

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD
BIOLÓGICA CON LA IMPUGNACIÓN DE
PATERNIDAD EN EL PERÚ, ARGENTINA,
BRASIL Y COSTA RICA.**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR : Bach. JANICE MILAGROS MENDOZA RODRIGUEZ

ASESOR : Abg. FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUAREZ



**TRUJILLO – PERU.
2015.**

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD
BIOLÓGICA CON LA IMPUGNACIÓN DE
PATERNIDAD EN EL PERÚ, ARGENTINA,
BRASIL Y COSTA RICA.**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR : Bach. JANICE MILAGROS MENDOZA RODRIGUEZ.

ASESOR: Abg. FRANCISCO JAVIER MAURICIO JUAREZ.



**TRUJILLO – PERU.
2015.**

PRESENTACIÓN.

SEÑORES DOCTORES MIEMBROS DEL JURADO:

Dando cumplimiento a uno de los requisitos exigidos por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Privada “Antenor Orrego”, ponemos su disposición la tesina titulada:

“PRÓTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA CON LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN EL PERÚ, ARGENTINA, BRASIL Y COSTA RICA”

Esperando cumplir con los objetivos propuestos, sometemos la presente tesina a su evaluación y ponderación respectiva, esperando que la misma pueda ser aprobada.

Trujillo, Noviembre de 2015.

JANICE MILAGROS MENDOZA RODRIGUEZ
Bachiller en Derecho

AGRADECIMIENTO.

A mi familia, por su comprensión y estímulo constante, además de su apoyo incondicional a lo largo de mis estudios.

A todas las personas que de una u otra manera me apoyaron en la realización de este trabajo.

DEDICATORIA.

*A Dios, por darme fuerzas para seguir adelante
día a día.*

*A mis queridos padres, Mario e Ysabel por la
semilla de superación que han sembrado en mí.*

A Germán por ser mi apoyo en todo momento.

A mi hijo, por ser la luz de mi vida.

RESUMEN.

El interés por abordar la presente investigación, titulada **“Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica”**, radica en la necesidad de determinar si se protege la identidad biológica del menor, o no, con la impugnación de la paternidad, a merced de lo regulado en los diferentes artículos de las constituciones, de los códigos civiles, código del niño y de los adolescentes, código de familia así como los diferentes convenios y tratados que protegen y reconocen los derechos con los que debe contar un menor cuyo bienestar es considerado como una prioridad del Estado.

La identidad es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo.

A efectos de comprender las implicancias de las variables analizadas – la identidad biológica y la impugnación de paternidad – nos hemos valido de los aportes de la doctrina, la jurisprudencia y los precedentes vinculantes (recopilación documental).

Creemos que la importancia de la presente investigación radica en la posibilidad de determinar si se protege el derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica, permitiéndonos confirmar o rechazar nuestra hipótesis planteada; y al mismo tiempo, servirá de precedente a futuras investigaciones, a efectos de superar lo hasta aquí logrado.

ABSTRACT.

The interest in addressing this research, entitled "**Protection of the right to identity with biological paternity challenge in Peru, Argentina, Brazil and Costa Rica**", is the need to determine whether the biological identity of the child is protected or not, with the denial of paternity, at the mercy of the regulations in the various articles of the constitution, civil code, child and adolescent, family code and the various conventions and treaties that protect and recognize the rights that should tell a child whose welfare is considered as a State priority.

Identity is a human right which includes correlated rights: the right to a name, to meet the subsidiary's own history, the recognition of legal personality and nationality. Like all human rights, the right to identity is derived from the inherent dignity of the human being, which is why it belongs to all people without discrimination, being forced by the State to guarantee, through the implementation of all means available to it to make it effective

In order to understand the implications of the analyzed variables - the biological identity and paternity challenge - we have made use of the contributions of the doctrine, jurisprudence and binding precedents (documentary collection).

We believe that the importance of this research lies in the ability to determine whether the law protects the identity of biological paternity challenge the laws of Peru, Argentina, Brazil and Costa Rica, allowing us to confirm or reject our hypothesis, and at the same time serve as a precedent for future research, in order to overcome the hitherto achieved.

TABLA DE CONTENIDO.

CARATULA.....	1
CONTRACARATULA.....	2
PRESENTACION.....	3
AGRADECIMIENTO	4
DEDICATORIA	5
RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
TABLA DE CONTENIDO	8
ÍNDICE DE CUADROS.....	12
ÍNDICE DE GRAFICOS	12
CAPÍTULO I: PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN.....	13
1. Realidad problemática.....	14
2. Antecedentes de la investigación.....	19
3. Enunciado del problema.....	22
4. Hipótesis de investigación.....	23
5. Variables de investigación.....	23
6. Operacionalización de las variables.....	23
7. Objetivos.....	25
7.1.Generales.....	25
7.2.Específicos.....	25
8. Justificación de la investigación.....	26
8.1.Conveniencia.....	26
8.2.Relevancia social.....	26
8.3.Implicancia práctica.....	26

8.4. Valor Teórico.....	27
CAPÍTULO II: DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	28
1. SUBCAPITULO I: MARCO HISTORICO CONTEXTUAL.....	29
2. SUBCAPITULO II: MARCO NORMATIVO.....	35
3. SUBCAPITULO III: MARCO TEORICO.	55
3.1. TITULO I: IDENTIDAD BIOLOGICA.....	56
3.1.1. Concepto de identidad.	56
3.1.2. Concepto de identidad biológica.	58
3.1.3. El derecho a vivir con la familia biologica es parte del derecho a la identidad.....	60
3.1.4. No reconocer el derecho a la identidad atenta contra el interes superior del niño.....	61
3.1.5. Instrumentos juridicos que protegen el derecho a la identidad.	62
3.1.5.1. En el Peru	62
3.1.5.2. En Argentina.	65
3.1.5.3. En Brasil.....	66
3.1.5.4. En Costa Rica	67
3.2. TITULO II: IMPUGNACION DE PATERNIDAD	69
3.2.1. SUBTITULO I: DERECHO DE FAMILIA	69
3.2.1.1. Naturaleza juridica.	69
3.2.1.2. Definicion.	69
3.2.1.3. Objetivo.....	71
3.2.1.4. Contenido.	71
3.2.1.5. Finalidad.	72
3.2.1.6. Parentesco.....	73
3.2.1.6.1. Etimologia	73

3.2.1.6.2. Naturaleza Juridica.....	74
3.2.1.6.3. Caracteristicas.....	75
3.2.1.6.4. Clases	76
3.2.1.7. Familia.	80
3.2.1.7.1. Concepto	80
3.2.1.7.2. Importancia.....	82
3.2.1.7.3. Funciones.....	83
3.2.2. SUBTITULO II: FILIACION.....	85
3.2.2.1. Concepto.	85
3.2.2.2. Clases.....	85
3.2.2.3. Filiacion matrimonial.	86
3.2.2.3.1. La determinacion de la paternidad matrimonial.....	86
3.2.2.3.2. Fundamentos de la presuncion de paternidad matrimonial.....	89
3.2.2.3.3. Vigencia de la presuncion de paternidad matrimonial.....	92
3.2.2.4. Filiacion extramatrimonial	95
3.2.2.4.1. Investigacion de la paternidad.....	95
3.2.2.4.2. Determinacion de la paternidad extramatrimonial.....	98
3.2.2.4.3. La prueba en la determinacion del vínculo paterno filial	99
3.2.2.4.3.1. El examen de ADN y la ley N° 28457 modificada por la ley N° 29821	102
3.2.3. SUBTITULO III: NEGACION DE PATERNIDAD	105
3.2.3.1. Concepto	105

3.2.3.2.Sistemas de investigacion de la presuncion de paternidad matrimonial	108
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	113
1. Tipo de investigación jurídica.....	114
2. Nivel de investigación.	114
3. Diseño de investigación.	114
4. Material de investigación.....	114
5. Métodos de investigación.....	116
5.1.Métodos generales.....	116
5.2.Métodos específicos.	117
6. Técnicas e Instrumentos	118
CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	120
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	127
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	130
ANEXOS	133

ÍNDICE DE CUADROS

1. CUADRO N° 1: OPERACIONALIZACION DE VARIABLES.....	23
2. CUADRO N° 2: ASPECTOS POSITIVOS DE LAS LEGISLACIONES.....	122
3. CUADRO N° 3: ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS LEGISLACIONES.....	125

ÍNDICE DE GRAFICOS

1. GRAFICO N° 1: ASPECTOS POSITIVOS DE LAS LEGISLACIONES.....	123
2. GRAFICO N° 2: ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS LEGISLACIONES.....	126

CAPITULO I

PROBLEMATICA

DE

INVESTIGACION

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La familia viene experimentando vertiginosos cambios que se reflejan en las diferentes formas que adopta a partir de los roles que asignados por la sociedad y el Estado tienen sus miembros, y que el derecho debe normar y comprender en los sistemas jurídicos formulados no solo a partir del derecho de familia propiamente, sino también a la luz del derecho constitucional y los principios de derechos humanos que lo albergan.

Uno de los cambios en la organización de la familia que se verifica con mayor frecuencia a partir de su mayor publicidad en los últimos tiempos, es el referido a la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido de ésta. Así, la tradicional familia basada en el matrimonio y fundada en los deberes de fidelidad y cohabitación entre los cónyuges, no es precisamente una que se verifica siempre en la realidad social. Esto supone que existen niños y niñas que formalmente tienen por padre al marido de la madre, en razón de la institución de la presunción de paternidad matrimonial, pero que en razón a la verdad biológica y la posesión de estado, en algunos casos, tienen por padre biológico a una persona distinta del marido de la madre.

Siendo así, es preciso entonces considerar que si bien la presunción de paternidad matrimonial otorga un nivel de certeza y protección, en efecto, al hijo de mujer casada, quien en situaciones

“de normalidad” se verá exenta de la obligación de probar que cada hijo que concibe es de su marido; para los casos en que esta mujer concibe un hijo que no es de su marido, será preciso que el derecho, en aras de la protección del derecho a la identidad de estos niños como se consagra en la Constitución Política del Estado Peruano en el artículo 2°, inciso 1 y el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, prime la verdad biológica, el principio de libre investigación de la paternidad, el derecho a conocer a los padres y el principio del interés superior del niño.

El ser humano tiene una determinada identidad desde su concepción que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. Siendo así, la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres, conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes, sino que esto es importante, para su desarrollo; por lo que para garantizar la identidad del menor se debe promover la determinación de la filiación a partir del principio de igualdad en la responsabilidad paterna, ya sea que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio.

El Código Civil Peruano en su artículo 396° prescribe que: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*. De la redacción de este artículo, se infiere que en el caso del hijo extramatrimonial de mujer casada, no se permite realizar el reconocimiento del hijo extramatrimonial, sino después de que el

marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Asimismo, el Código Civil Peruano en su artículo 364° establece el plazo para interponer la acción de negación: *“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”*. La impugnación de paternidad es un proceso que consiste en la negación de paternidad de un hijo de quien no se crea padre. Años atrás era un proceso muy complejo pero actualmente es factible gracias al avance de la ciencia como las pruebas de ADN se puede determinar con facilidad probar que los hijos que presumíamos biológicos resulten no serlo y poder impugnar (anular) el reconocimiento o en el caso de la falsa paternidad de su hijo biológico que lo ha firmado una tercera persona.

Al concluir la presente investigación, se dará a conocer que en la práctica, existen posturas marcadas por los órganos jurisdiccionales en las que, afectando el derecho a la identidad biológica que ampara a todos los menores, se aplica el artículo 361° y 396° del Código Civil, declarando infundadas las demandas cuando los recurrentes buscan que el menor sea reconocido por el padre biológico: y del otro lado, existen jueces que, ponderando el derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, inaplican el artículo 396° del Código Civil, a efectos de que el menor goce de dicho derecho. En lo que respecta al derecho

comparado se mostrará las similitudes y diferencias que existe entre las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica y las realidades en las que son aplicadas.

En Argentina, el código civil en su artículo 259° establece “*La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo*”. Un importante sector de la doctrina nacional argentina justifica la restricción impuesta por el art. 259 del CC en perjuicio del presunto padre biológico señalando que el interés superior del niño no es ajeno a estas restricciones; en efecto, la acción de impugnación de la paternidad supone desplazar al niño de su estado de filiación matrimonial para pasar al de la filiación extramatrimonial; si bien es cierto la ley declara la igualdad de todos los hijos, no puede dudarse que, con frecuencia, la procedencia de la acción de impugnación ejercida por un tercero tiene por efecto no sólo privar al niño de los vínculos jurídico que lo unen al marido de su madre, con quien vive, es amado y cuidado, sino también de los lazos que lo vinculan a todos los parientes de su padre (abuelos, tíos, primos). Por otro lado un sector de la

doctrina distingue según cuál sea la situación familiar de cada caso concreto: si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre señala que esa legitimación debe ser negada.

En Brasil, el nuevo Código civil brasileiro se suprime el plazo para el ejercicio de la acción para contestar la paternidad, independientemente que el padre esté presente en la casa donde se produjo el nacimiento, esté ausente o no se le haya ocultado el nacimiento, lo que se presenta como una verdadera novedad en el derecho comparado sudamericano. De este modo, se desploman los presupuestos del derecho brasileiro anterior, arraigados en principios sociales y culturales totalmente superados por la biociencia de manera que en cualquier momento el marido puede impugnar la paternidad del hijo parido por su mujer bajo el sustento que “la verdad de la paternidad genética no puede estar subordinada a un plazo”.

En Costa Rica, existe un sistema mixto de acciones de filiación, que, por lo complejo de su estructura, hace perder la noción de conjunto, ya que no tiene una definición clara en cuanto a sus fines y bienes tutelados. Por una parte se tiende a proteger a la madre soltera, permitiendo un sistema de investigación de paternidad abierto, pero por otro, dificulta la acción de desplazamiento de estado por parte de la madre ligada en matrimonio. En la acción de

impugnación de paternidad, solo se permite al cónyuge ejercer el derecho de desplazar la paternidad de los hijos o hijas habidos dentro del vínculo matrimonial y no a la madre, quién deberá intentarlo por la vía del artículo 71 Código de Familia.

2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

- Ramírez Núñez, Paola Janet (2012) realizó la investigación titulada “RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DE LA MUJER CASADA Y LA TRANSGRESION A LA IDENTIDAD BIOLOGICA DEL MENOR EMERGENTE DEL ARTICULO 396° DEL CODIGO CIVIL PERUANO” en la Universidad Privada del Norte, en la que concluye que:
 - o *“Existen posturas marcadas por los órganos jurisdiccionales en las que, afectando el derecho a la identidad biológica que ampara a todos los menores, aplican el artículo 361° y 396° del Código Civil, declarando así infundadas las demandas cuando los recurrentes buscan que el menor sea reconocido por el padre biológico”*

- Dulanto Medina, Marcela (2009) realizó la investigación titulada “ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLOGICO Y DE LA MADRE NATURAL DENTRO DEL MATRIMONIO” en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que concluye que:

- *“El Derecho de Identidad del Hijo Biológico y de la Madre Natural se lograría mediante la Acción de Impugnación de Paternidad modificando el Artículo 367° del Código Civil.”*

- Chávez Segura, Yuliana Nayroby (2009) realizó la investigación titulada “NEGACION DE LA PATERNIDAD EN LA FILIACION MATRIMONIAL DE UN MENOR RECONOCIDO” en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la que concluyo que:
 - *“Respecto a la acción de negación de la paternidad de la filiación matrimonial no establecida en el plazo de ley del menor reconocido se va a transgredir derechos sumamente fundamentales hacia este como es el derecho a su verdadera identidad, a conocer a sus verdadero padre y a preservar su identidad en sus relaciones familiares.”*

- Egúsqiza Valverde, Betty Carolina (2011) realizó la investigación titulada “NECESIDAD DE REGULAR LOS DERECHOS DEL PADRE BIOLÓGICO RESPECTO DEL HIJO NACIDO CON MUJER CASADA” en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la que concluyo que:
 - *“La Necesidad de regular los derechos del padre biológico respecto de su menor hijo nacido con mujer casada al constituir una laguna legal en nuestro ordenamiento, el*

derecho del menor a conocer a sus verdaderos padres, teniendo como correlato el derecho fundamental a la verdadera identidad y su relación intrínseca que existe con el Interés Superior del Niño, teniendo como fin una concreta solución a esta problemática de determinar la verdadera identidad de un menor y todo lo concerniente a lo que su desarrollo integral se refiere.”

- Mendoza Paredes, Irma Elizabeth (2009) realizó la investigación titulada “AFECTACION AL DERECHO DE IDENTIDAD DEL CONCEBIDO CON EL USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU” en la Universidad Cesar Vallejo, en la que concluyo que:
 - o *“La maternidad subrogada no permite al nacido bajo dicha técnica acceder a su identidad biológica por tanto le esta negando el derecho a conocer su origen y prerrogativa esencial e intransferible de toda persona.”*

- Ulloa Alcalde, Fiorella Giovanna (2012) realizó la investigación titulada “LOS CRITERIOS DE LA IDENTIDAD PSICOLOGICA, SOCIOLOGICA Y PARENTAL EN LAS ACCIONES DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD DEL PADRE BIOLOGICO” en la Universidad Privada Antenor Orrego, en la que concluyo que:

- *“Para resolver acciones las acciones judiciales de impugnación de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada, los Jueces deben priorizar los principios de protección especial del niño, interés superior del niño a valorar únicamente la prueba genética del ADN.”*

- López Serna, Paola Andrea (2006) realizó la investigación titulada “UNA PROPUESTA NORMATIVA EN DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PADRE BIOLÓGICO COMO CONTRADICTOR LEGÍTIMO Y DEL MENOR CONCEBIDO EN ADULTERIO EN COLOMBIA” en la Universidad de Medellín, en la que concluyo que:
 - *“La falta de legitimación por la ley sustancial, al padre biológico le ha impedido su efectivo ejercicio, derecho de acción, no solo como el derecho de acceder a un proceso, sino también derecho a que se adelante un debido proceso, en el que se aporte pruebas que sustenten la pretensión y que generen certeza suficiente en el juez que lo lleve a decidir de forma justa el fallo, al ser evidente el interés para obrar del padre biológico.”*

3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿De qué manera se protege el derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica?

4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACION.

“Se protege el derecho a la identidad biológica con la impugnación de la paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica en cuanto se le otorgue al menor el derecho de conocer y vivir con sus verdaderos padres biológicos”.

5. VARIABLES DE INVESTIGACION.

- V.D.
 - Derecho a la Identidad Biológica

- V.I.
 - Impugnación de Paternidad

6. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

CUADRO N° 1
OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
IDENTIDAD BIOLOGICA	CONCEPTO	
	INSTRUMENTOS JURIDICOS QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA IDENTIDAD	En el Perú
		En Argentina
		En Brasil
		En Costa Rica
IMPUGNACION DE PATERNIDAD	DERECHO DE FAMILIA	Naturaleza Jurídica
		Características del Derecho de Familia
		Concepto de Familia
		Principios Constitucionales referentes a la familia
	FILIACION	Concepto
		Filiación Matrimonial

		Filiación Extramatrimonial
	NEGACION DE PATERNIDAD	Concepto
		Casos de Negación de Paternidad

7. OBJETIVOS.

7.1. General.

- Determinar si se protege el derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica.

7.2. Específicos.

- Explicar el concepto de filiación dentro del marco normativo de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica.

- Definir la identidad biológica y su importancia como derecho fundamental.
- Identificar casos que impiden el reconocimiento de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada.
- Comparar las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica sobre la Identidad Biológica.
- Comparar las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica sobre la Negación de Paternidad
- Identificar en el derecho comparado la importancia del derecho a la identidad biológica del menor.

8. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.

8.1. CONVENIENCIA.

La presente investigación sirve para dar a conocer de qué manera se estaría afectando el derecho a la identidad biológica que ampara a todo menor con la aplicación de algunos artículos de las legislaciones del Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica que vulneran el derecho fundamental a la identidad transgrediendo tratados internacionales.

8.2. RELEVANCIA SOCIAL.

La presente investigación reviste de relevancia social, pues en los últimos tiempos la familia viene experimentando vertiginosos

cambios, uno de los cambios es el referido a la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido; esto supone que existen niños y niñas que formalmente tienen por padre al marido de la madre, pero que en razón a la verdad se estaría vulnerando su derecho a la verdadera identidad biológica en cuanto no se le permita ser reconocido por su verdadero padre.

8.3. IMPLICANCIA PRÁCTICA.

La presente investigación está orientada hacia la protección del derecho a la identidad biológica del menor, siendo este un derecho inherente y fundamental para su desarrollo e integridad, de igual manera se efectuara una comparación con las legislaciones de Argentina, Brasil y Costa Rica para encontrar las similitudes y diferencias existentes en las legislaciones.

8.4. VALOR TEÓRICO.

La presente investigación desarrollará un marco teórico que permita integrar los fundamentos jurídicos que protegen el derecho a la identidad biológica del menor haciendo una comparación con las legislaciones de Argentina, Brasil y Costa Rica, a fin de concientizar tanto a nuestros legisladores como a nuestra sociedad, mejorando nuestro ordenamiento jurídico sobre este tema y facilitar a la población el acceso a la justicia,

CAPITULO II

DESARROLLO TEORICO DE LA INVESTIGACION

SUBCAPITULO I

MARCO HISTORICO Y CONTEXTUAL

La familia es la célula básica del tejido social, núcleo esencial de la vida en sociedad, base de la sociedad y núcleo básico del sistema; en otras palabras, la familia es el núcleo esencial de la sociedad. En ese sentido, tenemos entonces que de todas las instituciones, públicas o privadas, la familia es la que reviste mayor significación representando el núcleo fundamental, la base más sólida en la que reposa toda la organización social; siendo así, se debe tomar en cuenta los cambios por los que atraviesa actualmente las familias tradicionales como por ejemplo: la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido de ésta; debiéndose normar y comprender en los sistemas jurídicos formulados no solo a partir del derecho de familia propiamente, sino también a la luz del derecho constitucional y los principios de derechos humanos que lo albergan (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Para tener un mejor panorama sobre el tema, debemos remitirnos al principio de atribución paternal, el cual se encuentra sustentado en el matrimonio y tiene como antecedentes muy remotos al Código de Hammurabi, en las Leyes de Manú, en el Derecho Hebreo y en el antiguo Derecho Romano en el que se consagró primigeniamente: *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativatis legitimae* (el día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo).

Por el contrario, la mayoría de textos establecen su origen en la máxima contemplada en el DIGESTO (libro II, título IV, ley 5), que reza: *Pater est is quem justae nuptia demostrant*, padre es el que se demuestra con las nupcias; sin embargo, la presunción de paternidad antes referida se encontraba sujeta a dos limitaciones, que “*sólo se considera procreado dentro del matrimonio al hijo que nazca después de los ciento ochenta y dos días de celebrad el matrimonio y antes de los trescientos de su disolución*”.

En cuanto a la Filiación, tenemos que en sentido genético es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos; en ese sentido la situación de los hijos no siempre recibió un trato igualitario, sus derechos estaban condicionados a que nazcan dentro de un matrimonio, pues si lo hacían fuera de él, entonces se encontraban en una situación de inferioridad y con derechos restringidos, respecto de aquellos que si habían nacido dentro de un matrimonio, a la par de la denominación de ilegítimos que se les dio, y que por cierto era muy peyorativa. (MENDEZ COSTA, y otros, 2001)

En el Código Civil de 1936, se les clasificó en legítimos en tanto que habían nacido dentro de un matrimonio, e ilegítimos si el nacimiento se producía fuera del matrimonio. Con el Código Civil de 1984, se supera este trato discriminatorio en consonancia con el artículo 6°, de la Constitución de 1979, vigente cuando se promulgó el Código Civil de 1984, sin embargo se les separa según nazcan dentro de un matrimonio o

fuera de él; son matrimoniales o extramatrimoniales pero con iguales derechos. La Constitución de 1993, en su artículo 6°, recogió la igualdad de los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres, y la naturaleza de la filiación de los hijos en los Registros Civiles y en cualquier documento de identidad, sin embargo brinda dos condiciones a los hijos, los matrimoniales cuando nacen de padres casados, y los extramatrimoniales cuando nacen de padres no casados, entendiéndose que la división de los hijos no califica sino describe la situación de ellos.

En lo que respecta a la filiación matrimonial, nuestro Código Civil, ha regulado una serie de instituciones, así tenemos que en su artículo 361°, establece que: *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”*, a lo que debe añadirse lo regulado en el artículo 363°, en cuando indica que *“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo [...] cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio...”* y artículo 369°: *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”*.

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

La presunción de paternidad aparece como un derecho, en tanto es únicamente el marido, y nadie más que él, quien dispone de la facultad (o poder) de contestar la paternidad (artículo 367°). En efecto, el legislador se opone radicalmente a la idea de que la presunción legal pueda ser cuestionada, en caso de adulterio, por la madre del niño y por su cómplice (es decir, el padre biológico del menor).

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

En Argentina, no solo se estableció originariamente las categorías de hijos legítimos e ilegítimos, sino que además, entre estos últimos se distinguía los hijos sacrílegos (hijos de clericós), los incestuosos (eran los nacidos de quienes eran hermanos, ascendientes o descendientes), los adulterinos (eran aquellos cuyos padres no podían casarse a la época de la concepción del hijo por tener, uno de ellos o ambos, impedimento de ligamen. Respecto a todos ellos, se proclamaba que no tenían por las leyes (código de 1985) padre ni madre ni derecho a investigar la paternidad o maternidad.

Los hijos naturales, nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo, tenían cierto estado de

familia, ya que se les permitía demandar por reclamación de filiación, solicitar alimentos y tenían porción hereditaria a la muerte de sus padres, aunque concurriendo con hijos o descendientes legítimos esa porción equivalía a un cuarto de la parte de estos.

La ley 14.367 del año 1954 eliminó en Argentina, las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, y les confirió a todos los derechos que hasta ese momento solo tenían los hijos naturales; además elevó su porción hereditaria, de la cuarta parte a la mitad de los que le correspondería a un hijo matrimonial.

La Ley 23.264 estableció en su art. 240 que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos. Sin embargo, las categorías de hijo matrimonial y extramatrimonial se mantienen, pero esto, no para crear distinciones entre uno y otros en cuanto a derechos reconocidos, sino porque es diversa la forma de establecer la paternidad en el caso de hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En cuanto a la determinación de la filiación se presupone un vínculo o nexo biológico entre padres e hijos, cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinados.

En Brasil, durante la vigencia del Código de 1916, la única manera de constituir familia era por el matrimonio no siendo reconocida otras formas de convivencia. La constitución de 1988 creó una nueva gama de valores,

la promoción de varios cambios, especialmente con respecto al Derecho de familia. Por Ley N° 8560, del 29 de diciembre del 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales¹ estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación. En doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial (MADALENO, 2009).

En Costa Rica, la Ley N° 8101, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril del 2001 tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley 28457 pues "... pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida"

¹ Esta ley deroga los artículos 332°, 337° y 347° del Código Civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual código brasileño del 2002.

SUBCAPITULO II

MARCO NORMATIVO

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**
 - **Artículo 16°, inciso 3:** *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.*
 - **Artículo 25°, inciso 2:** *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.*

- **Declaración de los Derechos del Niño de 1959**
 - **Principio 1:** *“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”.*

 - **Principio 2:** *“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”.

- **Convención Americana sobre los Derechos Humanos 1969**
 - **Artículo 5°: Derecho a la Integridad Personal:** *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.*
 - **Artículo 19°: Derechos del Niño:** *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.*

- **Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos 1976**
 - **Artículo 24°, inciso 1:** *“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”.*

- **Convención sobre los Derechos del Niño de 1990**

- **Artículo 7°:**
 1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

- **Artículo 8°:**
 1. *Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
 2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

- **Artículo 9°:**
 1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el Interés Superior del Niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño*

sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

1. EN PERÚ

○ Constitución Política del Perú de 1993

- **Artículo 2°:** “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.”*

- **Artículo 4°:** “*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”.*

- **Artículo 6°:** *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”.*
- **Artículo 55°:** *“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.*
- **Cuarta Disposición Final y Transitoria:** *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

○ **Código civil de 1984**

- **Artículo 361°:** *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”.*

- **Artículo 363°:** *“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:*
 - *Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.*
 - *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.*
 - *Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.*
 - *Cuando adolezca de impotencia absoluta.*

- *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 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”.*

- **Artículo 364°:** *“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”.*

- **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”.*

- **Artículo 386°:** *“Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.*

- **Artículo 396°:** *“El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.*

- **Artículo 404°:** *“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”.*

- **Artículo 418°:** *“Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores”.*

- **Código del Niño y de los Adolescentes – Ley N° 27337 del 2000.**
 - **Artículo 4°:** *“El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación”.*

- **Artículo 6°:** *“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. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”.*
- **Artículo 8°:** *“El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia. El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias*

especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos. Los padres deben velar porque sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

2. EN ARGENTINA

○ Código civil

- **Artículo 240°:** *“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.”*
- **Artículo 243°:** *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.”*
- **Artículo 246°:** *“La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: 1ro. Por la*

inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio de los padres, de conformidad con las disposiciones legales respectivas. 2do. Por sentencia firme en juicio de filiación.”

- **Artículo 243°:** *“La paternidad extramatrimonial queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.”*
- **Artículo 251°:** *“El derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.”*
- **Artículo 254°:** *“Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores*

universales. Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo incapaz. Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.”

- **Artículo 258°:** *“El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de*

que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda.”

- **Artículo 259°:** *“La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo”.*
- **Artículo 260°:** *“El marido podrá negar judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como su yo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a*

salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el Artículo 258. Para la negación de la paternidad del marido rige el término de caducidad de un año.”

3. EN BRASIL

○ Constitución Política

- **Artículo 227°:** “ Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida a la salud, a la alimentación, al a educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.”

○ Código civil

- **Artículo 1.597°:** *Se consideran concebido durante el matrimonio los niños:*
 - *I - nacido ciento ochenta días, al menos una vez establecida la vida conyugal;*
 - *II - nacido en 300 días siguientes a la disolución de la sociedad conyugal, muerte,*

separación legal, nulidad y anulación de matrimonio;

- *III - nacidos por fecundación artificial homóloga, incluso si el marido difunto;*
 - *IV - nacidos en cualquier momento, cuando se trata de embriones sobrantes que resulten de concepción artificial homóloga;*
 - *V - nacidos por inseminación artificial heteróloga, siempre que disponga de una autorización previa de esposo.*
-
- **Artículo 1.601°:** *“Corresponde al marido el derecho de impugnar la paternidad de los hijos nacidos de su mujer, es imprescriptible dicha acción.”*

 - **Artículo 1.609°:** *“El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio es irrevocable y se hará:*
 - *I - en la partida de nacimiento;*
 - *II - escrito por escritura pública o privada, que se presente en el Registro Civil;*
 - *III - por la voluntad, aunque de manera incidental manifestado;*
 - *IV - por la manifestación directa y expresa ante el tribunal, si bien hay un reconocimiento sido*

el principal objeto único de la ley que lo contiene.”

- **Artículo 1.614°:** *“El hijo mayor no puede ser reconocido sin su consentimiento, y el niño puede impugnar el reconocimiento en los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o emancipación.”*

4. EN COSTA RICA

- **Código de familia**

- **Artículo 69°:** *“Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.*

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

- a. *Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;*

b. Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y

c. Si de cualquier modo lo admitió como tal.

- **Artículo 72°:** *La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.*

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

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

- **Artículo 73°:** *“La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el*

caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador.”

- **Artículo 85°:** *“En un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de este Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar.*

También podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme. Para este efecto, quien desee efectuar el reconocimiento presentara la solicitud correspondiente ante el Juez de Familia de su domicilio, con el fin de que el acto sea autorizado según los

trámites previstos en los artículos 796 siguientes y concordantes del Código Procesal Civil.

El proceso se tramitara con la intervención de los cónyuges que figuren como padre y madre en el Registro Civil, del albacea si está en trámite un juicio sucesorio, del PANI si el hijo o la hija es una persona menor de edad, del hijo o la hija que se pretende reconocer si es persona mayor de edad.

Cuando el padre que indica que el Registro Civil sea desconocido o no puede ser encontrado para notificarle la audiencia respectiva, o si se ignora su paradero, se le notificara por medio de un edicto que se publicara en el Boletín Judicial.

De existir oposición de cualquiera de las partes mencionadas en el tercer párrafo de este artículo, la tramitación judicial se suspenderá para que las partes ventilen el caso de acuerdo con el procedimiento común abreviado, previsto en el Código Procesal Civil.

Si no existe oposición, una vez comprobadas sumariamente las condiciones expresadas, se autorizara el reconocimiento. El notario o el funcionario dará fe, en la escritura respectiva, de estar firme la resolución que lo autoriza e indicara el tribunal que la dictó y la hora y la fecha de esa resolución.”

- **Artículo 86°:** *“El reconocimiento podrá ser impugnado por el reconocido o por quien tenga interés, cuando ha sido hecho mediante falsedad o error.*

La acción del hijo no será admisible después de dos años contados desde la mayoría de edad, si antes tuvo noticias del reconocimiento y de la falsedad o error o desde que las tuvo si estos hechos fueren posteriores.

En el caso de tercero interesado, la acción deberá ser ejercida únicamente durante la minoridad del reconocido.”

SUBCAPITULO III

MARCO TEÓRICO

TITULO I.

IDENTIDAD BIOLÓGICA.

1. CONCEPTO DE IDENTIDAD.

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

Cada persona tiene el derecho a su identidad, es decir, que se respete su verdad personal, que se le conozca y defina sin alteraciones o desfiguraciones. Correlativo a este derecho se encuentra el deber de los otros de reconocer a la persona tal cual es. Ello significa que nadie puede desnaturalizar o deformar la identidad, atribuyendo a la persona calidades, atributos, defectos, conductas, rasgos psicologicos o de otra

indole que no le son propios, ni negar su patrimonio ideológico-cultural, sus comportamientos, pensamientos o actitudes.

La identidad posee una doble vertiente; de un lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo, la otra dinámica, que varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera de ellas, la estática ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la identidad personal. Se le designaba comúnmente como identificación. Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran entre otros, el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, contorno somático, el nombre.

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad:

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

“Se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético”.

2. CONCEPTO DE IDENTIDAD BIOLÓGICA.

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

La identidad biológica, producto de los vínculos de sangre entre los parientes, derivada de la ascendencia parental, no puede renunciarse ni siquiera en la más mínima parte, ni disponerse por el sujeto aún relativamente, por cuanto éste carece de alguna de las posibilidades modificadoras sobre lo que es en sí. El sujeto es como es y cómo las reglas de derecho lo asumen, lo conciertan y lo interpretan, atendiendo a

los datos reales de su entidad corporal y espiritual. No puede ser menos, no puede ser distinto, no puede ser otro ni puede trasvasarse a otros, no puede renunciarse a sí mismo, modificarse en su ser ni transferirse.

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

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

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

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

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

protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.1. EN EL PERÚ.

5.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

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

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

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

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

5.1.2. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

La Convención de los Derechos del niño protege el derecho a la identidad en su artículo 7° y 8° estableciendo que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

5.2. EN ARGENTINA.

En Argentina, la Constitución de 1994 instauró un paradigma distinto para el derecho de familia en los institutos de la filiación, la patria potestad, entre otros; los mismos que se han erigido en pautas interpretativas e inciden directamente en su regulación legal.

Así, la entrada en vigencia de esta carta constitucional ha dotado a los tratados de Derechos humanos el rango de norma constitucional. De hecho, el artículo 75, inciso 22 indica que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

5.2.1. COMISIÓN NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

La Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI) es un organismo que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina y tiene como objetivo velar por el cumplimiento de los artículos 7 y 8 de la Convención Internacional por los Derechos del Niño (llamados los artículos argentinos) condujo a poner en evidencia una forma de sometimiento de nuestra niñez en la que los hijos de desaparecidos y los hijos de mamás en estado de indefensión social, generalmente menores de edad, comparten mecanismos de despojo en común en los que se arrebató la identidad tratando al niño como un objeto.

5.3. EN BRASIL.

En el ordenamiento brasileiro, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la ley 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial –

antes legítima e ilegítima- que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, así como los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos.

De hecho, la Constitución de 1988 señala en el artículo 227 el principio de igualdad de los hijos y consagra en el artículo 5 el principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

Asimismo, el derecho de familia y la filiación en específico encuentran en los tratados de derecho internacional ratificados por Brasil un parámetro de rango equiparable al constitucional que irradia todas las instituciones que tienen una identidad material con los mismos.

5.4. EN COSTA RICA.

En Costa Rica, la filiación tiene un régimen compuesto por la Constitución de 1949 y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable así como el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras.

Ahora bien, los tratados conforme a las sentencias N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93 tienen rango por encima de la Constitución. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema indicó que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no

solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”.

En el mismo sentido, en la sentencia N° 2002-10693 del año 2002, la Sala Constitucional reiteró que, “ocurriendo a la luz del artículo 48 de la Constitución Política, todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos han sido elevados a rango constitucional, y por consiguiente estos deben ser incorporados en la interpretación de la Constitución sobre todo en esta materia (...)”.

Ahora bien, la Constitución de Costa Rica establece en el artículo 53 que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él y en el artículo 54 que se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación. Asimismo, son aplicables al ordenamiento costarricense el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prescribe todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

TITULO II.
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

SUBTÍTULO I.
DERECHO DE FAMILIA.

1.1. NATURALEZA JURÍDICA.

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios. Sin embargo, para considerarse autónoma, es necesario que se den tres supuestos, la independencia doctrinal, la independencia legislativa y la independencia judicial.

1.2. DEFINICIÓN.

El Derecho de familia es aquella rama del Derecho que se encarga de normar las relaciones existentes entre aquellas personas que se encuentran unidas por medio de vínculos sanguíneos, de afinidad, afectivos o creados por ley. Está representado por el conjunto de normas multidisciplinarias que regulan la sociedad conyugal, la sociedad paterno-filial y las instituciones de amparo familiar. La razón

de ser de estas normas jurídicas es la regulación de las relaciones que tienen sustento en la unión intersexual y en la filiación. (DIAZ DE GUIJARRO, 1953)

Paulo Lôbo sostiene que el Derecho de familia es el conjunto de reglas que disciplinan los derechos personales y patrimoniales de las relaciones de familia. Para Venosa el Derecho de familia es la rama del Derecho Civil con características peculiares e integradas por un conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas familiares, orientado por elevados intereses morales y el bienestar social (LÔBO, 2008).

Para los profesores brasileños Cristiano Chaves de Farías e Nelson Rosenvald, el Derecho de familia es un conjunto de normas-principios y normas-reglas jurídicas que regulan las relaciones derivadas del vínculo afectivo, incluso sin matrimonio, destinados a promover la personalidad humana, a través de los efectos personales, patrimoniales y asistenciales.

Actualmente, y dada su dimensión, el Derecho de familia no es una rama exclusiva del Derecho Privado ni del Derecho Civil. Merece una variada atención jurídica comenzando por el Derecho constitucional que reconoce de los principios que la inspiran; el Código Civil que regula directamente las relaciones familiares; el Código de menores que desarrolla técnicamente el aspecto tutelar y de resguardo de aquellos integrantes que, por cuestiones de edad, ameritan un cuidado especial; el Código Penal que sanciona los delitos contra la familia, los

matrimonios ilegales, los delitos contra el estado civil, los atentados contra la patria potestad y la omisión de asistencia familiar, así también el Código procesal regula procesos típicos de las relaciones familiares.

1.3. OBJETIVO.

Trata a la familia como el conjunto de personas cuya unión está fundamentada en vínculos afectivos, sanguíneos o legales. Esta rama del Derecho tiene como principal objeto de su estudio las constelaciones normativas que tipifican los elementos e instituciones en los que se desarrollan las relaciones personales de índole familiar.

1.4. CONTENIDO.

- **Relaciones personales**, entre padres e hijos (filiación), entre cónyuges (matrimonio), entre convivientes (unión estable), entre tutor y pupilo (tutela) y curador con curado (curatela).

- **Relaciones patrimoniales**, régimen económico del matrimonio (artículo 295°), tratamiento patrimonial derivado de las uniones estables (artículo 323°), derecho de habitación (artículos 323°, y 731°), gananciales (artículos 323°, y 730°) derechos sucesorios (artículos 724°, y 822°), alimentos (artículos 472°, y ss.), patrimonio familiar (artículo 488°).

- **Relaciones de familia**, las dos típicas instituciones del Derecho de familia son el matrimonio y la filiación. El matrimonio configura familia por excelencia y la filiación por especialidad. Todo lo demás se deriva de ellos. Surgen, también las relaciones de la unión estable que cada vez tienen mayor trascendencia legal.
- **Relaciones cuasi familiares**, derivadas del aspecto de cuidado y atención hacia los sujetos de derechos débiles dentro de la familia entre las que tenemos a la tutela (dirigida a los menores) y la curatela (a los mayores incapaces). Ambas instituciones derivan de la incapacidad, figura perteneciente al Derecho de las personas, de ahí que se discuta su denominación y ubicación en el Libro de familia.

1.5. FINALIDAD.

Busca la protección de la institución familiar entendida como el conjunto de individuos que comparten una vida bajo semejante escala de valores en los que el afecto es su principal razón de integración. La familia, como base estructural de la sociedad y el medio natural en la que el hombre encuentra felicidad, desarrollo y medio de vida, requiere de un Derecho que responda realmente a sus expectativas, finalidades y exigencias.

Sin embargo, las normas legales actualmente no están del todo acorde con el esquema de desarrollo de la familia, requiriéndose un tratamiento legal no limitativo sino que, A contrario sensu, llegue a encontrar un norte y sirva para perfilar las finalidades de las familias.

1.6. PARENTESCO.

1.6.1. ETIMOLOGÍA.

La palabra parentesco proviene del latín *parentus* que se origina de *par*, igual y de *entis*, ente o ser. Parientes son todas aquellas personas que comparten un mismo origen. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013).

Otro sector refiere que la palabra parentesco (cualidad de pariente) está formada a partir del término *pariente* y el sufijo *esco* que indica relación o pertenencia. Por su parte la palabra pariente proviene de las concepciones latinas *parens*, *parentis* y *parentatus* que significa padre o madre.

La mayoría de la doctrina afirma que el origen etimológico de la palabra parentesco viene del verbo *parere* (parir, dar a luz) y este de la raíz indoeuropea *per* que significa producir.

Para el Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Española, este es el vínculo, conexión, enlace o relación que existe entre las personas.

1.6.2. NATURALEZA JURÍDICA.

Dentro de la naturaleza jurídica del parentesco tenemos diferentes posturas como:

1.6.2.1. Derecho Personalísimo: Se considera al parentesco como un derecho personalísimo que el sujeto tiene respecto de aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

1.6.2.2. Atributo de la Persona: Es un elemento o cualidad de la persona que la distinguen de otra. La persona cuenta con un parentesco propio que conjuntamente con el resto de sus atributos coadyuvan a su identificación y su distinción de otros sujetos de derecho.

1.6.2.3. Institución de Derecho de Familia: El parentesco genera relaciones familiares que supone aquel vínculo que une a una persona con los distintos miembros de su familia cuyo alcance, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.

1.6.2.4. Vínculo Jurídico: El parentesco es un vínculo jurídico existente entre consanguíneos, afines y entre el adoptante y adoptado (ZANNONI, 1998). Este criterio que

alude al vínculo jurídico se sustenta en que el vínculo biológico, mientras no trascienda en ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas (AZPIRI, 2005).

1.6.3. CARACTERÍSTICAS.

El parentesco tiene las siguientes características:

- Es connatural del ser humano; (concebido, persona natural) y permite distinguir a una persona de otra, la identifica. Cae bajo el marco de protección del derecho a la identidad e intimidad.
- Es una institución principal de Derecho de Familia; generadora de relaciones o vínculos familiares. A partir del parentesco surgen lazos de familia entre los miembros vinculados parentalmente.
- Genera el estado de familia parental entre las personas vinculadas. El parentesco hace surgir entre los parientes estados de familia parentales correspondientes entre sí; v.g.: padres, abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos; hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc.
- Tiene su origen en la naturaleza, la ley (y de ser el caso la religión). La principal fuente del parentesco son los lazos de sangre, sea porque las personas descienden unas de otras o se comparte un tronco común. Además, la ley crea

entre personas no vinculadas por lazos de sangre, relaciones parentales, como es el caso de los adoptados, afines y compadres/ahijados. La religión ya no genera efectos parentales a través de sus sacramentos (bautismo, confirmación y matrimonio).

- El alcance, duración y efectos jurídicos del parentesco son establecidos por el ordenamiento jurídico. Así estemos ante relaciones parentales consanguíneas, el ordenamiento jurídico determinará a las personas que serán consideradas parientes, la permanencia y/o extinción y los correspondientes efectos jurídicos que genera. El parentesco genera vínculos o relaciones que, al margen de la fuente consanguínea o legal, son contempladas y recogidas por la ley para generar efectos jurídicos. En general, el contenido de las diferentes relaciones jurídicas parentales es establecido por el ordenamiento jurídico a partir de normas de orden público y de carácter imperativo.
- No tiene un alcance ilimitado, si así fuera los ámbitos de la familia se confundirían con los de toda la humanidad o con los de extensas porciones de ella. Terminaría siendo parientes de todos.
- Los efectos jurídicos del parentesco tienen una repercusión multidisciplinaria, se vinculan no solo al ámbito civil, sino al ámbito penal, procesal, societario, electoral, etc.

1.6.4. CLASES.

En doctrina encontramos varios criterios que se tienen en cuenta para extraer la diversidad de parentesco. Revisemos las más trascendentales.

1.6.4.1. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural.

Tradicionalmente la doctrina distinguió un parentesco legítimo o civil que se da cuando la generación que se forma tiene su base en el matrimonio y un parentesco natural, caracterizada por una generación extramatrimonial que obtiene el reconocimiento jurídico.

1.6.4.2. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado.

La intensidad del vínculo de parentesco está relacionada con determinados efectos jurídicos.

A su establecimiento se llega mediante un cómputo de línea y grado. La distinción se realiza entre los parientes en línea recta (personas que descienden unas de otras) y parientes en línea colateral (personas que aun habiendo un tronco común, no descienden de otra).

Los grados tanto como generaciones en línea recta, excluido el pariente cuyo parentesco se quiere determinar. En cuanto al

parentesco colateral, se contara con referencia al número de generaciones en vía ascendente por un lado y descendente por otro, excluida la persona cuyo parentesco se quiere determinar. Cuando más lejano esta el tronco mas aumenta el número de grados y, por ende, se debilita el vinculo de parentesco.

1.6.4.3. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado.

Podemos hablar de un parentesco abierto y de un parentesco cerrado relacionado a la capacidad de extensión de este fenómeno a la de los sujetos entre los cuales existe el vínculo inmediato de sangre. V. gr. En los casos del parentesco matrimonial y el parentesco extramatrimonial: en el primer caso se extiende los efectos jurídicos; en el segundo caso, se da una tendencia de limitar la extensión del parentesco al hijo y al progenitor que lo han reconocido o de quien ha sido declarada la paternidad.

1.6.4.4. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil.

Es posible determinar un parentesco fuerte, atributivo de un correspondiente estatus, con una relación jurídica parental de contenido pleno de derechos y obligaciones; y, un parentesco débil, no atributivo del referido estatus parental que genera una relación jurídica que tiene relevancia solo en determinados

supuestos de hecho y para efectos jurídicos específicos. V. gr. El parentesco consanguíneo termina siendo un parentesco más fuerte que el parentesco por afinidad (este se presenta como el débil), mientras menos grados separen a los parientes, vale decir, mientras más cercanos sean el parentesco será más fuerte y mientras más lejano sea más débil será.

1.6.4.5. Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*.

El parentesco *intra vitam* constituye el parentesco hasta la muerte (*usque ad mortem*) y lo encontramos en todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes previstas por el ordenamiento jurídico para regular en vía inmediata los vínculos entre parientes. V. gr. El caso de las obligaciones alimentarias. El contenido de la relación jurídica parental termina con la muerte de las personas.

Mientras que en el parentesco *ultra mortem* constituye el parentesco mas allá de la muerte, por lo que el vínculo parental, trascendiendo la vida de las dos partes, se constituye como título específico para la transferencia de un derecho de un sujeto al otro (sucesiones) o para el surgimiento de un derecho en cabeza de un sujeto (pariente) después de la muerte del otro. Normalmente, en este último caso, el parentesco constituye título de legitimación para la tutela de un interés que es propio del sujeto en tanto pariente del difunto. V. gr. Para la

protección del derecho moral de autor, después que este ha fallecido, para la tutela penal de la memoria del difunto. El contenido de la relación jurídica parental trasciende la muerte de las personas.

1.6.4.6. A partir de las fuentes de parentesco.

A la fecha, la amplitud de las relaciones humanas, el parentesco se presenta con un carácter multifacético y plural (FARIAS & ROSENVALD, 2008):

- Parentesco Consanguineo
- Parentesco Legal
 - Parentesco por Afinidad
 - Parentesco por Adopción
 - Parentesco Civil
- Parentesco Religioso

1.7. FAMILIA.

1.7.1. CONCEPTO

El concepto familia, tiene muy diversas definiciones, ya que algunas responden a contenidos jurídicos y otras a aspectos históricos que no son coincidentes, ni en el tiempo ni en el espacio. En un sentido amplio de parentesco, la familia es el

conjunto de parientes con los cuales existe algún vínculo jurídico, en el que cada individuo es el centro de uno de ellos, diferente según la persona a quien se la refiera y que alcanza a los ascendientes y descendientes sin limitación de grado, a los colaterales por consanguinidad hasta el sexto grado y a los afines hasta el cuarto, y que, en un sentido más restringido, es el núcleo paterno-filial o agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que conviven con ellos o que se encuentran bajo su potestad. Sin que quepa desconocer un concepto intermedio, en el cual la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella.

Como sostiene Méndez Costa (COSTA, 2011), *la familia institución*, está integrada por los padres e hijos no emancipados por el matrimonio que conviven bajo la autoridad parental y *la familia parentesco*, conformado por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin convivencia ni sujeción a la autoridad familiar.

La familia para Ossorio (OSSORIO, 2000) es: El vínculo familiar que ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno-filial (la patria potestad de modo muy destacado), los alimentos y a las sucesiones.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.

La familia moderna es el resultado de un vínculo afectivo, donde se elevan los sentimientos de solidaridad, lealtad, respeto y cooperación; es un organismo compuesto de elementos jurídicos, éticos y morales. Finalmente familia es un concepto cultural, es la base de la estructura social y la sede de la plenitud de bienestar de los seres humanos, cimiento sobre el cual se erige la sociedad.

Después de haber analizado las anteriores definiciones de derecho de familia, consideramos que el derecho de familia puede ser definido como: El conjunto de relaciones y vínculos que existe, entre dos o más personas unidas por lazos de parentesco ya sea éste consanguíneo o de afinidad.

1.7.2. IMPORTANCIA

La familia es básica para la conformación de un Estado políticamente organizado, de un Estado de Derecho. Las relaciones familiares se trasladan fácilmente al ámbito social y es así que, como estructura primaria, permite la organización de las comunidades. El Estado es a la sociedad y esta a la familia, que finalmente se conforma de personas.

En la familia se generan, se forman y se educan las personas para la perpetuación de la especie, y en consecuencia se contribuye para la mantención y el desenvolvimiento del Estado, mediante la introducción en la sociedad de personas aptas para integrarse y responder por su misión.

1.7.3. FUNCIONES

- a) **Función geneonómica**, llamada también función procreacional. La función geneonómica implica la generación y conservación de vida en forma orgánica e institucionalizada. De este modo se formaliza el acto sexual a través de la familia, básicamente en el matrimonio, siendo este el ejercicio legítimo de la genitalidad. Sin embargo la función de la familia no puede reducirse solo a la procreación, puesto que se caería en el absurdo de afirmar que las personas infértiles serían ajenas a la formación de una familia.
- b) **Función alimentaria**, no se refiere exclusivamente a la alimentación propiamente dicha, sino a todo lo que necesita una persona para realizarse como educación, salud, vestimenta, vivienda, recreación. En esta función tenemos el rol protector de los menores, incapaces y demás sujetos de derechos débiles.
- c) **Función asistencial**, está referida a la colaboración mutua, ayuda y protección que requieren las personas para desarrollarse como seres sociales. No olvida a las personas en estado especial como es el caso de los menores, mujeres embarazadas y ancianos que merecen un trato de asistencia preferencial.
- d) **Función económica**, la familia es el motor económico, una comunidad de producción, una unidad de consumo.

Esta función es notoria en las familias campesinas en las que la fuerza de trabajo es la característica, mientras más manos más producción, mientras más hijos más generación de riqueza, es la llamada familia *patrimonializada*.

- e) **Función de trascendencia**, está referido a la transmisión de valores, cultura, vivencias entre sus integrantes. Se forma a los individuos, se les educa. La familia es la escuela por excelencia, la más importante en la que la persona adquiere valores y comportamientos.
- f) **Función afectiva**, la *affectio*, el amor, comprensión, entrega es la razón que permite la integración de las personas que conforman una familia. Por esta función muchas veces se le niega su carácter jurídico puesto que consagra al hombre como un ser emocional y le resta importancia a su perfil jurídico.

SUBTÍTULO II.

FILIACIÓN.

2.1. CONCEPTO.

La filiación es la procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos. También, la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por las circunstancias de su concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores (COSTA, 2011).

2.2. CLASES.

Los preceptos de la ley de cada país determinan las clases de filiación. Fundamentalmente, el matrimonio es el término de referencia. Es decir, se parte de la relación surgente por el hecho del nacimiento del hijo y de la existencia del matrimonio.

Razones que enmarcan en las antiguas organizaciones sociales y consecuentemente familiares, hicieron que el derecho deslindara distintas clases de filiación, que necesariamente varían según la ley de cada país.

Conforme a las disposiciones del Código Civil, puede afirmarse que dicha ley reconoce las siguientes clases de filiación:

- a) Filiación legítima
- b) Filiación legitimada

- c) Filiación ilegítima
- d) Filiación adoptiva

2.3. FILIACIÓN MATRIMONIAL.

En doctrina es común definir a la filiación matrimonial refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo el concepto termina siendo impreciso, pues hay dos momentos distanciados en el tiempo, la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no necesariamente ocurran en el matrimonio, y así puede ser concebido antes del matrimonio y nazca dentro de él, o concebido en el matrimonio y nazca después de la disolución o anulación de éste; entonces, es necesario saber si por tenido ha de entenderse al concebido o alumbrado, y por último, que el hecho de que una mujer casada conciba y o alumbrase un hijo, no significa necesariamente que el padre de éste sea el marido de aquella.

2.3.1. LA DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.

En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuída *ministerio legis* al marido de ésta; es decir, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del marido, la ley le atribuye la paternidad de los

hijos que tiene su esposa con posterioridad a la celebración del matrimonio.

La presunción de paternidad matrimonial es una presunción legal relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos.

En consecuencia, aunque la mujer casada anote al hijo ocultando su estado civil, diciéndose soltera, y no mencione el nombre de su marido al inscribir al niño, y aun en el caso de que a ello se sume un acto de reconocimiento de paternidad de un tercero, no perderá relevancia jurídica la presunción de paternidad (artículos 362°, y 396°, del Código Civil).

Evidentemente, el reconocimiento practicado por el tercero carece de eficacia estructural ya que se contrapone a una filiación establecida por la ley. En los supuestos señalados, el marido podrá solicitar que se deje sin efecto la mención del padre que se atribuyó al inscrito en la partida de nacimiento, prevaliéndose simplemente de la presunción de paternidad matrimonial; promoviendo una acción de nulidad del reconocimiento,

para incluirse como padre de la criatura y dejar sin efecto el reconocimiento del tercero. Asimismo, podrá interponer una acción de rectificación de partida de nacimiento, para modificar la mención del estado civil de la mujer que se dijo soltera.

La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, debe tenerse en cuenta que la ley considera que el término máximo de un embarazo es de trescientos días y el mínimo, de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. En tal sentido y en estricto, se establece que la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución (artículos 361°, y 363°, inciso 1, del Código Civil).

Al hijo nacido dentro del período indicado se le considera concebido dentro del matrimonio (presunción de concepción dentro del matrimonio), presunción legal relativa que 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.

Pero la ley no descarta la paternidad del marido: al contrario, se la atribuye implícitamente al establecerse

que puede ser impugnada. Si el marido no impugna la paternidad en el plazo de caducidad, la atribución legal quedaba firme, y con ella también la “legitimidad”².

En ese contexto, se sostiene que *“la ley ha otorgado carácter legítimo a esos hijos en virtud de un hecho decisivo: el nacimiento posterior al matrimonio, no obstante que, de acuerdo a los principios generales, tales hijos deberían considerarse extramatrimoniales por haber sido concebidos con anterioridad”*.

2.3.2. FUNDAMENTOS DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

2.3.2.1. Teoría de la accesión.-

La presunción de paternidad del marido es una consecuencia del dominio que él ejerce sobre su esposa, cuyo fruto, el hijo, es accesorio, lo que en latín se traduciría con el clásico aforismo: *lo accesorio sigue la condición de lo principal*. Si el marido es dueño de la esposa, lo es también del hijo, que es su fruto.

² Al respecto se debe tener en cuenta la incaducibilidad de las acciones de filiación (Expediente N° 860-2002 y Consulta N° 2858-2002).

2.3.2.2. Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.-

La presunción de paternidad, reposa en una presunción previa, o anterior: la fidelidad de la esposa hacia su marido, de modo que vendría a erigirse en una suerte de presunción de inocencia del delito de adulterio que la mujer goza mientras no se prueben, a su respecto, relaciones extramatrimoniales.

2.3.2.3. Teoría de la cohabitación exclusiva.-

La presunción de paternidad reposa no en una presunción de fidelidad, sino en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva entre los cónyuges, lo que implica, correlativamente, relaciones sexuales exclusivas entre ellos. Algunos autores combinan ambas tesis. Presunción de fidelidad o hecho evidente de cohabitación exclusiva son, ambos, destruibles por prueba en contrario, aunque en los sistemas jurídicos tradicionales no sean suficientes para fundar la impugnación de la paternidad.

2.3.2.4. Teoría de la vigilancia del marido.-

La idea que expresa es la siguiente: si el marido ejerce adecuadamente la potestad marital, le está

encomendada legalmente la vigilancia de la conducta de su esposa, y, por lo tanto, el hijo que ella dé a luz debe atribuírsele.

2.3.2.5. Teoría de la “admisión anticipada” del hijo por el marido.-

Siendo la paternidad un hecho imposible de demostrar positivamente, la atribución del hijo reposa en una admisión que hace el marido, por anticipado, de los hijos que su esposa dé a luz en lo sucesivo; se parte del matrimonio como acto voluntario, y de ese acto infiere que *“el marido confiesa, es decir recibe, admite por adelantado en su familia legítima, los hijos que su mujer traiga al mundo después, al menos cuando esa procreación no tenga lugar en ciertas circunstancias anormales, determinadas por adelantado por la ley y que dan ocasión a la impugnación”*.

2.3.2.6. Teoría conceptualista o “formalista”.-

La presunción, en realidad, no es sino una resultante del título de estado constituido por el acta de nacimiento del hijo en que consta el hecho del nacimiento y la maternidad. Pero, legalmente, a esas constancias se integra la presunción de paternidad del marido.

2.3.3. VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, se considera que el término máximo de un embarazo es de trescientos días y el mínimo, de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. En tal sentido, se establecía que, en estricto, la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución.

La presunción de duración del embarazo se basa en datos suministrados por la ciencia médica sobre los límites mínimo y máximo de duración de la gestación. En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones ha seguido los referidos plazos legales mínimo (de 180 días) y máximo (de 300 días), o con alguna variante, como el Código Civil Alemán, que establece el plazo máximo de 302 días. Pero lo que resulta muy diverso es el carácter atribuido a esta presunción de concepción o duración legal del embarazo, pues mientras en las legislaciones latinas suele atribuírsele carácter absoluto, en las germánicas se le atribuye carácter meramente relativo o *iuris tantum*.

2.3.3.1. **Nacimiento en los 180 días.-**

La presunción se inicia desde el momento de la celebración del matrimonio, contra lo que tradicionalmente establecen las legislaciones, al formular esta presunción combinadamente con los plazos legales de gestación del ser humano. Se amplía así el tiempo en que opera la presunción a los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. Como es evidente, al no coincidir el plazo de gestación con la presunción, puede suceder que el embarazo sea obra del marido y que éste lo conozca o que no lo sea y lo ignore; en este último caso ha de facilitarse al marido la impugnación de la filiación matrimonial resultante de la presunción de paternidad.

El artículo 363°, inciso 1, del Código Civil dispone que: *“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”*. Se añade en el artículo 366°: *“El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363 incisos 1 y 3: 1. Si antes del*

matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo. 2. Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo. 3. Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filiaf'.

2.3.3.2. Nacimiento posterior a los 300 días.-

La presunción de paternidad termina a los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio. No existe en el Código Civil disposición alguna que contemple la posibilidad de considerar como matrimonial al hijo nacido después de dicho plazo. Evidentemente y dada la mayor flexibilidad de pruebas admisibles en general para probar tanto la maternidad como la paternidad, es posible probar la mayor o menor duración del embarazo, como en otras legislaciones. Sin embargo, esta circunstancia no puede alterar el carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación, sobre todo en un contexto indiscriminatorio como el que informa nuestro derecho positivo.

2.4. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer.

Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla. Son dos las formas por decisión o imposición. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2013)

2.4.1. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Los criterios en contra hace buen tiempo fueron tratados y resueltos por la doctrina y jurisprudencia comparada considerando la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el principio de proporcionalidad. Es decir, se valora que las restricciones son equilibradas teniendo como fomento el bien común. Este nuevo proceso de filiación genera todo un análisis en cuanto a su trascendencia en las partes, lo que aprecia de nuestra posición expuesta.

Qui sapit el principal punto en discusión de la ley esté al momento de aplicar el *test de necesidad*, es decir, comprobar si existe alguna otra forma de solución que la

consagrada en la ley, Una alternativa, por decirlo, menos discutible, igualmente eficaz a nivel de protección de los derechos exigidos. Analicemos este punto. Solución como la propuesta tiene sustento tanto en un problema social como el interés superior del niño, ambas situaciones exigen de una decisión y protección “especial”. La paz social. La integridad de la familia, el derecho a la identidad gozan de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad.

La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa.

Todo ello parte del denominando derecho identitario del niño. El principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por demás suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento.

El Tribunal Supremo y Constitucional de España, en líneas generales categórico en este planteamiento, viene fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la

paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

2.4.1.1. CONCEPTO.

En lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad, su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia. La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia), su Reconocimiento constitucional es imprescindible, pues fortalece el principio de Protección de la familia.

Con este proceso aprobado se logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona. En esta corriente se alinea el sistema uruguayo que ha eliminado las causas de admisibilidad siendo necesario solo probar el vínculo biológico paterno-filial.

2.4.2. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.

La paternidad extramatrimonial no está determinada, como la matrimonial, por la existencia del marido de la madre. Solo en este último caso, puede la ley atribuir la paternidad mediante la presunción que emerge del artículo 361°, del Código Civil. Ciertamente es que en el caso en que el padre hizo vida concubinaria con la madre en la época de la concepción, será operante la presunción que surge del inciso 3 del artículo 402°, del Código Civil.

Sin embargo, en ese caso el concubinato de la madre con el presunto Padre constituirá un hecho objeto de prueba en la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial si no medió reconocimiento voluntario, en tanto que la presunción de paternidad matrimonial opera de pleno derecho emplazando a padre e hijo en el estado de familia respectivo.

Ello así, la paternidad extramatrimonial solo puede quedar determinada por el reconocimiento expreso del padre, que trataremos inmediatamente, o por sentencia judicial que declare que existe el vínculo filial, que será desarrollada con las demás acciones de filiación.

2.4.3. LA PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO PATERNO FILIAL.

En materia de filiación, el Derecho siempre dio valor a las presunciones sustentandose en las dificultades naturales en las asignaciones de la paternidad o maternidad y por los obstaculos basados en los prejuicios historicos originarios de la hegemonia de la familia patriarcal y matrimonializada. (LUIZ NETTO, 2008)

Por el interés en la estructura de la familia siempre existió una resistencia en admitir la identificación de la descendencia resultante de relaciones extramatrimoniales. Con el paso del tiempo, se admite el derecho de investigar su paternidad a los hijos extramaritales pero con sujeción a pruebas tan fuertes y robustas que resultaba imposible poderlas conseguir. Esta postura se centra en la tesis que, en las relaciones ocasionales o concubinales – incluso si la concepción coincide en dicho periodo – no existe una presunción de la paternidad natural aunque el consenso general, en aquellos días, fue siempre la certeza de la maternidad³.

³ Si se habla de: en “aquellos días” es porque ahora sabemos que la definición de la maternidad – desde el nacimiento – no es del todo científicamente fiable.

Incluso en momentos actuales de pleno desarrollo de la genética en el que puede identificarse con certeza la verdad biológica la ley sigue utilizando presunciones, vale decir que las existencias para la búsqueda de la identificación de la filiación, en el Derecho comparado en general, tiene un rito ordinario, con una amplia gama de pruebas⁴.

Como en la mayoría de Códigos del mundo, del cual no es ajeno el Código civil peruano en donde se da relativo prestigio a la presunción legal de paternidad: el padre es el marido de la madre. Por la presunción *pater is est* prevalece la verdad simulada sobre la verdad biológica. Es sencillo percibir y rápido determinar que las normas relativas a las relaciones paterno-filiales favorecen a que los hombres evadan sus obligaciones - legales y morales - concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos tenidos fuera del matrimonio.

En el momento en que vivimos, los sistemas tienden a adoptar un modelo menos restrictivo, demostrando un aumento de la fuerza del principio de la verdad biológica y el

⁴ Como curiosidad: estas presunciones existen incluso dentro de la Ley islámica. En particular en Marruecos, Argelia y Túnez, la legitimidad de la filiación se basa en pruebas de consanguinidad del padre. Si esto se hace dentro del matrimonio o en un determinado periodo de tiempo después de su disolución (como existen en varias jurisprudencias) se infiere que su diseño fue matrimonial. Así la ley establece presunción *iuris tantum* que se basa en el monopolio de las relaciones sexuales de la mujer con su marido, característica de la Ley islámica.

derecho fundamental a la identidad personal. Esta evolución fue producto de los fallos judiciales y el reconocimiento posterior de la norma, de forma que la evolución a un modelo menos restrictivo de establecimiento de la paternidad no-matrimonial determinó sus cambios por las propias exigencias sociales, siendo la determinación de la filiación un tema por demás sensible.

Si bien por un lado, para los hijos matrimoniales existe una presunción de paternidad, los hijos nacidos fuera del matrimonio dependían del reconocimiento o la declaración judicial. En ese último caso, para alcanzar el veredicto, el calvario judicial era terrible en razón que el juicio estaba lleno de dificultades y no incorporaba la exigencia de las pruebas genéticas.

Con el objeto de mitigar este problema, a lo que sumaba el gran número de hijos sin padre y como consecuencia la cantidad de madres solteras, el 08.01.2005 se promulga la Ley N° 28457 que establece un mecanismo procesal y probatorio más accesible para determinar judicialmente la paternidad, reduciéndose las medidas, actuaciones procesales, plazos, etc. (VARSI ROSPIGLIOSI, 2009). En defensa de uno de los derechos humanos más sustantivo que existe, la identidad, tomándose en cuenta que no existía

procedimiento que facilitara la tramitación efectiva de las pretensiones filiatorias (VARSI ROSPIGLIOSI, La inversion de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana).

2.4.3.1. EL EXAMEN DE ADN Y LA LEY N° 28457 MODIFICADA POR LA LEY N° 29821.

Esta ley es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta⁵.

Indiscutible es que el Derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea. No es posible olvidar los avances en

⁵ Sobre la exactitud de las pruebas de ADN, el pediatra y médico experto en genética molecular, Salmo Raskin, afirma que el análisis de ADN en la determinación de paternidad es la más exacta que existe al día de hoy. La posibilidad de una prueba de ADN en PCR, en detectar a un hombre que está siendo falsamente acusado de ser el padre biológico es superior a 99,99%. Si no se excluye de ser el padre biológico por la prueba PCR, la probabilidad que sea el padre biológico varía de 99,99% a 99,9999%, según los casos. En la práctica, tomando las precauciones necesarias para controlar la calidad de la prueba, se presenta como una prueba totalmente exacta. Un resultado de la exclusión significa con 100% de certeza que el presunto padre no es el padre biológico. El resultado inclusivo de paternidad viene con la probabilidad que el presunto padre es el biológico con número hasta 99,99%, que claramente son la solución a toda controversia.

la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos. En consecuencia con este criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia están mejor protegidos.

Este adelanto se consigna por el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos fundamentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente. De ahí que la nueva ley exija, a fin de canalizarla oposición, el sometimiento al examen de ADN, entendiendo como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez. Sin embargo, la ley, injustificadamente, solo prevé el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, dejando fuera la menos frecuente – pero no inexistente – búsqueda de la identidad de la madre, que debe ser buscada por el procedimiento establecido en el Código civil y el Código procesal civil. El proceso especial que crea esta ley es más rápido y presenta una solución ajustada a la cuestión de la paternidad extramatrimonial. Es el desvío a todos y cada uno de

los obstaculos que tiene el extenso y costoso procedimiento de reconocimiento judicial de la paternidad que, enhorabuena, viene quedando de lado.

SUBTÍTULO III. NEGACIÓN DE PATERNIDAD.

3.1. CONCEPTO.

En doctrina se distingue la negación o desconocimiento de la paternidad de la impugnación, la primera ocurre cuando el hijo tenido por mujer casada no está amparado por la presunción paterna, de modo que el marido se limita a expresar que no es suyo el hijo de su mujer, y es a la madre y al hijo a quienes corresponde probar lo contrario. La impugnación corresponde al marido cuando el hijo tenido por su mujer y a quien no considera suyo está amparado por la presunción paterna, recayendo la carga de la prueba en el marido. La diferencia está dada por quien soporta la prueba; en nuestra legislación se usa el término negación. (CORDERO CUTILLAS, 2001)

Refiere el artículo 363° modificado por la ley 27048 que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo en los siguientes casos:

3.1.1. *Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.-*

Obviamente aquí la concepción se ha dado antes del matrimonio, por lo tanto ese hijo no goza de la presunción paterna, por cuanto como ya lo hemos señalado, la ley no puede presumir relaciones extramatrimoniales, por lo tanto

el marido sólo probará la fecha del matrimonio y la del nacimiento del hijo (artículo 370), recayendo la carga de la prueba en la madre y el hijo, y además por qué no resulta lógico acreditar que no se supo algo o que no ocurrió algo, esto es, la denominada probanza diabólica.

3.1.2. Cuando sea manifiestamente imposible dadas las circunstancias que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo.-

Esta causal está referida a los plazos mínimo y máximo de gestación, y en particular a la concepción, entonces, cuando el marido acredite que fue imposible tener trato íntimo con su mujer en el período de la concepción podrá resultar victorioso, ahora bien, esta imposibilidad podría ser ausencia, privación de libertad, enfermedad, accidente, separación de hecho, pero en cualquiera de estos casos, la prueba recae en el marido, pues en este supuesto la presunción pater is tiene plena vigencia. Un ejemplo fácil de aplicación de esta causal lo tendríamos con un hijo nacido un 31 de octubre del 2000, entonces el marido de la mujer que alumbró a ese hijo, deberá probar que fue imposible haber cohabitado con su mujer en los meses de enero, febrero, marzo y abril del 2000 que viene a ser el

período de concepción, y que abarcan los 121 días a que alude el código.

3.1.3. Cuando esté judicialmente separado durante los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo.-

Recordemos que según el artículo 332 del código, la separación judicial suspende el deber de cohabitación, por lo tanto marido y mujer ya no tienen la obligación de tener trato íntimo. Al marido le bastará probar con la resolución judicial de separación y la partida de nacimiento del pretendido hijo, con la cual estará acreditando que la concepción se dio cuando ya estaba separado judicialmente de su mujer. Si la mujer alegara que no obstante la separación judicial, cohabitaron durante el período de la concepción, o que los cónyuges se reconciliaron después de la resolución de separación, sobre ella recaerá la obligación de probar tales hechos.

3.1.4. Cuando adolezca de impotencia de absoluta.

Debió estar comprendido dentro del segundo inciso, sin embargo se ha considerado pertinente regularlo por separado. Aquí la impotencia que se regula es la coeundi, esto es, la imposibilidad de realizar el coito. Esta impotencia absoluta debe haber existido durante el período

de la concepción. La carga de la prueba recae en el marido.

3.1.5. 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.-

Este nuevo inciso ha sido adicionado por la ley 27048 del 28 de diciembre de 1998. Refiere la norma que el juez desestimaré 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. Recogiendo los últimos avances en genética, el legislador ha introducido una prueba científica para negar la paternidad, y ello nos parece oportuno y conveniente, en razón de que se daban muchos casos en que el marido no se encontraba en ninguno de los supuestos del artículo 363 por lo que quedaba sin posibilidad de acción, sin embargo ahora con esta prueba, y aún cuando no se presenten las causales ya estudiadas, podrá recurrirse a la prueba científica, pese a que la madre y el hijo gocen de la presunción paterna.

3.2. SISTEMAS DE IMPUGNACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

3.2.1. Sistema de libre impugnación de la paternidad.-

Según el Código alemán, *“el hijo no es legítimo si, según las circunstancias, es evidentemente imposible que la mujer haya concebido por obra de su marido”* (artículo 1591, apartado 1, inciso 2), o como expresa el Código Civil Suizo, *el marido no puede desconocer al hijo nacido 180 días al menos después del matrimonio más que “si prueba que no podría ser el padre”* (artículo 254°). La prueba no aparece tasada o limitada, sino que podrá verificarse libremente. La jurisprudencia alemana requiere, para la existencia de la imposibilidad evidente de que sea el marido el padre, la certidumbre de la imposibilidad de forma que se excluya toda duda; admitiéndose en la práctica las pruebas biológicas.

El Código Civil Español sigue el criterio de no imponer limitación restrictiva alguna para la impugnación de la paternidad matrimonial (artículo 136°, modificado por la Ley del 13 de mayo de 1981): *se puede impugnar la paternidad por cualquier medio probatorio.*

3.2.2. Sistema restringido.-

El Código Civil Francés permite la impugnación de la paternidad mediante la prueba de que por causa de alejamiento o cualquier otro accidente estaba en la

imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante el tiempo de la presunción de concepción (artículo 312°); pero además existen la acción de simple desconocimiento, supuestos especiales que implican la desaparición de las situaciones normales del matrimonio: ocultación del nacimiento (artículo 313°, inciso 1), separación de cuerpos en procedimiento de divorcio o separación (artículo 313°, inciso 2), nacimiento antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, salvo que el marido conociese el embarazo u otras situaciones similares (artículo 314°).

El Código Civil Italiano de 1942, ampliando las causas de impugnación del anterior, permite al marido el desconocimiento del hijo concebido durante el matrimonio solo en los siguientes casos: **1.** Si los cónyuges no han cohabitado en el período comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento. **2.** Por causa de impotencia, aunque solo fuese *generandi*. **3.** Si en el mismo periodo la mujer ha cometido adulterio y ocultó al marido el embarazo y nacimiento del hijo, en cuyo caso el marido puede probar cualquier otro hecho tendente a excluir la paternidad. La sola declaración de la madre no excluye la paternidad (artículo 235°, según Ley N° 1975).

El Código Civil Portugués de 1966, ampliando las causas de impugnación de la paternidad, lo permite, en las

siguientes circunstancias: *imposibilidad física de cohabitar con su mujer durante todo el período legal de concepción; impotencia absoluta para la cópula o para la generación durante todo ese período; separación de hecho de la mujer durante todo el mismo período y haber mantenido ésta convivencia marital con otro hombre durante ese tiempo, establecida por comunidad duradera de lecho, mesa y habitación en condiciones análogas a los cónyuges, fuera del domicilio conyugal; haber cometido adulterio la mujer dentro del período de la concepción y ocultado al marido el embarazo y el nacimiento del hijo, cuando el marido pruebe, por cualquier otra circunstancia, que el hijo no fue procreado por él (artículo 1817°).*

Éste era el sistema que siguió el Código Civil Español antes de la reforma de 1981, cuando en el derogado artículo 108°, apartado 2, señalaba que la impugnación de la presunción de paternidad solo se permitía mediante la prueba de “la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 180 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo”.

Nuestro Código Civil se adscribe a este último **sistema restringido de impugnación de la paternidad**. Así, en el artículo 363°, se señala que 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 veintidós 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”.

Esto confirma el valor relativo o *iuris tantum* de la presunción de paternidad matrimonial. Salvo el caso del inciso 1, en los otros supuestos la prueba va encaminada a demostrar precisamente la imposibilidad de cohabitación, por lo que en la impugnación de la paternidad matrimonial es sumamente limitada la prueba; no obstante que el marido puede invocar y probar que el hijo no fue procreado por él, recurriendo a la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

CAPITULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

En cuanto al tipo de nuestra investigación, es **básica**, porque mejora el entender de un conocimiento existente, tratando de dar a conocer como la impugnación de paternidad protege el derecho a la identidad biológica del menor.

2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

Como diseño que corrobore nuestra hipótesis, hemos elegido el diseño de investigación **no experimental**, debido a que no se va a manipular variables. Es **longitudinal** puesto que nuestra investigación se centra en recolectar datos a través del tiempo como, normas y jurisprudencias.

3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

Nuestra investigación es **Jurídico comparativa** puesto que, la presente investigación compara las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica haciendo énfasis en lo concerniente a la identidad biológica del menor y su mecanismo de protección, siendo este la impugnación de paternidad.

4. MATERIAL DE INVESTIGACIÓN.

4.1. Legislación

4.1.1. Nacional

- 4.1.1.1. Constitución Política del Perú
- 4.1.1.2. Convención de los derechos del Niño
- 4.1.1.3. Declaración Universal de los derechos humanos
- 4.1.1.4. Convención Americana de derechos humanos
- 4.1.1.5. Código Civil Peruano
- 4.1.1.6. Código de los Niños y Adolescentes

4.1.2. Internacional

- 4.1.2.1. Constitución Política de Argentina
- 4.1.2.2. Código Civil Argentino
- 4.1.2.3. Constitución Política de Brasil
- 4.1.2.4. Código Civil de Brasil
- 4.1.2.5. Constitución Política de Costa Rica
- 4.1.2.6. Código Civil de Costa Rica

4.2. Doctrina

- 4.2.1. Internacional
- 4.2.2. Nacional

4.3. Jurisprudencia

4.3.1. De la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

4.3.1.1. CAS. 370-05 – CHIMBOTE

4.3.1.2. CAS. 2810-06 – LIMA

4.3.2. De la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia

4.3.2.1. CAS. 4611-06 – PIURA

5. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

5.1. Métodos generales.

5.1.1. **Análisis:** A través de este método, separaré e identificaré cada una de las partes que caracterizan la realidad problemática planteada, procediendo a establecer relaciones causales entre los elementos que componen el objeto de esta investigación.

5.1.2. **Síntesis:** Este método, a su vez, nos ha permitido volver a integrar las particularidades de los procesos que conforman los presupuestos de la investigación a un todo luego de haber alcanzado a comprender su esencia.

5.1.3. **Inducción:** A través de este método, partiré de la información recogida de casos particulares para que mediante la generalización establecer conclusiones lo más universales posibles.

5.1.4. **Deducción:** Se hizo uso de este método para a partir de la información general que encontramos sobre el tema en las fuentes utilizadas llegar a establecer aspectos concretos que plasmare en mis conclusiones, cumpliendo así nuestros objetivos planteados para la presente tesis.

5.2. Métodos específicos.

5.2.1. **Exegético:** Permitirá estudiar la norma referida a la Negación de Paternidad, analizar la voluntad del legislador al regularla y a comentarla para una mayor comprensión de la misma.

5.2.2. **Dogmático:** A través de este método se determinará la doctrina referente al Derecho a la Identidad Biológica y la Negación de Paternidad; la cual constituirán los medios para interpretar el sentido de la norma jurídica.

5.2.3. **Derecho comparado:** En la medida que se ha utilizado legislación internacional, la que ha sido analizada y comparada con nuestra legislación Nacional, con la finalidad de encontrar ciertas similitudes o diferencias y poder darle una vista amplia a nuestro problema planteado, referido a la protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad.

6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

6.1. De recolección.

6.1.1. Técnica del Fotocopiado.

Esta técnica me sirvió para desarrollar el Marco Teórico de la presente investigación, de manera que facilitó la recolección de la información. Instrumento: Fotocopia.

6.1.2. Técnica del Internet.

Esta técnica junto con sus instrumentos, se utilizó para el desarrollo del Marco Teórico, Marco Normativo, así también en la búsqueda de Sentencias, Casaciones, Consultas y Jurisprudencia sobre el tema materia de investigación. Instrumento: Páginas web.

6.1.3. Técnica de recopilación documental.

Esta técnica fue utilizada al seleccionar la información necesaria para la elaboración de la presente Tesina, en lo que respecta al Marco Teórico, Normativo y Contextual, así como en la búsqueda de Sentencias, Casaciones, Consultas y Jurisprudencia necesarias para el desarrollo de la misma. Instrumento: Libros.

6.1.4. Técnica del Escaneo.

Esta técnica consiste en que permite escanear un documento colocándolo de cara al panel de vidrio. Estos deben desplazarse en forma manual en el documento, por secciones sucesivas. La presente técnica fue utilizada al momento de escanear algunas páginas bibliográficas. Instrumento: Escáner.

CAPITULO IV

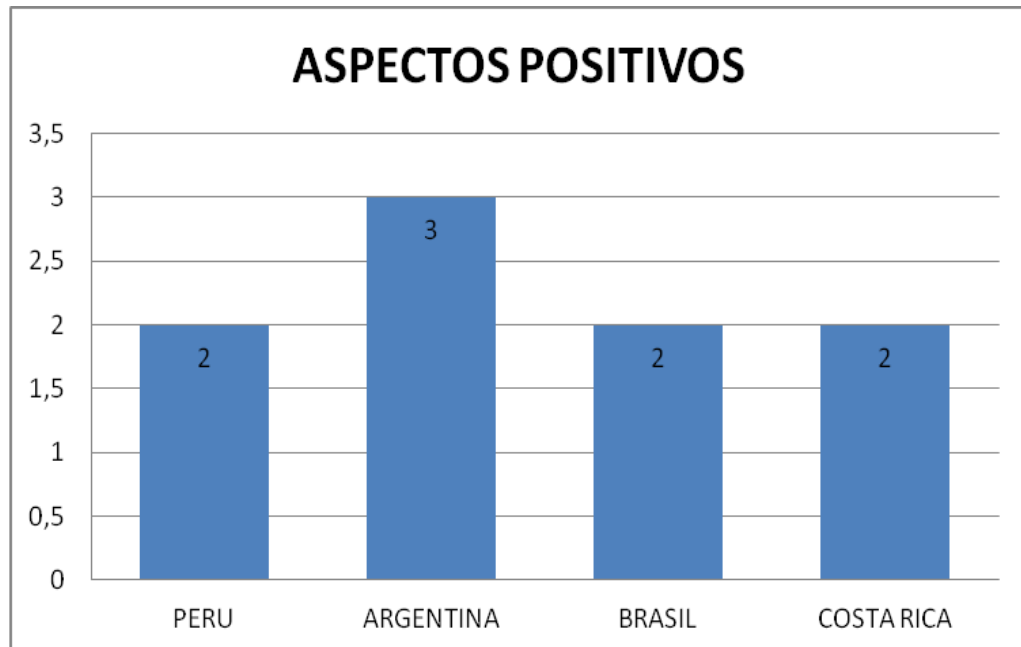
RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

CUADRO N° 2

ASPECTOS POSITIVOS DE LAS LEGISLACIONES

	PERU	ARGENTINA	BRASIL	COSTA RICA
ASPECTOS POSITIVOS DE LAS LEGISLACIONES	<ul style="list-style-type: none"> • Con el Código Civil de 1984 se supera la discriminación entre hijos, sin embargo se les separa según nazcan dentro de un matrimonio o fuera de él; son matrimoniales o extramatrimoniales, pero con iguales derechos. • El Código de los niños y adolescentes protege el 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • La ley 14.367 del año 1954 eliminó en Argentina, las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales y matrimoniales, y les confirió a todos los derechos que hasta ese momento solo tenían los hijos naturales. • La acción de impugnación de paternidad puede ser ejercida por el marido o por el hijo. • El hijo podrá ejercer la impugnación de paternidad en cualquier tiempo. 	<ul style="list-style-type: none"> • La constitución de 1988 señala en el artículo 227 el principio de igualdad de los hijos y consagra los mismos derechos y prohíbe cualquier diferencia o discriminación entre ellos. • No existe plazo para contestar la paternidad, independientemente que el padre esté presente en donde se produjo el nacimiento o esté ausente. 	<ul style="list-style-type: none"> • La constitución en su artículo 53 establece que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en el. • La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo.

GRAFICO N° 1
ASPECTOS POSITIVOS DE LAS LEGISLACIONES



INTERPRETACIÓN:

En lo referente a los aspectos positivos de las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica en cuanto a la impugnación de paternidad y el trato existente entre los hijos se consideró: en el Perú 02 aspectos positivos; en Argentina 03 aspectos positivos; en Brasil 02 aspectos positivos y en Costa Rica 02 aspecto positivo.

ANÁLISIS:

Como se puede apreciar en el cuadro N° 02 titulado “aspectos positivos de las legislaciones” en donde se hace una comparación entre las

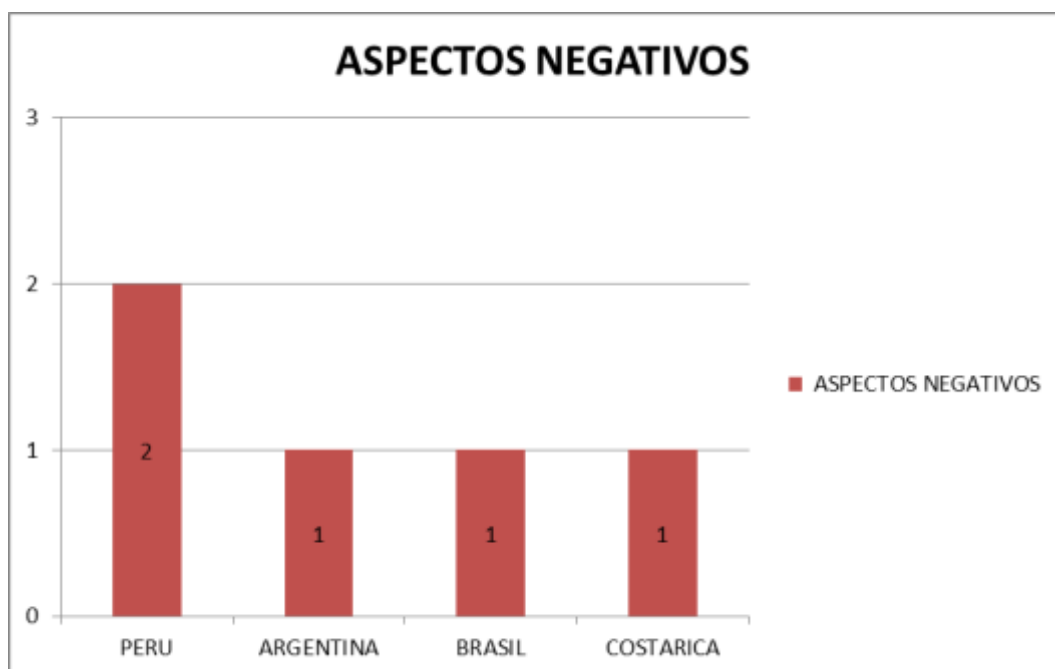
legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica; llegando a la conclusión que existe una similitud entre las cuatro legislaciones en cuanto existe un trato igualitario entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. De igual manera existe una similitud entre Brasil y Costa Rica en el aspecto que en ambas legislaciones no hay un plazo para contestar la paternidad dejando incólume el derecho a poder interponer en cualquier momento la demanda de negación de paternidad sin vulnerar el derecho a la identidad biológica del menor.

CUADRO N° 3

ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS LEGISLACIONES

	PERU	ARGENTINA	BRASIL	COSTA RICA
ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS LEGISLACIONES	<ul style="list-style-type: none"> • El Código civil es su art. 364° establece el plazo para interponer la acción de negación. • La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido, dentro de los 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. 	<ul style="list-style-type: none"> • Corresponde al marido el derecho de impugnar la paternidad de los hijos nacidos de su mujer. 	<ul style="list-style-type: none"> • La acción de impugnación de paternidad, solo se permite al cónyuge ejercer el derecho de desplazar la paternidad de los hijos o hijas habidos dentro del vínculo matrimonial.

GRAFICO N° 2
ASPECTOS NEGATIVOS DE LA LEGISLACION



INTERPRETACIÓN:

En lo referente a los aspectos negativos de las legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica en cuanto a la impugnación de paternidad se consideró: en el Perú 02 aspectos negativos; en Argentina 01 aspecto negativo; en Brasil 01 aspecto negativo y en Costa Rica 01 aspecto negativo.

ANÁLISIS:

Como se puede apreciar en el cuadro N° 03 titulado “aspectos negativos de las legislaciones” en donde se hace una comparación entre las

legislaciones de Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica; se llega a la conclusión que, en el Perú existe un plazo para poder interponer la negación de paternidad y vencido este plazo no sería posible interposición de la demanda violentando el derecho del menor de conocer sus orígenes; de igual manera ocurre en la legislación Argentina en donde la acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento salvo algunas excepciones. En la mayoría de las legislaciones analizadas existe una similitud en cuanto a quien es el titular de la acción de negación de paternidad, excepto en Argentina en donde la acción de negación de paternidad puede ser ejercida ya sea por el marido de la mujer o por el hijo.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERA:

La Impugnación de paternidad protege el derecho a la identidad biológica de un menor tanto en el Perú, como en los países de Argentina, Brasil y Costa Rica; permitiéndole de esta manera al menor conocer y convivir con sus padres biológicos.

SEGUNDA:

El reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada con padre diferente al marido, es aquel acto jurídico que presenta una declaración formal de paternidad realizada por el padre biológico del menor nacido dentro de un matrimonio.

TERCERA:

Por la presunción *pater is est* prevalece la verdad simulada sobre la verdad identidad biológica, favoreciendo a que los hombres evadan sus obligaciones -legales y morales- concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio.

CUARTA:

Para resolver las acciones judiciales de impugnación de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada, los Jueces deben priorizar los principios de protección especial del niño y el interés superior del niño.

QUINTA:

El derecho a la identidad biológica de un hijo extramatrimonial de mujer casada, depende de la acción del marido para que el padre biológico asuma la paternidad.

SEXTA:

La identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite al menor conocer su verdadero origen y hacer uso de los demás derechos tanto al padre como al hijo.

SÉTIMA:

En las legislaciones de Brasil y Costa Rica se permite la indagación de la paternidad y a conocer el origen de cada persona, no existiendo en ambas legislaciones plazo para contestar la paternidad; en cambio en Perú y Argentina existe plazo para negar la paternidad.

OCTAVA:

La prueba genética de ADN es la determinación de paternidad más exacta que existe a la actualidad.

NOVENA:

En la mayoría de las legislaciones analizadas existe una similitud en cuanto a quien es el titular de la acción de negación de paternidad, excepto en Argentina en donde la acción de negación de paternidad puede ser ejercida ya sea por el marido de la mujer o por el hijo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. MATERIALIZADAS.

- **AZPIRI, Jorge. 2005.** *DERECHO DE FAMILIA.* Buenos Aires : Hammurabi, 2005.
- **CORDERO CUTILLAS, Iciar. 2001.** *IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.* Castello : Universitat Jaume I, 2001.
- **Cordero Cutillas, Iciar. 2001.** *LA IMPUGANCION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.* Castello de la Plana - ESPAÑA : UNIVERSITAT JAUME I, 2001.
- **COSTA, MENDEZ. 2011.** *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA - TOMO I.* Lima : Gaceta Jurídica, 2011.
- **DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. 1953.** *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA.* Buenos Aires : Tea, 1953.
- *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457 , y la acción intimatoria de la paternidad).* **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2009.** 2009, Revista Personas, págs. N°s. 49, 50 y 51.
- **FARIAS, Cristiano y ROSENVALD, Nelaon. 2008.** *DIREITO DAS FAMILIAS.* Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

- **FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. 1992.** *Derecho a la Identidad Personal.* Buenos Aires : Astrea, 1992.
- **LÔBO, Paulo. 2008.** *FAMILIAS.* Sao Paulo : Saraiva, 2008.
- **LUIZ NETTO, Paulo. 2008.** *FAMILIAS.* Sao Paulo : Saraiva, 2008.
- **MADALENO, Rolf. 2009.** *CURSO DE DEREITO DE FAMILIA.* Rio de Janeiro : Forense, 2009.
- **MENDEZ COSTA, María Josefa y D' ANTONIO, Daniel Hugo. 2001.** *DERECHO DE FAMILIA.* Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 2001.
- **OSSORIO, Manuel. 2000.** *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS.* Buenos Aires : Heliasta, 2000.
- **PLACIDO, Alex. 2008.** Blog de Alex Placido. [En línea] 9 de octubre de 2008. [Citado el: 20 de octubre de 2013.] <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3>.
- **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.** La inversion de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana. [En línea] [Citado el: 10 de Enero de 2014.] <http://www.scielo.br>.
- **—. 2013.** *TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA.* Lima : Gaceta Jurídica, 2013.

- **ZANONI, Eduardo. 1998. *DERECHO DE FAMILIA - Tomo I.***
Buenos Aires : Astrea, 1998.

2. DESMATERIALIZADAS

- http://www.ara.mil.ar/archivos/Docs/constitucion_nacional.pdf
- <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>
- <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html#mozTocId668348>
- http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Costa_Rica.pdf

ANEXOS

IMPUGNACION DE PATERNIDAD - CONSULTA N°370-2005 - CHIMBOTE

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.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD - CONSULTA 2810-2006 - LIMA

Si bien la demanda interpuesta está sujeta a un plazo de caducidad, que incide sobre la validez de la relación procesal según el cual el juzgador está en la obligación de verificar las condiciones de la acción para proseguir el trámite del proceso; 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, "...no se puede por tanto, en base a una situación netamente procesal, emitirse un pronunciamiento inhibitorio cuando en atención al interés superior del niño establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niños y los Adolescentes, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños, y solo a través de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, se puede llegar a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a los que el juzgador estime conveniente actuar de oficio para dilucidar la controversia.

IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y OTRO - CAS. N° 4611-2006 PIURA

Cabe precisar que si el artículo 395 del Código Civil, prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, y tal como han constatado las instancias de mérito en sus respectivas sentencias; en el acta de nacimiento de fojas tres, el reconocimiento de la menor Nahomi Mercedes Bayona Terrones lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de fojas dieciocho a veintidós; por

consiguiente, la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad e indemnización por enriquecimiento indebido devienen en improcedente.

EXPEDIENTE 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:** 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 VILDOZOLA.

EXPEDIENTE N° 2810-2006 – LIMA

Lima, veintinueve de enero del dos mil siete.-

AUTOS Y VISTOS: por sus fundamentos y CONSIDERANDO: **PRIMERO:** Que el auto de fojas treinta y nueve, su fecha dieciséis de Mayo del dos mil seis, expedida por la Sala de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, declara nula la resolución de primera instancia que declaró improcedente la demanda de impugnación de paternidad, ha sido elevada en consulta a esta sala, en aplicación de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil, al no haberse aplicado el plazo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil; **SEGUNDO:** Que el proceso que motiva la resolución consultada tiene su origen en la demanda interpuesta por don Eduardo Reynaldo Macavilca Huaranga contra doña Renne Luz Cucho Cruz sobre impugnación de paternidad, que al calificarla ha sido declarada improcedente por el Juez de la causa, bajo el argumento de que la acción resulta extemporánea por haberse interpuesto fuera del plazo de noventa días que prevé el artículo 364 del Código Civil y al haber reconocido como hijo al menor en el año mil novecientos noventa y uno, cumpliendo lo prescrito en el artículo 391 del referido código. Cabe precisar que la acción controvertida no puede ser objeto de un acuerdo entre las partes. al comprender derechos indisponibles que se hallan reconocidos y amparados en la legislación nacional y en convenios internacionales; **TERCERO:** Que la Sala Superior de Familia de Lima, es de criterio distinto al del A qua y no ha aplicado el aludido dispositivo legal, señalando preferir la norma contenida en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho de toda persona a su identidad, así como el de los padres a que se le reconozca y ejerzan su paternidad, concordante con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé el derecho a la identidad que tiene todo menor de edad, lo que incluye el derecho a tener nombre y de conocer a sus padres y llevar sus apellidos, siendo obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el

Código Penal concordante, como con dispositivos de orden internacional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8), la Convención Americana y el Pacto Civil de Derecho Civiles y Políticos que el Perú ha suscrito, que protegen y velan por el interés superior del niño; **CUARTO:** Que el artículo 363 del Código Civil establece que, el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo a través de la acción impugnatoria de paternidad, estableciendo en su artículo siguiente el plazo de noventa días para ello, contado desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar; o desde el día siguiente de su e eso, si estuvo ausente; **QUINTO:** Que en el caso de autos, el actor ha ejercitado la acción impugnatoria de paternidad, argumentando que el hijo habido dentro de matrimonio con la demandada no es suyo, debido a que ha estado separado de hecho de su mujer durante la concepción del menor y que de forma equivocada hizo su inscripción en el Registro Civil aparentando ser su padre, de lo que se desprende que está en discusión la filiación de éste; **SEXTO:** Que si bien la demanda interpuesta está sujeta a un plazo de caducidad, que incide sobre la validez de la relación procesal según el cual el juzgador está en la obligación de verificar las condiciones de la acción para proseguir el trámite del proceso; 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; **SÉTIMO:** Que no se puede por tanto, en base a una situación netamente procesal, emitirse un pronunciamiento inhibitorio cuando en atención al interés superior del niño establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niños y los Adolescentes, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños, y solo a través de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, se puede llegar a resolver la litis en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a los que el juzgador estime conveniente actuar de oficio para dilucidar la controversia; **OCTAVO:** Que la Sala 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 prevé en su artículo 51 concordante con el artículo 138 segundo párrafo de la propia Carta Magna y con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil; **NOVENO:** Que en el caso concreto, al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio e impugnada por el actor, quien aduce no tener la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que

APROBARON la resolución consultada de fojas treinta y nueve su fecha dieciséis de Mayo del dos mil seis, que en el caso de autos deja de aplicar el artículo 364 del Código Civil al preferir la norma constitucional contenida en el artículo 2 inciso 1 de la Carta Magna; en los seguidos por don Eduardo Reynaldo Macavilca Huaranga contra doña Renne Luz Cucho Cruz sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron.-Fdo. S.S.: SANCHEZ PALACIOS PAIVA, HUAMANI LLAMAS, GAZZOLO VILLATA, FERREIRA VILDOZOLA, SALAS MEDINA.

CAS. Nº 4611-2006 PIURA

Lima, veintitrés de enero de dos mil siete.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, vista la causa número cuatro mil seiscientos once guión dos mil seis en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada doña Rosabel Terrones Fernández contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número dieciocho de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, su fecha veinticinco de agosto del dos mil seis, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que confirmando la sentencia apelada contenida en la Resolución número once, de fojas noventa a noventa y tres, su fecha tres de noviembre del dos mil cinco, declara improcedente la nulidad de actuados deducida por la demandada Rosabel Terrones Fernández, y fundada la demanda de impugnación de paternidad incoada por don Alberto Bayona Martínez; en consecuencia, que el demandante no es el padre biológico de la menor Nahomi Mercedes Bayona Terrones, cuya copia de partida de nacimiento obra a folios tres; e integrando la sentencia declara nula dicha partida; debiendo oficiarse con tal fin a quien corresponda para la respectiva anotación en el Registro Civil de la Municipalidad Provincial de Paita.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Corte de Casación, mediante resolución de catorce de diciembre de dos mil seis ha estimado procedente el recurso de casación por la causal prevista en los incisos 1 y 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, denunciando lo siguiente: a) la interpretación errónea del artículo 399 del Código Civil; porque se considera al demandante como un tercero con legítimo interés para negar el reconocimiento dentro del plazo establecido en el artículo 400 de la norma sustantiva, y luego resuelve no aplicar el plazo de caducidad para el supuesto tercero. Siendo la interpretación correcta de la norma considerar al demandante como padre de la menor al haber efectuado un reconocimiento puro, simple e irrevocable, y no como un tercero con interés que no ha participado del reconocimiento; y, b) la inaplicación del artículo 395 del Código Civil; porque el reconocimiento de la menor por parte del demandante fue voluntario y se convirtió en irrevocable, toda vez que fue un reconocimiento puro y simple tal como el propio demandante lo señala, pues no ha estado sometido a ningún plazo, condición o cargo.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Que, la interpretación errónea de una norma de derecho material está referida al sentido o alcance impropio que se pudiera haber dado a la norma pertinente. **Segundo.-** Que, a través de la demanda de fojas dieciocho a veintidós, el actor don Alberto Bayona Martínez pretende que se declare que no es el padre biológico de la menor Zahorí Mercedes Ramírez Terrones o Nahomi Mercedes Bayona Terrones, de cinco años de edad. **Tercero.-** Que, las sentencias emitidas por las respectivas instancias de mérito obrantes de fojas noventa a noventa y tres, y ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, respectivamente, han coincidido que con la Partida de Nacimiento de fojas tres se acredita que la menor ha sido registrada con el nombre de Nahomi Mercedes Bayona Terrones, figurando como padre el demandante Alberto Bayona Martínez. **Cuarto.-** Que, cuando el artículo 399 del Código Civil señala que 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 del mismo Código; no prohíbe al reconociente la posibilidad de que pueda impugnar su propio reconocimiento, ya que si éste es válido asume el carácter

de irrevocable; consecuentemente, la norma en comento no le impide para que pueda accionar por invalidez del reconocimiento; pues, en términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera se hace efectiva mediante la aplicación de los principios generales relativos a la invalidez del acto jurídico, y la segunda, se basa en que el reconocimiento realizado puede no ser acorde con la realidad del vínculo biológico. **Quinto.-** Que, en ese sentido, la Sala de mérito interpreta erróneamente el artículo 399 del Código Civil; por cuanto dicho Colegiado establece en su quinto considerando de la sentencia de vista recurrida, que la regulación establecida en los artículos 399 y 400 del Código Civil prevén la negación del reconocimiento del hijo extramatrimonial ya sea por el padre o la madre no interviniente, el propio hijo o por quien -como el demandante- tenga legítimo interés para hacerlo; y, por otro lado, las respectivas instancias de mérito se sustentan en la Partida de Nacimiento de fojas tres, considerando que la menor ha sido registrada con el nombre de Nahomi Mercedes Bayona Terrones, figurando como padre el demandante Alberto Bayona Martínez; y, por ende, no se puede pretender considerar al actor dentro de los sujetos que se encuentran habilitados para impugnar el reconocimiento, según el supuesto jurídico del artículo 399 del Código Civil; pues, tal como se expresó anteriormente, el reconociente no puede impugnar su propio reconocimiento, por ser de carácter irrevocable; según lo establecido en el artículo 395 del Código acotado. **Sexto.-** Que, la causal de inaplicación de una norma de derecho material implica que el Juez deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que, de haberlo hecho, habría determinado que las decisiones adoptadas en la sentencia fuesen diferentes de las acogidas; que respecto al caso de autos, cabe precisar que si el artículo 395 del Código Civil, prevé que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, y tal como han constatado las instancias de mérito en sus respectivas sentencias; con el acta de nacimiento de fojas tres, que el reconocimiento de la menor Nahomi Mercedes Bayona Terrones lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de fojas dieciocho a veintidós; por consiguiente, la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad e indemnización por enriquecimiento indebido devienen en improcedente. **Sétimo.-** Que, bajo ese

contexto, y habiéndose frustrado la actuación de la prueba del ADN que se había ordenado en autos, por ser la más idónea en estas circunstancias, con el fin de determinar la identidad de la menor y de su padre biológico, frente a la existencia de dos partidas de nacimiento de aquella, en las que sendos declarantes se atribuyen la paternidad de la misma titular, a quien le asiste el derecho de conocer su propia identidad el que se constituye en el interés superior establecido por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337). Cabe precisar, además que el referido artículo 395 del Código Civil contiene una prohibición taxativa y terminante; pues constituye una norma de carácter imperativo o jus cogens, que no admite pacto en contrario. Por las razones anotadas se ha configurado las dos causales denunciadas por error in iudicando. **Octavo.-** Que, a lo expuesto en los considerandos precedentes, es necesario advertir que el actor se encuentra habilitado para plantear la acción de nulidad contra la partida de nacimiento respectiva de la menor cuya paternidad ha impugnado, sin perjuicio de la actuación de la prueba del ADN y de que se incorpore al proceso correspondiente a don William Ramírez Aguilar, por ser el otro presunto padre de la niña Zahori Mercedes o Nahomi Mercedes.

4. DECISIÓN:

Estando a las conclusiones precedentes y de conformidad con la facultad conferida por el artículo 396, inciso 1 del Código Procesal Civil: a) Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Rosabel Terrones Fernández; en consecuencia: CASARON la sentencia de vista de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cuarenta y cuatro, su fecha veinticinco de agosto de dos mil seis, expedida por la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura. b) Actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada contenida en la Resolución número once de fojas noventa a noventa y tres, su fecha tres de noviembre de dos mil cinco, que declara improcedente la nulidad de actuados deducida por la demandada doña Rosabel Terrones Fernández y fundada la demanda de impugnación de paternidad incoada por don Alberto Bayona Martínez; y lo demás que contiene; REFORMÁNDOLA: declararon IMPROCEDENTE la demanda; dejando a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la forma correspondiente; en los

seguidos por don Alberto Bayona Martínez, con doña Rosabel Terrones Fernández, sobre impugnación de paternidad y otro concepto. c) DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el señor Carojulca Bustamante; y los devolvieron.- SS. ROMÁN SANTISTEBAN, CARRION LUGO, CAROAJULCA BUSTAMANTE, SANTOS PANA, MANSILLA NOVELLA.