos o su localización dentro del organismo. (Alvarado, 2010)

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de la prueba genética de ADN, Varsi (2014) señala que: “ha habido una gran discusión respecto a este tema, se ha alegado por un lado, su característica pericial *sui generis* y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica del cual goza” (p.3),

y ello es así, pues ofrecerlo en los procesos judiciales de filiación no es igual como presentar documentos u ofrecer declaraciones de testigos o de parte, pues para aquello se necesita de peritos en el campo de la genética. Así mismo, conforme prescribe el art. 262 del CPC este debe ser llevada mediante una pericia científica, por lo que se encontraría dentro de uno de los medios probatorios típicos regulados en el art. 192 inc.4 del mismo cuerpo normativo.

En este sentido, la prueba genética como medio probatorio va a acreditar los hechos expuestos que sustentan la pretensión planteada ante el órgano jurisdiccional, y del cual se busca que resuelva un conflicto de intereses o elimine una incertidumbre jurídica teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 196 del CPC¹⁶.

Doctrinariamente en cuanto a la finalidad de la prueba, el español Ferrer (como se citó en Martel Chang, 2015, p.46) ha identificado tres tesis: “La prueba como fijación de los hechos, prueba como convicción de juez acerca de los hechos y la prueba como certeza del juez acerca de los hechos”. De estas tesis –como señala el citado autor – es la prueba como convicción del juez acerca de los hechos por la que la mayoría de la doctrina se inclina, no siendo ajeno a ella nuestro sistema jurídico procesal civil.

¹⁶ Art. 196 del CPC prescribe que: Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Ahora bien, centrándonos en la filiación, para acreditar el vínculo filial existen las pruebas presuntivas mediante las cuales el hijo tiene como padre al marido de su madre (un claro ejemplo es lo regulado por el art. 361 del CC), también tenemos la prueba instrumental que consiste en la partida de nacimiento del hijo y la de matrimonio de sus padres. Finalmente, una muy importante (materia de nuestro análisis) es la prueba genética del ADN, con la cual la paternidad y maternidad se vuelven menos discutibles.

En este sentido el CPC no nos limita en cuanto a usar los medios probatorios que consideremos convenientes, siempre y cuando se cumplan con requisitos básicos para su admisión, pues lo que se busca es crear convicción en el juzgador como bien lo ha señalado Hurtado (2009) al decir: “la prueba busca lograr la convicción del Juez admitiendo las posturas de la parte que logró convencerlo y además busca determinar los hechos (fija los hechos expuestos)” (p. 541), posición similar a la tesis planteada por Jordi Ferrer.

Así, la prueba genética de ADN es un medio probatorio fehaciente para resolver los conflictos relacionados con la filiación dado que su grado de certeza es de un 99.999%, y ya con la dación de la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”¹⁷ se reconoce al examen de ADN como un instrumento para identificar el vínculo de filiación biológico. Tal es su relevancia que

¹⁷ Ley promulgada con fecha 8 de enero del 2015.

también estableció, que el único medio de prueba cuando el demandado formule oposición al mandato declarativo de paternidad es obligarse a someterse a dicha prueba; en consecuencia, es un medio de prueba sumamente importante para el derecho y la sociedad, sin embargo, no concebimos por qué solo es aplicable en los supuestos de filiación extramatrimonial y no así en una de carácter matrimonial.

No obstante, aun cuando la prueba genética de ADN según la ley anotada es utilizada para determinar la paternidad de un hijo extramatrimonial, y su aplicación se prohibía para un hijo matrimonial conforme al art. 402 inc. 6 del CC¹⁸, es necesario tener en cuenta lo que hemos desarrollado ampliamente sobre el derecho constitucional a la identidad, y lo que Aguilar (2017) refiere:

El presente inciso no es aplicable respecto al hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad, y ello debido a nuestro sistema de presunciones legales en la filiación matrimonial, sin embargo, en defensa del derecho a la identidad termina implicándose este párrafo de la ley. (p.185)

En este orden de ideas, la jurisprudencia también se ha pronunciado, tenemos por ejemplo la Casación N°. 4307-2007/Loreto¹⁹ en donde se precisó que:

(...) desde la vigencia de la Ley 28457 que agregó al artículo 402 del Código Civil, como sustento de la declaración de filiación extramatrimonial, las pruebas de identidad genética,

¹⁸ Art. 402 inc. 6: La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza (modificado por el art. 2 del Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 de agosto 2018).

Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad (...).

¹⁹ Casación N°. 4307-2007/Loreto, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 02.12.2008

particularmente la denominada del ADN, ha modificado fundamentalmente el concepto jurídico de la investigación y reconocimiento de la paternidad lo que inclusive ha afectado la presunción “pater is” sustento del artículo 361, pues esta prueba, por su rigor científico y alto grado de certeza, permite establecer la relación de paternidad, dejando ya sin vigencia el antiguo aforismo “mater certus, pater Samper incertus”, y hoy en día, el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie (...).

Asimismo, también en la Casación N° 2026- 2006/Lima²⁰ se precisó que “la prueba del Ácido Desoxirribonucleico – ADN (...) es la prueba genética más exacta y eficaz disponible para determinar relaciones familiares, puesto que se basa en el Acido Desoxirribonucleico – ADN, que no es sino el componente principal del material genético, contenido de cada célula de todo organismo”. Y, por último, cabe hacer mención al Pleno Jurisdiccional de Familia de 1997²¹ donde en su acuerdo 11 precisó:

(...) por consenso que sí es procedente ordenar la prueba de ADN en los procesos de declaración de paternidad; sin embargo, no debe exigirse su cumplimiento contra la voluntad de llamado a someterse a dicha prueba, pues ello atentaría contra su libertad individual. En los casos de negarse la parte, esta conducta será apreciada por el juez, pudiendo extraer conclusiones negativas para el que se opuso, de conformidad con el artículo 282 del CPC.

²⁰ Casación N°. 2026-2006/Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 02.07.2007.

²¹ Pleno jurisdiccional nacional de familia 1997, recuperado de: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/Pleno_Jur_Nac_1997.pdf

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo, y ya habiendo desarrollado el marco teórico respecto a la problemática que nos planteáramos, vamos a centrarnos en contrastar nuestra hipótesis explicando los fundamentos que justifican ampliar la legitimidad para obrar activa en la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial a otros sujetos distintos del marido, tales como la mujer casada, el padre biológico y el hijo “matrimonial”; y de esta manera hacer prevalecer, entre otros, el derecho fundamental a la identidad con su estrecha vinculación al derecho del menor a conocer su origen biológico.

3.1. El derecho a la identidad biológica del menor como parte del derecho constitucional a la identidad.

La filiación es entendida como la relación o vínculo entre la madre o el padre con el hijo, para lo cual consideramos que no influye si es una relación de carácter matrimonial o extramatrimonial y, si bien desde el punto de vista de la Const. P. la filiación no se encuentra regulado como un derecho autónomo, no obstante, forma parte del derecho constitucional a la identidad como ya lo señalará el profesor Aguilar (2017, p.97).

En consecuencia, este derecho al ser uno de carácter fundamental y que le corresponde a una persona por su condición de tal para su pleno desarrollo, la ausencia de regulación no impide su protección en el actual Estado Constitucional de Derecho que se caracteriza por ser garantista, más aún cuando este derecho así como otros gira en torno a un derecho

clave en nuestra Const. P., esto es la dignidad de la persona regulada en el art. 1 al señalar: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El derecho a la identidad, legalmente se encuentra reconocido en el art. 2 inc.1 de la Const. P. al señalar: “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”; y en normas internacionales como el art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño en virtud del cual una persona tiene derecho a que se le conozca como es y a gozar de un estado de familia de acuerdo al rasgo biológico.

Por su parte, la doctrina ha señalado que tiene un aspecto dinámico y estático, y aun cuando son dos caras de la misma moneda, es dentro del aspecto estático donde se encuentra los rasgos de una persona difíciles de variar, tales como los datos biológicos o genéticos que al tener la característica de ser hereditarios es factible con el avance de la genética (mediante la prueba de ADN) poder determinar fehacientemente el vínculo entre padre biológico e hijo, encontrando de esta manera la verdadera identidad de este último.

Ahora bien, refiriéndonos al derecho a la identidad biológica, de acuerdo a lo desarrollado en el marco de la investigación, está contenido dentro del derecho constitucional a la identidad tal como lo indicó el profesor Chanamé Orbe (2014, p.619) al decir que el derecho a la identidad implica el derecho al conocimiento de la identidad biológica y por su parte Varsi (2013, p. 108)

al indicar que el hombre tiene el derecho a saber su propia génesis. Y, si bien este derecho al igual que la filiación tampoco está prescrito en la Const. P., al ser parte del derecho constitucional a la identidad también es primordial su determinación en los procesos judiciales de filiación (matrimonial o extramatrimonial) donde precisamente se busca establecer el vínculo filial de dos personas, en estricto padre e hijo, *máxime* si el CNA en su art. 6 hace una clara alusión al derecho a la identidad y a la identidad biológica al prescribir: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres y llevar sus apellidos** (..)”, además el art. 8 del mismo cuerpo normativo señala que: “El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia”.

Asimismo, cuando el profesor Aguilar (2017, p. 97), señala que la filiación es un derecho inmerso dentro del derecho constitucional a la identidad, y no solo se limita al nombre y a que los demás le reconozcan a uno mismo como tal, sino también el derecho del menor de conocer a sus padres; evidenciamos la referencia que se hace al derecho a la identidad y a conocer su identidad biológica.

Este derecho a la identidad biológica no es ajena al hijo nacido dentro del matrimonio y a fin de poder investigar o desvirtuar su paternidad otorgada por ley, nos valemos de las acciones de estado de familia como la impugnación de paternidad, cuya acción según Bustamante Oyague (2010, p. 471), le corresponde al marido que aun cuando el hijo está amparado por la presunción *pater is est*, él considera que no es suyo, presunción

prescrita por el art. 361 del CC al señalar: “el hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”, sin embargo con el Decreto Legislativo N° 1377 de fecha 24 de agosto del año 2018 se le ha agregado: “salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

En tal sentido, dicha modificatoria también apoya nuestra posición de otorgarle legitimidad para obrar a la madre en la impugnación de paternidad matrimonial, para que sea ella quien con base en el derecho constitucional a la identidad biológica permita al menor conocer a su padre biológico, pues su sola declaración expresa determina que la presunción *pater is est* es de carácter relativa. No obstante, dicho dispositivo debe ser interpretado sistemáticamente con el art. 367 del CC, que sigue otorgando legitimidad o titularidad solo al marido en la impugnación de paternidad, restringiendo su ampliación a otros sujetos de derecho.

El derecho constitucional a la identidad como un derecho que contiene al de la identidad biológica, también prevalece sobre la presunción *pater is est* y así ha sido resaltada en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, donde en el cuarto fundamento de la Casación N° 2726- 2012- Del Santa (ver ANEXO B) claramente indica que la presunción de paternidad es una regla de carácter imperativo, y el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho

fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger.

Por otro lado, y teniendo como horizonte el derecho a la identidad biológica del menor, este puede ser demostrada a través de la prueba genética de ADN la cual como medio probatorio prevalecerá cuando el CC exija que para el reconocimiento de un hijo nacido dentro del matrimonio por el padre biológico o progenitor el marido ha debido negarlo y obtener sentencia favorable (art. 396 del CC), así se desprende de la consulta N°370-2005 – Chimbote (ANEXO A) cuando en su fundamento octavo señaló que si bien no aparece de los presentes actuados que el codemandado don Antonio Modesto Hurtado Maringota haya iniciado la acción contestatoria de paternidad y que hubiera obtenido sentencia favorable; sin embargo, se ha sometido a la prueba de ADN con el objeto de llegar a la verdad de los hechos, habiéndose establecido que no es el padre biológico de la menor habida dentro del matrimonio con su cónyuge la codemandada, sino que resulta ser el actor.

Por último, en materia de filiación nada está dado por cierto, pues así como existe un filiación determinada por la ley (presunción *pater is est*) también podríamos señalar la existencia de una paternidad sociafectiva, biológica y sociológica; por lo que resulta importante tener en cuenta la posesión de estado que ostente el hijo con el padre biológico a efectos de poder salvaguardar su derecho a la identidad biológica como parte del derecho a la identidad.

3.2. Existencia de desigualdad de derechos al permitir impugnar la paternidad a un hijo extramatrimonial y negarle a uno matrimonial.

El derecho a la igualdad desde el punto de vista legal es un derecho fundamental que se encuentra regulado en el art. 2 inc. 2 de la Const. P. al prescribir: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Por su parte la doctrina y jurisprudencia han concebido a la igualdad como principio y derecho, así, el Tribunal Constitucional indicó: “En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes”. (Expediente N° 0045-2004-PI/TC, fundamento 20)

Ahora bien, en la filiación también se ha visto reflejada la existencia del derecho a la igualdad, tal es así, si nos remitimos a los antiguos códigos civiles del año 1852 y 1936 advertiremos que se hablaba de una jerarquía

de filiación, es decir, entre una filiación matrimonial y extramatrimonial la que prevalecía era la matrimonial en tanto el matrimonio era y es la base de la familia. Este hecho sin duda lo es, pero no al extremo de establecer una jerarquía entre ambas, tanto más si de la unión de hecho - que encuentra hoy en día amparo en la Const. P. - también se desprende la familia.

Por ello en la actualidad con la dación del C.C vigente se dejó de lado esa jerarquía de filiaciones en razón a que uno de los principios desarrollados en la doctrina es la unidad de filiación, la cual se encuentra relacionado con el derecho a la igualdad prescrito en el art. 2.2 de la Const. P. en concordancia con el art. 6 del mismo cuerpo normativo al establecer que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Con esto se puede evidenciar que este principio nace como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas y el derecho de familia se torna inclusivo tal como lo indicó en su momento el profesor Varsi (2013, p.90).

Bajo este principio de unidad de filiación conexo con el derecho constitucional a la igualdad no debería existir desigualdad de cualquier índole entre el hijo denominado matrimonial y extramatrimonial; sin embargo, esto no se cumple, ya que el hijo extramatrimonial es al único a quien se permite impugnar el reconocimiento que hiciera el padre (pese a que el reconocimiento, entre otras, características es voluntario e irrevocable), tal como prescribe el último párrafo del art. 399 del CC al señalar: "el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera

muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”; o en su defecto establecer una acción de reclamación de filiación paterna de acuerdo al art. 402 de mismo cuerpo normativo.

De igual forma, la desigualdad entre dichos hijos se ve materializada cuando, para el caso del hijo matrimonial nuestro ordenamiento jurídico civil le niega el derecho de impugnar la paternidad matrimonial tal como se desprende del art.376 del CC; no obstante advertirse que este hecho impide conocer su origen biológico y a sus verdaderos progenitores, este último como una manifestación del derecho a la identidad según lo manifestó el profesor Chaname Orbe (2014, p. 619).

En este sentido, aun cuando el derecho a la igualdad es un derecho fundamental y clara expresión de la dignidad humana que merece respeto, protección y cumplimiento por parte del Estado, evidenciamos que en la acción de impugnación de paternidad otorgada al hijo extramatrimonial y no al matrimonial hay una completa desigualdad, dejando de lado lo ya señalado por Fernández (1993, p. 207) al decir: los derechos son, simultáneamente, la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente.

Además, agrega dicho autor; por lo mismo, hoy se admite de modo generalizado que los derechos cumplen “funciones estructurales” de suma importancia para los principios conformadores de la Const. P.

3.3. Supremacía del principio de interés superior del niño sobre una norma de carácter procesal

Cuando nos referimos a los principios, debemos entenderlos como aquellas directrices que guían y son el pilar para un determinado actuar por parte de los operadores del derecho en la solución de un conflicto de intereses o eliminación de una incertidumbre con carácter jurídico. Así, en estricto el principio del interés superior del niño no es un simple enunciado, sino que por su regulación en determinadas convenciones (señaladas en adelante) los Estados que forman parte como el Perú están en la obligación de realizar una interpretación de los derechos del niño (s), pues son sus intereses los que se pueden ver afectados.

Desde el punto de vista legal, este principio ha sido plasmado en diversos tratados internacionales de los cuales también el Perú es parte, tales como Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (1959) y finalmente la Convención Internacional de Derechos del Niño (1989).

En el ámbito nacional se encuentra prescrito en el art. IX, TP del CNA al señalar que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará

el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Asimismo, el 17 de junio del año 2016 se publicó la Ley N° 30466, “Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño”, que en su art. 3 prescribe:

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Es decir, dichas normas se inclinan por regular que el niño gozará de una protección especial brindada desde instituciones públicas, privadas, autoridades administrativas hasta los poderes del estado, como el poder judicial, al momento de resolver un conflicto de intereses (como un fin del proceso) donde esté inmerso un niño o adolescente. Además, las normas incitan al juzgador a ir más allá de la aplicación estricta de la ley, pues también debe tenerse en cuenta lo más beneficioso para el niño, quien tiene derecho a vivir en una familia y a convivir con el padre con quien se ha desarrollado plenamente; todo ello a efectos de asegurar su desarrollo integral.

El principio del interés superior del niño y adolescente tiene al niño como principal sujeto e implica que sus derechos pueden ser ejercidos incluso en contra de sus padres, más aún si vinculamos este principio con el derecho a la identidad biológica, será el deber de los órganos jurisdiccionales que en la determinación de la filiación hagan prevalecer su real identidad biológica y no la otorgada bajo una presunción legal relativa (*pater is est*). De esta manera se estará ratificando la protección al menor que regula el art. 4 de la Const. P. al señalar: “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Ahora bien, cuando nos avocamos a la acción de impugnación de paternidad matrimonial otorgada solo al marido, debemos señalar que aun cuando esa legitimidad para obrar proviene o está inmerso en el CC es una norma netamente de carácter procesal, por lo que, ante un principio como el del interés superior del niño debe prevalecer este último, más aún cuando el padre biológico busca determinar la verdadera identidad de quien considera su hijo, pero ha nacido dentro del matrimonio.

Siguiendo este principio, la jurisprudencia en determinado proceso de impugnación de paternidad se ha inclinado por otorgarle la razón al padre biológico, ello conforme se evidencia del décimo tercer fundamento de la Casación N° 2726- 2012- del Santa (ANEXO B) que en suma señalamos:

“(..) debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (...). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño (...) es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño”.

3.4. Decaimiento de la presunción *pater is est* ante la existencia de la prueba genética del ADN como medio probatorio.

La presunción de paternidad o *pater is est* desde tiempos remotos tuvo como bases determinadas teorías desarrolladas por el profesor Plácido que permitían atribuir la paternidad de un hijo al marido, teorías desarrolladas como aquella en la cual a la esposa se consideraba propiedad del marido hasta teorías en la que el marido anticipadamente admite como suyos a los hijos alumbrados por su esposa. Sin embargo, dichas teorías hoy en día han ido en decadencia debido a los cambios normativos y a que la sociedad no es la misma de antaño.

Siguiendo este orden de ideas, si bien el mandato legal del art. 361 del CC que contiene la presunción *pater is est* es de carácter imperativo no menos cierto es que dicha presunción proviene del CC, la cual es una norma de menor rango en comparación con la Const. P.; por ende al existir una jerarquía normativa conforme lo señalara el maestro Kelsen y lo regula la Const. P. (art. 51 concordante con el art. 138, segundo párrafo del mismo cuerpo normativo y con el art 14 del Texto Único Ordenado de la Ley

Orgánica del Poder Judicial) cuando estemos ante las formas de investigar o determinar la filiación – este último también como principio– debe prevalecer el derecho constitucional a la identidad biológica del menor.

Así mismo, la presunción en palabras del procesalista Hurtado Reyes no es un medio de prueba, es solo una forma de razonamiento que le sirve al juez para la valoración del material probatorio y, si nos referimos a la presunción *pater is est* desde el punto de vista de una eficacia negativa (como lo desarrolló la doctrina), generaría que no se pueda determinar una filiación extramatrimonial distinta a la matrimonial; no obstante, no será un impedimento si tenemos como fundamento el derecho a la identidad biológica.

La doctrina es unánime en indicar que la presunción *pater is est* está dentro de la clasificación de presunciones *iuris tantum* pues admiten prueba en contrario, y por ende sí es cuestionable el hecho que el hijo nacido dentro del matrimonio siempre tenga como padre al marido. Más aún, dicha presunción hoy en día viene en decadencia con el avance de la ciencia genética, y en estricto con la prueba de ADN que incluso se usa en los procesos judiciales de filiación como medio probatorio incuestionable para crear convicción en el juez sobre el estado de familia del menor dentro del matrimonio.

De igual forma, no podemos perder de vista que el porcentaje de probabilidad brindado por dicha prueba es de 99.999% respecto a la coincidencia de los genes del menor con el del marido o de un tercero, y de ser este último el padre biológico se puede desvirtuar la presunción *pater*

is est iniciando la acción de impugnación de paternidad matrimonial. Entonces, lo que debe caracterizar esta presunción es que no se determine de manera automática la paternidad.

Ahora bien, para nuestro ordenamiento jurídico procesal civil la prueba genética de ADN por tener la categoría de pericia se encuentra dentro de los medios probatorios típicos conforme al art. 192 del CPC inc.4 y se viene utilizando como tal en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial que regula el CC en su art. 402 inc. 6²² y la ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial” y sus modificatorias. Esta última ley señala que, la parte demandada (supuesto padre) al momento de oponerse a la pretensión de paternidad formulada por la demandante tiene como único medio de prueba ofrecer que se someterá a la prueba genética de ADN a efectos de evitar ser declarado padre; es decir, para dicha ley respecto a hijos extramatrimoniales la prueba de ADN es plena e irrefutable.

En este sentido, y con mayor razón desde la óptica del derecho constitucional a la igualdad de los hijos, también es posible su aplicación para hijos nacidos dentro del matrimonio o hijos de mujer casada, pues como ya lo manifestara la magistrada Soto Bardales (2016, p 220-221) se debe aprovechar la información certera que brindan las pericias científicas

²² El art. 402 inc. 6 del CC. prescribe: Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

para dejar atrás las anacrónicas presunciones que dan por cierto un hecho cuando en la realidad puede no haber sucedido.

Finalmente, respecto a los **sujetos activos en la impugnación de paternidad matrimonial**, en primer lugar, debemos entender que todo proceso civil se da a iniciativa de parte y por los sujetos legitimados que según la ley les otorgue un derecho susceptible de ser atendido o protegido por los órganos jurisdiccionales; es por ello, que una de las condiciones de la acción es ostentar legitimidad para obrar.

Para plantear la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial, el sujeto que tiene la titularidad o legitimidad para obrar es solo el marido conforme al actual art. 367 del CC; sin embargo, atendiendo a los cuatro fundamentos desarrollados podemos decir que no es el único para recurrir a los órganos jurisdiccionales, sino también el hijo nacido dentro del matrimonio, el padre biológico y la mujer casada.

En este sentido, en cuanto a la legitimidad para obrar del hijo “matrimonial” sostenemos que es el más interesado en determinar su vínculo biológico y conocer su verdadero origen, por lo que su legitimidad en la impugnación está basada en el derecho constitucional a la identidad biológica del cual se desprende la filiación, así como el derecho a conocer sus padres; es decir partiendo de la norma de mayor rango no habría impedimento para demandar. Asimismo, si nos remitimos a una norma de menor rango como lo es el CC, ya el profesor Plácido en su momento señaló que la norma del art. 367 del CC en estricto no prohíbe su legitimidad, pues conforme reza

el precepto constitucional nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe.

El otro sujeto que también ostenta legitimidad para obrar es sin duda el padre biológico, quien tiene como fundamentos para demandar el coadyuvar a efectivizar el derecho a la identidad del hijo matrimonial, es decir conocer a su padre biológico y sus orígenes. Con ello no se dejaría al menor sin padre, pues el padre biológico además de demandar la impugnación de paternidad acumulativamente puede demandar el reconocimiento de su hijo (por el principio de economía procesal del proceso civil, la flexibilización de principios y de acumulación de pretensión en materia de familia -Tercer Pleno Casatorio Civil-), *máxime* si la prueba genética de ADN desvirtuará que el marido de la mujer casada sea o no padre del hijo nacido dentro del matrimonio conforme al art. 361 del CC.

El último sujeto con legitimidad para obrar es la madre del hijo que ha nacido dentro del matrimonio, pues es la más indicada para saber quién es el padre de su hijo, y para ello, además de basarse en el derecho a la identidad del menor y el principio del interés superior del niño, también tiene como fundamento el derecho constitucional a la igualdad, pues si el CC faculta al varón – en un contexto del matrimonio–, poder reconocer a un hijo extramatrimonial, no vemos alguna razón para restringirle a la mujer casada impugnar la paternidad matrimonial. Este derecho quizá conllevó a que la modificatoria por Decreto Legislativo N° 1377, publicado el 24 agosto 2018, agregue art. 361 del CC, la siguiente frase: “salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA PARA AMPLIAR LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR EN LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 361 y 367 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

La persona natural que suscribe al amparo del derecho de iniciativa legislativa prescrita por el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y el artículo 74 del Reglamento del Congreso de la Republica, propone el siguiente proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY

El congreso de la república ha dado la siguiente ley:

Ley que modifica el artículo 361 y 367 del Código Civil Peruano de 1984

Artículo 1.- Modificar el artículo 361 y 367 del Código Civil Peruano, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 361.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario **o la paternidad sea impugnada por los sujetos que establece el art. 367 ofreciendo la prueba genética de ADN.**

Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla

si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

Asimismo, también puede impugnar o contestar la paternidad matrimonial la mujer casada, el padre biológico del hijo matrimonial y este último cuando adquiriera la mayoría de edad.

Artículo 2.- La presente ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial “El Peruano”.

Artículo 3.- Déjese sin efecto otras disposiciones que se opongan a la presente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La iniciativa de que se modifique los artículos 361 y 367 del Código Civil Peruano tiene por objeto ampliar la legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial y no limitarla solo al marido conforme regula el artículo 367 del actual Código, además agregar en el artículo 361 que la presunción de paternidad es tal, salvo prueba en contrario, esto es ofreciendo la prueba genética de ADN.

Dicha modificatoria obedece a que la realidad nos viene demostrando que el hijo nacido dentro del matrimonio no siempre tiene como padre al marido, pues lejos de asumir una presunción legal, se hace necesario tener en cuenta el derecho a la identidad biológica del menor como derecho inmerso dentro del derecho constitucional a la identidad. Más aun, hoy en día la familia que protege la Constitución Política no solo proviene del matrimonio, sino también de las relaciones de convivencia, las cuales vienen cobrando realce al punto de

modificarse las normas que la regula para otorgarles mayores derechos a los convivientes.

Dicho derecho a la identidad además debe verse junto con el principio denominado interés superior del niño, pues si el menor ostenta la calidad de hijo con el padre biológico, es a este último a quien le correspondería impugnar la paternidad legal regulado en el artículo 361 del Código Civil; ello a fin de que el menor conozca su origen.

Por otro lado, se hace necesario desde un punto de vista procesal ampliar la legitimidad para impugnar la paternidad también a la mujer casada, pues quien mejor para conocer al padre biológico del hijo matrimonial, además de garantizar el derecho constitucional a la igualdad; pues si el mismo Código permite al marido reconocer a un hijo extramatrimonial con mayor razón debe permitírsele a la mujer casada.

Y, por último, el hijo denominado matrimonial también es legitimando para impugnar la paternidad matrimonial con base en su derecho a la identidad biológica y a la igualdad. Este derecho a la igualdad, materializado en que tanto hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen los mismos derechos, por lo que, hay una suerte de discriminación (que no debe ampararse) cuando el Código Civil permite impugnar la paternidad a un hijo extramatrimonial y negársela a uno matrimonial.

ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO

El presente proyecto no genera mayor gasto al Estado, por el contrario al ampliar la legitimidad para obrar en la impugnación de paternidad se evitaría tener

demandas que sean declaradas improcedentes por el Poder Judicial con la sola verificación de una condición de la acción (legitimidad para obrar), y que los recurrentes planteen diversos recursos de apelación, congestionando aún más la carga procesal. Además, se dejaría de lado los razonamientos legalistas de algunos jueces, para pasar a analizar el tema de fondo relacionado con el derecho a la identidad biológica del menor como parte del derecho a la identidad; todo ello dentro de un Estado que debe ser garantista.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La modificación de los artículos 361 y 367 del Código Civil Peruano, no generaría contravención a normas del mismo orden ni mucho menos de orden constitucional, muy por el contrario, se estaría generando un respecto al orden jerárquico, pues se estaría resolviendo la impugnación de paternidad matrimonial teniendo como base los derechos constitucionales del hijo matrimonial, como el de identidad e igualdad.

CONCLUSIONES

1. Con la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial el marido cuestiona su paternidad con el hijo que considera no es suyo, pero está amparado en la presunción *pater is est*, sin embargo, también el padre biológico puede hacerlo y establecer el vínculo filial con ese hijo que sí es suyo, fundamentando para ello el derecho constitucional a la identidad biológica reconocido en la Constitución Política como norma jurídica de primer orden.
2. El artículo 367 del Código Civil es una norma de carácter procesal que restringe la legitimidad para obrar en la acción de impugnación de paternidad matrimonial solo al marido; sin embargo, fundamentando el principio del interés superior del niño –reconocido además en normas internacionales- y la posesión de estado que ostenta el menor con el padre biológico en un ámbito familiar, debe otorgarse legitimidad también al padre biológico, a la mujer casada y al hijo matrimonial.
3. En un estado constitucional de derecho debe respetarse el derecho fundamental a la igualdad entre hijos, por lo que, si al hijo extramatrimonial se permite impugnar su paternidad a efectos de determinar su verdadera identidad (artículo 399 del Código Civil), con mayor razón a un hijo matrimonial que busca establecer un vínculo filial con su padre biológico; así este fundamento también permite ampliar la legitimidad para obrar.

4. La presunción *pater is est* que regula el artículo 361 del Código Civil es una forma legal de determinar la relación paterno filial del hijo, no obstante, en la actualidad es cuestionable y decae si admitimos la actuación de la prueba genética de ADN en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial, tal como sucede en procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial (Ley N° 28457); todo ello a fin de lograr que la filiación legal coincida con la biológica.

RECOMENDACIONES

1. Dirigida al poder judicial a efectos de viabilizar que las demandas de impugnación de paternidad matrimonial sean admitidas, y no rechazarlas preliminarmente por falta o ausencia de legitimidad para obrar activa (condición de la acción), más aún cuando de por medio está el derecho constitucional a la identidad del menor de edad.
2. Al poder legislativo, viabilizar la propuesta realizada a fin de modificar determinados artículos del Código Civil respecto a la legitimidad o titularidad en la acción de impugnación de paternidad matrimonial y, ampliándola, otorgarles a otros sujetos distintos del marido.

LISTA DE REFERENCIAS

Libros y revistas

- Aguilar Llanos B. (2017). Matrimonio y Filiación – Aspectos Patrimoniales – Primera Edición. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Belluscio A. (2002). Manual de Derecho de Familia- Séptima Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. Tomo I.
- Bustamante Oyague E. (Ed) (2010). Código Civil Comentado -comentario al artículo 363 del Código Civil. Lima, Perú: Gaceta Jurídica Editores. Tomo II.
- Chanamé Orbe R. (2014). Constitución Política del Perú comentada. Primera Edición. Lima, Perú: A.F.A. Editores Importadores S.A. Tomo II.
- Del Aguila Llanos J. C. (Ed) (2015). Cuando la realidad supera las normas - Situaciones surgidas entre la impugnación de paternidad y la aplicación de la prueba de ADN. Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Fernández Sessarego C. (2015). Derecho a la identidad personal”. Segunda Edición. Lima, Perú: Editorial Instituto Pacifico S.A.C.
- Gutierrez Camacho, W, y Sosa Sacio, J. (Ed) (2005). La constitución comentada. Lima, Perú: Editorial El Buho EIRL.
- Gregoraci Fernández B. (Ed) (2012). La filiación. Editorial Civilitas S.A. Tomo II.
- _____ (Ed) (2012). La determinación de la filiación. Editorial Civilitas S.A. Tomo II.

- Hans Kelsen (2003). La teoría pura del derecho. Buenos Aires, Argentina:
Editorial Losada S.A.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio P.
(2003). Metodología de la Investigación. Tercera Edición.
México, D.F: Editorial Mc Graw Hill/ Interamericana Editores
S.A.
- Hurtado Reyes, M. (2009). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Lima,
Perú: Editorial IDEMSA.
- Martel Chang, R. (2015). Pruebas de oficio en el proceso civil. Lima, Perú:
Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Mesía Ramírez, C. (2018). Los derechos fundamentales – Dogmática y
jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú: Editorial
Gaceta Jurídica S.A.
- Plácido V. A. (2003). Filiación y patria potestad- En la doctrina y en la
jurisprudencia- Primera Edición Marzo. Lima- Perú: Editorial
Gaceta Jurídica S.A.
- _____ (2015). Manual de derechos de los Niños, Niñas y
adolescentes. Primera Edición. Lima, Perú: Editorial Instituto
Pacífico S.A.C.
- _____ (2018). Identidad filiatoria y responsabilidad
parental. Primera Edición. Lima, Perú: Editorial Instituto
Pacífico S.A.C.
- Peralta Andía J. R. (2002). Derecho de Familia en el Código Civil. Tercera
Edición. Lima, Perú: Editorial Moreno SA.

- Pérez de Castro M. (Ed) (2018). La acción de impugnación del reconocimiento parteno ejercitada por tercero con legítimo interés: ¿Vulnera el principio del favor *fili*? Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Petit E. (2007). Tratado elemental de derecho Romano. 23ava Edición. México: Editorial PORRÚA.
- Pineda Gonzales, J. A. (1990). Manual Teórico Práctico de Metodología de la Investigación Aplicada al Derecho. Puno- Perú.
- Ramos Núñez, C. (2000). Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento- Estudios de pregrado-maestría-doctorado. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica Editores S.A.
- Reynoso, M. y Zumaeta, E (2002). Derecho de Familia. Primera Edición Lima, Perú: Editorial San Marcos S.A.
- Soto Bardales, M. (Ed) (2016). El derecho a la identidad del hijo como eje de validez de la ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.
- Varsi Rospigliosi E. (2013). Tratado de derecho de familia- Derecho de la filiación-. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición Mayo. Tomo IV.
- _____ (Ed) (2014). ADN: Génesis del hombre y espíritu de la filiación en la prueba de ADN. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Wong Abad J. (Ed) (2018). El derecho a la verdad biológica de los Niños
– Comentario a la Sentencia recaída en la casación N° 2245-
2014. San Martín. Lima, Perú: Editorial Instituto Pacífico S.A.C.

Páginas web

Alvarado Calderón L.A. (2010). El ADN como medio de prueba científico
en la filiación. (Tesis de pregrado). Universidad de San Carlos
de Guatemala. Recuperado de
http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8605.pdf

Behar Rivero D.S (2008). Metodología de la investigación. Editorial
Shalom. Recuperado de:
<http://rdigital.unicv.edu.cv/bitstream/123456789/106/3/Libro%20metodologia%20investigacion%20este.pdf?imgdjmglfcjmohlf>

Calderón de Buitrago A., Dinorah E., Bautista A., Burgos M.E., García C.
y Pino, F.E (1995). Manual de derecho de familia. El Salvador:
Editorial Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de
Reforma Judicial. Segunda Edición. Recuperado de
<http://www.clases.flakepress.com/jurisprudencia/wp-content/uploads/2015/02/MANUAL-DE-DERECHO-DE-FAMILIA-EL-SALVADOR.pdf>

Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos
fundamentales en la doctrina constitucional. Revista Española
de Derecho Constitucional. Número 39, pp.195-247.
Recuperado de
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:35>

[GRtvCrOJQJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=pe)

Lovatón Palacios, L (2006). La Gestación del Estado Constitucional Interamericano en el Perú. (Tesis para obtener el grado de Doctor). Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de:

<http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/7996>

ANEXO A

IMPUGNACION DE PATERNIDAD

CONSULTA N°370-2005 - CHIMBOTE

Lima, dieciocho de abril del dos mil cinco

VISTOS; por sus fundamentos; y, CONSIDERANDO: **Primero:** Que, la sentencia de fojas ochentiséis, su fecha veintinueve de noviembre del dos mil cuatro, expedida por el Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declara fundada la demanda de impugnación de paternidad matrimonial y declaración de filiación extramatrimonial y en consecuencia que el actor es padre biológico de la menor Inés Anthonella Hurtado Roque, ha sido elevada en consulta a esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en observancia de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil al haberse inaplicado lo dispuesto en los artículos 396 y 404 del Código Civil; **Segundo:** Que el proceso que motiva la presente resolución tiene su origen en la demanda interpuesta por el actor contra doña Nancy Roque Valdivia de Hurtado y don Antonio Modesto Hurtado Maringota sobre impugnación de paternidad, sustentado en que el demandante don Cesar Enrique Collazos Koo, es el padre biológico de la menor Inés Anthonella Hurtado Roque nacida dentro del matrimonio de los demandados, y no el cónyuge de aquella; **Tercero:** Que, la Juez de Familia al resolver la litis no aplica los citados dispositivos legales señalando preferir la norma contenida en el artículo 2, inciso 1 la Constitución Política del estado que consagra el derecho de toda persona a su identidad, así como a instrumentos internacionales, especialmente el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño que trata de los derechos a la identidad y demás inherentes a un menor de edad así como el artículo 3 de dicha Convención que establece el Principio del Interés Superior del Niño recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes peruano.; **Cuarto:** Que el numeral 396 del Código Civil que regula el reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. ; **Quinto:** Asimismo, el artículo 404 del citado cuerpo sustantivo que regula lo referente a la declaración judicial de paternidad del hijo de madre casada prevé “si la madre estaba casada en la

época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable; **Sexto:** Que, en el caso sub judice el actor solicita se le declare padre de la menor Inés Anthonella habida dentro del matrimonio de doña Nancy Roque Valdivia y don Antonio Modesto Hurtado Maringota -los demandados- argumentando que fue concebida cuando la madre se encontraba separada de su cónyuge desde un año antes a dicho hecho y que no pudo registrarla oportunamente por motivos de viaje, impugnando la paternidad de aquel que la ha registrado como hija en el marco del artículo 361 del Código Civil que regula la presunción de paternidad matrimonial, de lo que se desprende que está en discusión la filiación de la menor precitada; **Sétimo:** Que, si bien de conformidad con los dispositivos antes glosados, tratándose del reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada, la acción sólo resulta procedente cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable; sin embargo, no puede perderse de vista, que el Juez debe atender a la finalidad concreta del proceso que es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica que haga posible lograr la paz social en justicia, según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; **Octavo:** Que si bien no aparece de los presentes actuados que el codemandado don Antonio Modesto Hurtado Maringota haya iniciado la acción contestatoria de paternidad y que hubiera obtenido sentencia favorable, sin embargo, se ha sometido a la prueba de ADN con el objeto de llegar a la verdad de los hechos, habiéndose establecido que no es el padre biológico de la menor habida dentro del matrimonio con su cónyuge la codemandada, sino que resulta ser el actor; **Noveno:** Que, en mérito del Principio del Interés Superior Niño antes glosado el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños y es sólo a través de los órganos jurisdiccionales establecidos encargados de administrar justicia en el Estado de Derecho es que se puede llegar a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a las que el juzgador estime conveniente para dilucidar la controversia, lo que ya ha sido definido mediante la resolución consultada; **Décimo:** Que, en tal virtud, la Juez de Familia al preferir la Norma Constitucional a la norma legal, no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro Ordenamiento Constitucional estatuye en su artículo 51 concordante con el artículo 138, segundo párrafo

de la propia Carta Magna y con el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.; **Decimoprimer**o: Que, siendo ello así, al haberse establecido la verdadera filiación de la menor con las pruebas actuadas en el proceso: **APROBARON** la sentencia de fojas ochentiséis, su fecha veintinueve de diciembre del dos mil cuatro en el extremo de la consulta que en el caso de autos deja de aplicar los artículos 396 y 404 del Código Civil al preferir aplicar la norma constitucional contenida en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política de Estado concordante con el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; en los seguidos por don Cesar Enrique Collazos Koo contra doña Nancy Roque Valdivia y otro sobre Impugnación de Paternidad; y los devolvieron.- Fdo. SS. VASQUEZ CORTEZ, CARRIÓN LUGO, ZUBIATE REINA, GAZZOLO VILLALTA, FERREIRA VILDOZ

ANEXO B

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA CIVIL TRANSITORIA

CASACIÓN 2726-2012

DEL SANTA IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD

Sumilla: El estado constante de familia afirma la filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo que se justifica por el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece. -

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número dos mil setecientos veintiséis - dos mil doce, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil, emite la siguiente sentencia.-----

-MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, que obra a folios doscientos treinta y ocho contra la sentencia de vista que obra a fojas doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la TRia de primera instancia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente.-----

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el dos de agosto de dos mil doce por esta Sala Suprema, obrante a folios treinta y tres del cuadernillo de casación, ha sido declarado procedente por la causal de **Infracción normativa de derecho material del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado;** alegando, que se ha vulnerado el dispositivo denunciado que consagra el derecho que tiene toda persona a su identidad; y en el caso de autos, la recurrida ha establecido que quien debe hacer valer su derecho de impugnación a la paternidad es la menor de iniciales M.L.G.C. a través de su representante legal, y no el actor; sin embargo la citada sentencia se olvida que obra como medio probatorio acompañado, el Expediente número 202-2007 sobre demanda de Impugnación de Paternidad

Extramatrimonial promovido por Eva Elvira Cárdenas Rosales en calidad de madre y representante legal de la menor antes aludida en contra de Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y otro; el mismo que fue rechazado liminarmente por el Juzgado Mixto de Huarmey al declarar improcedente la demanda. Del mismo modo se ha inobservado los parámetros establecidos en la sentencia casatoria de este mismo expediente, de fecha siete de octubre del año dos mil once, señalando que en el presente caso se encuentran inmersos los derechos de una menor, no sólo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecen un mayor análisis en observancia del principio superior del niño. Finalmente refiere, que es a través de esta acción judicial que busca otorgar la verdadera identidad a la menor, quien conoce perfectamente de la realidad y considera al recurrente como su padre, ya que viven juntos con toda su familia.-----

CONSIDERANDO: PRIMERO.- Que, examinado el presente proceso para efectos de determinar si al emitirse la incurrida se ha incurrido en una infracción normativa material en los términos denunciados, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan.-----

SEGUNDO.- Que, a fojas nueve Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticiona, primero: se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.9999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de

iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor.-----

TERCERO.- Que, a fojas treinta y cuatro Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor.-----

CUARTO.- Que, tramitada la demanda según su naturaleza, mediante sentencia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, el A quo ha declarado fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, en consecuencia se declara inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, se deja sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C., y declara la paternidad de Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la menor indicada, ordenando a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender

nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. Como fundamentos de su decisión el A quo ha considerado que, como es verse a fojas treinta y dos del expediente principal, los demandados contrajeron matrimonio el día veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscribiéndose la disolución de su vínculo matrimonial el día veintisiete de julio de dos mil cinco; y, la menor de iniciales M.L.G.C nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, como consta en la partida de nacimiento a folios dos; es decir, nació dentro del matrimonio de los demandados. Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.; en el presente caso, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza impugna el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado de la menor de iniciales M.L.G.C, en mérito a los resultados de la prueba de ADN (obrante a fojas cuatro) en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.9999999845% de él con respecto a la menor indicada; siendo así resulta fundada la demanda.

QUINTO.- Que, elevados los actuados a la Instancia Superior, en mérito al recurso de apelación de folios ciento dieciocho interpuesto por el demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de folios ciento treinta y nueve, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre (Teodoro Arturo Guerrero Alvarado) no ha

impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo, por lo que no concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil, respecto a la titularidad de la acción de negación.-----

SEXTO.- Que, interpuesto el recurso de casación por el demandante, contra la referida Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 3776-2010- Del Santa, de fecha siete de octubre de dos mil once, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada de fecha veintiuno de junio de dos mil diez, ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución. Considerando que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el *A quo* al amparar al demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.-----

SÉTIMO.- Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento mediante Sentencia de Vista de folios doscientos once, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sustentando básicamente su demanda en los resultados de la prueba de ADN a la que se ha sometido voluntariamente; asimismo, considera el Colegiado Superior que respecto a esta persona los artículos 397 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, ni vulneran ningún derecho constitucional; en otras

palabras se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por lo tanto la demanda deviene en improcedente.-----

OCTAVO.- Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia Número 02432-2005-PH/TC. Al respecto la Sentencia Número 02273-2005- PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).-----

NOVENO.- Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que *“la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica”* [Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22].-----

DÉCIMO.- Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: *estado jurídico*, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; *estado social*, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; *estado civil*, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad” [Varsi Rospigliosi, Enrique. Divorcio, filiación y patria potestad. Grijley, Lima, 2004, página 89].-----

DÉCIMO PRIMERO.- Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer,, Identidad y fecundación asistida, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. Derecho de Familia, Editorial Astrea, Buenos Aries, 2002, página 326] .-----

DÉCIMO SEGUNDO.- Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C.-----

DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “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 niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso

“ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59].-----

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente **declarar inaplicable**, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.-----

Por los fundamentos expuestos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; **y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la resolución

apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Hugo Roca Maza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema. -

S.S.

RODRÍGUEZ

MENDOZA

VALCÁRCEL

SALDAÑA CABELLO

MATAMALA

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

Nur/Nso3

ANEXO C

ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL- JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, capital de la Provincia de Jujuy, República Argentina, a los siete días del mes de diciembre del año dos mil doce, reunidas las integrantes de la Sala Segunda del Tribunal de Familia, Dras. Mirta Beatriz Chagra y Beatriz Josefina Gutiérrez, analizaron el Expte. N° B-236.141/10, caratulado: "Impugnación de Paternidad Matrimonial. N., S. del V. c/ F., L. A."; tras lo cual,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 6/10 se presenta S. DEL V. N., en el ejercicio de la patria potestad de su hija menor M. J. F., con el patrocinio letrado de la Dra. Natalia Fabiana Segovia, promoviendo demanda de impugnación de paternidad matrimonial en contra de L. A. F..

En el relato de los hechos señala que contrajo matrimonio con el accionado el 17/09/1990, de cuya relación nacieron dos hijos: M. A. F. y M. A. F.; que, su tercer hija M. J. F., está reconocida por su esposo no obstante no ser hija biológica del mismo pues, encontrándose legalmente casada mantuvo una relación sentimental con J. L. T. (fallecido en el año 2003), fruto de la cual se embarazó, naciendo M. J.. Agrega que hace dos años y medio, por la violencia física, psicológica y económica padecida, se vio obligada a retirarse del hogar conyugal, dejando en el mismo a sus hijos por no tener en ese momento la posibilidad económica y habitacional de llevarlos consigo; a pesar de lo cual, continuó siendo víctima de violencia por parte de su marido, razón por la cual promovió demanda por violencia familiar y, posteriormente, por divorcio. Ofrece prueba, cita derecha y solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes, con imposición de costas a la contraria. A fs. 16, la Dra. Segovia adjunta copia debidamente juramentada de Poder General para Juicios, la que se agrega a fs. 15/15 vta..

Corrido traslado de la demanda, a fs. 36/38 comparece L. A. F., con el patrocinio letrado de la Dra. María Cristina Fernández Blanco, oponiendo excepción previa de falta de legitimación activa, fundada en la previsión contenida en el art. 259 del Cód. Civil. Subsidiariamente, contesta demanda, negando los hechos

esgrimidos por la actora, ofreciendo prueba, citando derecho y solicitando el rechazo de la misma, con imposición de costas.

A fs. 47/54, la actora contesta la excepción previa deducida, solicitando su rechazo por extemporánea y, subsidiariamente, merced a los fundamentos doctrinarios allí citados; responde también el traslado por el art. 301 CPC.

Abierta la causa a prueba y producida la misma, se clausura el período probatorio y se ponen los autos en estado de alegar, formulando los propios la actora a fs. 134/135.

A fs. 141/141 vta., la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, Dra. Edith del V. Franck, emite dictamen en sentido favorable a la acción tentada en autos.

Integrado el Tribunal, los autos pasan a despacho para resolver.

II.- En primer término, hemos de considerar la excepción de previo y especial pronunciamiento opuesta por la parte demandada, quien sostiene la falta de legitimación activa de la actora, con fundamento en lo dispuesto en el art. 259 del Cód. Civil. Ello, no obstante haber sido planteada en forma extemporánea (art. 304 CPC).

Al respecto, siguiendo la postura doctrinaria de María Victoria Pellegrini (“Caducidad de las Acciones de Filiación: Implicancias constitucionales”, RDF 2007-36-141), asumimos que a lo largo de las últimas décadas, la consolidación del reconocimiento internacional a los derechos humanos ha provocado una importante modificación conceptual en el análisis de los diversos conflictos que se suscitan en torno a la filiación, tanto desde la legislación como en la resolución judicial de casos concretos.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la suscripción de varios tratados internacionales había impactado fuertemente en el orden jurídico interno. Pero al otorgarle “jerarquía constitucional” a un conjunto de tratados y declaraciones de derechos humanos, el derecho de familia comienza una modificación sustancial, aún en evolución: un “Derecho Constitucional de Familia” o la privatización del derecho constitucional.

El esquema diseñado en el Código Civil para la filiación “por naturaleza” se basa en ciertas reglas y presunciones. Respecto de la paternidad, distingue la filiación matrimonial de la extramatrimonial, aunque expresamente se reconocen iguales efectos a ambas filiaciones (art. 240). La distinción se efectúa en cuanto al modo de determinarse y a la estabilidad del vínculo filiatorio.

Asimismo, adhiere explícitamente al principio de veracidad biológica en el emplazamiento filiatorio, reconociendo la procedencia de pruebas biológicas aun de oficio (art. 252) y el valor de éstas al admitirlas como presupuesto suficiente para modificar el emplazamiento legal otorgado.

En cuanto a la estabilidad del vínculo filial ya determinado, existen importantes diferencias entre la paternidad matrimonial y la extramatrimonial, tanto en cuanto a quiénes se encuentran legitimados activamente para impugnar una y otra, como respecto del plazo de caducidad y su modo de computarlo.

Desde la óptica de los derechos y principios fundamentales implicados en las acciones de filiación, sabido es que el derecho a obtener tutela judicial, que permita garantizar el respeto a derechos fundamentales, es también un derecho fundamental. En este sentido, se ha sostenido: “la legitimación procesal es un problema constitucional que la ley no puede resolver a su criterio, porque si no se asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamio, estamos dilapidando todas las prédicas referidas a los derechos humanos” (Bidar Campos, Germán, “La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?, LL 2000-B-22).

Luego, si bien el derecho a la verdad no aparece reconocido de modo explícito en el texto constitucional, ello no obsta a ser considerado tanto en doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos “Urteaga” y “Vázquez Ferrá”), como uno de los derechos implícitos consagrados por el art. 33, CN.

Por su parte, el derecho a la identidad sí ha merecido reconocimiento explícito por diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16), Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2º, inc. 2º), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7º y 8º). El derecho a la identidad y el acceso a la verdad biológica están garantizado para el hijo en forma reiterada en el sistema legal de la filiación; sin embargo, los vínculos filiales se caracterizan por la multiplicidad de sujetos que se encuentran unidos por ellos. Así, los otros términos de esta relación también conforman su propia identidad a través de su condición de padres o madres de un hijo. Y pareciera ser necesario que tales relaciones encuentren su

fundamento en la verdad, en la sinceridad de estos vínculos que otorgan la materia prima de la identidad.

Se ha discutido si la enumeración que realiza el art. 259, C. Civil, es o no taxativa. No obstante, esta discusión ha perdido virtualidad pues, la sanción de la reforma constitucional de 1994, y la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía superior, ha impactado sensiblemente en el articulado del Código Civil, y entre ellos en el citado art. 259.

En efecto, la jerarquía constitucional de determinados derechos y garantías – fundamentalmente el de identidad, que hace a la esencia de la persona- traduce la necesidad de replantear el contenido de las normas de inferior rango de nuestra legislación interna. Se tratará de efectuar una exégesis flexible, de compatibilización o de integración, aunque su resultado obligue al intérprete a apartarse de la letra de la ley.

Con acierto se afirmó que la restricción que marca la norma vulnera, sin ningún basamento razonable, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer regulado por preceptos de jerarquía constitucional como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Grosman, Cecilia P., “Los derechos del niño y la reforma de la Constitución”, en Estudios sobre la reforma constitucional de 1994, p. 147).

Obsérvese, en efecto, que el marido puede en todo tiempo impugnar la maternidad de su esposa, a tenor del art. 262, CCiv., pero ella no podría impugnar la paternidad de su marido, lo que implica un evidente trato discriminatorio; ello dicho sin perjuicio de que, por esa vía, se lesionaría el derecho a la identidad del hijo, amparado por el art. 8º, Convención sobre los Derechos del Niño.

Esa fue la postura de la minoría en el fallo de nuestra Corte Suprema (1/11/1999, “D. P. V., A. v. O., C. H.”, LL 1999-F-671; consids. 13, 14 y 17), al considerar que la discriminación antes apuntada entre el marido y la mujer hace que en el referido art. 259 “no se encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad”, y que “la identidad y conveniencia del menor (...) sólo hallan plena tutela a través del reconocimiento de la acción de la madre (...) permitiéndose así la efectiva protección en todo tiempo de su identidad”. Se afirmó también que “negar la acción de la madre implica sostener una ficción, ya que la acción del hijo normalmente sólo podrá fundarse en el conocimiento de los hechos que

la madre posee, dependiendo entonces tal acción de la decisión de la madre que proporciona los elementos para actuar”. Finalmente, la minoría de la Corte Suprema pone de relieve la inconsistencia de negar la acción a la progenitora tras la postulación de que mediante su ejercicio se reconoce el adulterio, lo que importaría invocar la propia torpeza. Con agudeza se argumentó “que el adulterio, como cualquier otra injuria, puede tener consecuencias en las relaciones personales de los cónyuges, incluida la posibilidad del divorcio, pero no puede enervar el derecho de la mujer a la no discriminación y el derecho a la protección a la identidad del menor contemplado en el art. 8º, Convención sobre los Derechos del Niño”.

Es que, en verdad, la norma no niega la acción de la madre, sino que sólo la omite, y de ahí que se genere la duda de si aquélla –a tenor de la ley- se encuentra o no legitimada para accionar. En tal virtud se ha precisado que, si hay transgresión constitucional, ella estaría no en lo que el legislador dijo, sino en lo que no dijo. (Cfme. Mauricio L. Mizrahi, “Legitimación para Impugnar la Paternidad Matrimonial”, RDF 2007-36-121).

Conforme ello, concluimos sosteniendo que la actora está legitimada para promover la impugnación de la paternidad matrimonial de su hija menor y, en consecuencia, rechazamos la excepción previa de falta de legitimación opuesta por la parte demandada.

Luego, en el ejercicio de la patria potestad de su hija menor M. J. F., la Sra. S. DEL V. N. formula pretensión de impugnación del reconocimiento paterno realizado por su esposo L. A. F., conforme consta en el Acta de Nacimiento N° 8.426 glosada a fs. 5, por inexistencia de nexo biológico entre ambos; demandando, por ende, a aquél (legitimado pasivo) mediante la presente acción.

Sabido es que para la impugnación del reconocimiento del hijo resultan admisibles todos los medios de prueba, inclusive las presunciones, siempre que sean graves, precisas y concordantes. Lo que se procura demostrar es la falta de nexo biológico entre el progenitor que efectuó el reconocimiento y el hijo.

A este respecto, prima en la valoración de la prueba colectada en autos el Estudio de ADN realizado por el Laboratorio Regional de Genética Forense del Noa, que luce a fs. 113/119, en cuyas conclusiones se consigna: “El análisis genético efectuado de los 15 marcadores de ADN autosómicos analizados EXCLUYE el vínculo de paternidad biológica del Sr. F. L. A. respecto de F. M.

J., debido a los resultados de exclusión observados en los marcadores genéticos D8S1179, D7S820, CSF1PO, D3S1358, D13S317, D16S539, D19S433, D5S818 y FGA”.

Conforme ello, la inexistencia de nexo biológico entre L. A. F. (progenitor reconociente) y M. J. F., surge probada sin hesitación alguna, correspondiendo -por ende- acoger favorablemente la acción de impugnación de paternidad matrimonial tentada en autos, mandándose dejar sin efecto el reconocimiento paterno formulado por L. A. F., DNI. nº ..., en el Acta de Nacimiento Nº 8.426, Tomo 36, folio 22 vto., Año 2000, del Libro de Nacimientos de la Oficina de Registro Civil de San Antonio, Dpto. San Antonio, Provincia de Jujuy, República Argentina, correspondiente a M. J. F., DNI. nº ..., nacida el 21 de abril de 2000, quien en adelante se llamará M. J. N..

Corresponde imponer las costas al demandado vencido, por aplicación del principio general de la derrota (art. 102 CPC), y regular los honorarios profesionales de las Dras. Natalia Fabiana Segovia y María Cristina Fernández Blanco, en las sumas de PESOS TRES MIL (\$ 3.000,=), y PESOS UN MIL (\$ 1.000,=), respectivamente, más IVA si correspondiere, teniendo en cuenta para ello el carácter de su intervención y la labor efectivamente desarrollada, así como la naturaleza de los intereses comprometidos y etapas cumplidas (arts. 4º, incs. b) y c), 5º y 10º de la ley 1687 y Ac. Nº 16/11, STJ).- La Dra. Gutierrez, dijo:

Por todo lo expuesto, la Sala Segunda del Tribunal de Familia, RESUELVE:

1) Hacer lugar la acción de impugnación de paternidad matrimonial tentada en autos, mandándose dejar sin efecto el reconocimiento paterno formulado por L. A. F., DNI. nº ..., en el Acta de Nacimiento Nº 8.426, Tomo 36, folio 22 vto., Año 2000, del Libro de Nacimientos de la Oficina de Registro Civil de San Antonio, Dpto. San Antonio, Provincia de Jujuy, República Argentina, correspondiente a M. J. F., DNI. nº ..., nacida el 21 de abril de 2000, quien en adelante se llamará M. J. N..

2) Oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con la transcripción de la parte dispositiva de la presente resolución, para la correspondiente toma de razón.

3) Imponer las costas al demandado vencido (art. 102 CPC) y regular los honorarios profesionales de las Dras. Natalia Fabiana Segovia y María Cristina

Fernández Blanco, en las sumas de PESOS TRES MIL (\$ 3.000,=), y PESOS UN MIL (\$ 1.000,=), respectivamente, más IVA si correspondiere.

4) Agréguese copia en autos, regístrese.