

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE DERECHO



TESIS:

“La impugnación de la paternidad y la vulneración al derecho a la identidad
dinámica del hijo extramatrimonial de mujer casada”

PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

AUTOR: Bach. Lucy Maribel Rojas Villegas

ASESOR: Dra. Karina Castilla Díaz

Trujillo – Perú

2020

DEDICATORIA

A Dios todo poderoso, por ser fuente de vida. A mi querida y abnegada madre, por su incondicional apoyo tanto moral y espiritual para hacer realidad mi hermoso sueño de ser abogada.

AGRADECIMIENTO

A mi familia y amigas(os) por su aliento incondicional que me brindaron siempre. Sin su estímulo, no se hubiese hecho realidad este sueño anhelado como es la culminación de mi carrera de derecho.

A nuestros maestros: quienes de forma desinteresada compartieron sus conocimientos y experiencias con nosotros para ser mejores profesionales.

En especial a mi asesora la Doctora Karina Castilla Díaz, por su dedicación, compromiso y consideración con el desarrollo de la tesis.

INDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO	ii
INDICE	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT.....	vii
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	8
1.1. El problema	9
1.1.1. Planteamiento del problema	9
1.1.2. Enunciado.....	13
1.2. Hipótesis	13
1.3. Objetivos	14
1.3.1. Objetivo General	14
1.3.2. Objetivos Específicos.....	14
1.4. Justificación.....	14
1.5. Antecedentes	15
CAPITULO II: TRASCENDENCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD EN LA SOCIEDAD	19
2.1. Convención Del Derecho Del Niño.....	20
2.1.1. Principios básicos para la protección integral en derechos humanos a niños y adolescentes	20
2.1.2. Doctrina Integral Del Menor	21
2.2. Definición de Identidad.	21
2.2.1. Definición De Identidad Biológica	22
2.2.2. El Derecho a la Identidad	24
2.2.3. Derecho a la Verdad Biológica.....	26
2.2.4. Principios Ponderados Para Determinar El Derecho A La Identidad	28

2.2.5. Principio De Interés Superior Del Niño (Favor Filii)	29
2.2.6. Principio A La Verdad (Favor Veritatis)	30
2.2.7. Principio De Protección A La Familia (Favor Legitimitatis).....	32
CAPÍTULO III: RECONOCIMIENTO DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER CASADA.....	33
3.1. LA PATERNIDAD	34
3.1.1. Definición De Paternidad.....	34
3.1.2. Clases De Paternidad	34
3.1.3. Presunción de paternidad	35
3.1.4. Negación de la paternidad.....	40
3.1.5. La previa negación de paternidad de marido como requisito para el reconocimiento de hijo de mujer casada.	42
3.2. FILIACIÓN.....	44
3.2.1. Definición de Filiación	44
3.2.2. Tipos de Filiación	49
3.2.3. La prueba de ADN	51
3.2.4. Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada ..	53
3.3. Decreto Legislativo N° 1377, Ley que fortalece la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes	57
CAPITULO IV: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	59
4.1. Tipo de Investigación:.....	60
4.1.1. De acuerdo al nivel de investigación	60
4.2. Métodos	60
4.2.2. Métodos de Investigación	60
4.2.2. Métodos Jurídicos:	60
4.3. Diseño de Investigación.....	61
4.4. Técnicas	61
4.4.1. Fichaje.....	61

4.4.2. Análisis de contenido	61
4.5. Instrumentos	61
4.5.1. Elaboración de Fichas	61
4.5.2. Protocolo de Contenido.....	62
CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES	63
RECOMENDACIONES	68
BIBLIOGRAFIA	69

RESUMEN

Con la presente tesis trataremos de determinar de qué manera en un matrimonio la impugnación de la paternidad, vulnera el derecho a la identidad dinámica del hijo extramatrimonial de la mujer casada, en atención al principio del interés superior del niño.

Esta investigación está estructurada en siete capítulos. El capítulo I expone la introducción que consiste en el planteamiento del problema, enunciado, hipótesis, antecedentes y objetivos. El capítulo II se desarrolla la trascendencia del derecho a la identidad en la sociedad desarrollando la convención del derecho del niño y el derecho a la identidad. El capítulo III comprende la identificación del menor hijo concebido fuera del matrimonio por la esposa explicando lo que es paternidad y filiación. El capítulo IV comprende marco metodológico, en el que se describen el tipo de estudio y diseño; así como las técnicas e instrumentos de recolección de datos y métodos de análisis. En el capítulo V se desarrolla la propuesta legislativa. Finalmente, el capítulo VI contendrá las conclusiones y el capítulo VII, las recomendaciones.

La presente investigación tiene como objetivo principal determinar si la identidad dinámica del menor también debe ser valorada por el Juez al momento de resolver una acción de impugnación de paternidad, para lo cual se disgregará las dos vertientes del derecho a la identidad y se conceptualizará cada una de ellas, estableciendo sus semejanzas y diferencias.

La presente investigación es descriptiva. La metodología empleada es inductivo y deductivo. Los instrumentos utilizados para la recolección de la información fueron el método de revisión documental, elaboración de fichas y protocolo de contenido entre otros. Finalmente se arribó a la conclusión de que el derecho a la identidad debe ser entendido desde sus dos aristas (estática y dinámica), y no conceptualizarlo únicamente con la remisión al elemento biológico (identidad estática), pues se estaría dejando de lado la faz dinámica de la persona, que es más compleja y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, en atención al principio de interés superior del niño que va sopesar lo que es más beneficioso para el menor por ser el más vulnerable.

ABSTRACT

With this thesis we will try to determine how in a marriage the challenge of paternity affects the right of the dynamic identity of the extramarital child of the married woman, based on the principle of the best interests of the child.

This research is structured in seven chapters. Chapter I exposes the introduction that consists of the problem statement, statement, hypothesis, background and objectives. Chapter II develops the importance of the right to identity in society by developing the convention of the right of the child and the right to identity. Chapter III includes the identification of the minor child conceived outside of marriage by the wife explaining what paternity and filiation is. Chapter IV includes a methodological framework, which describes the type of study and design; as well as the techniques and instruments of data collection and analysis methods. Chapter V develops the legislative proposal. Finally, chapter VI will contain the conclusions and chapter VII, the recommendations.

The present investigation has as main objective to determine if the dynamic identity of the minor must also be assessed by the Judge at the time of resolving an action to challenge paternity, for which the two aspects of the right to identity will be disaggregated and each one will be conceptualized of them, establishing their similarities and differences.

The present investigation is descriptive. The methodology used is inductive and deductive. The instruments used for the collection of the information were the method of document review, elaboration of files and content protocol among others. Finally, it came to the conclusion that the right to identity must be understood from its two edges, and not conceptualized only with the remission to the biological element (static identity), since the dynamic face of the person would be neglected, which It is more complex and contains multiple aspects linked to each other.

CAPITULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. El problema

1.1.1. Planteamiento del problema

La Constitución Política del Perú, articulado 2° inc.1, prescribe el Derecho a la Identidad como un derecho constitucional, el mismo que es definido por el Tribunal Constitucional como: “El derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (SENTENCIA DEL TC, 2010). Debemos enfatizar que la noción de identidad comprende no solamente los datos biológicos estáticos sino, también, aquellos que determinan la personalidad dinámica del sujeto. La vertiente estática estaría dada por el apego al biologismo, y la dinámica por la noción de socio afectividad.

Dicha acepción, es reafirmada por el Perú ante las Naciones Unidas mediante la suscripción del tratado internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño en sus arts. 7° que prescribe “Todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a adquirir una nacionalidad” y el artículo 8° señala “El Estado tiene la obligación de proteger y, si es necesario, establecer los aspectos fundamentales de la identidad de un niño: nacionalidad, nombre y relaciones familiares”, “esta convención busca salvaguardar el derecho a la identidad, permitiéndole al menor que pueda adoptar costumbres, formarse hábitos y tradiciones, asimismo que engloban tener una forma de vida y un lugar de pertenencia. En consecuencia desde que el niño nace tendrá derecho a un apellido, un nombre, también una nacionalidad y aquellos vínculos afectivos sobre los cuales permita fortalecer su existencia, logrando sentirse plenamente feliz al formar parte de este mundo” (CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989).

Además, el referido derecho ha sido desarrollado en instrumento legal como el Código de los niños y adolescentes que a la par señala en su art. 6° lo siguiente: “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” (CUSI ARREDONDO, 2018).

Del artículo antes indicado, se deduce que el poseer una identidad como derecho ha sido reconocido legalmente, asignándole al Estado la obligación de proteger su identidad del menor.

Es por ello, que el Estado para materializar el Derecho a la Identidad creó otros derechos, instituciones jurídicas y mecanismos, uno de ellos, es la figura legal de la FILIACIÓN, la institución jurídica de la filiación “es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo (a) y otra el padre o la madre del mismo” (MORENO, 2009).

Es así, que la filiación, debe ser entendida como la figura jurídica mediante la cual los progenitores (padre y madre) procrean descendencia (hijos), en dicha acepción contiene dos conceptos de filiación, biológica y legal; la primera parte de la procreación que genera el vínculo consanguíneo entre los padres y el hijo (a), y la otra se concibe como el vínculo jurídico que genera el padre, madre e hijo (a) la cual atribuye derechos, deberes y obligaciones por el mandato legal.

En nuestra normatividad legal, el Código Civil en su art. 361° reconoce la filiación matrimonial, también conocida como “presunción de paternidad”, presumiéndose de esta manera que el menor que nació dentro del matrimonio será hijo del marido de la mujer casada a menos que ella declare lo contrario, en esta hipótesis jurídica, el derecho de

identidad de los menores que nacieron durante el matrimonio está sometido a que se presume la paternidad como presupuesto para ejercer el derecho de paternidad; cabe precisar, que a través de la figura jurídica de la filiación se establece para el varón el derecho de paternidad entendido como el vínculo legal que crea un nexo entre el padre y el hijo.

Asimismo, prevé la figura de la filiación extramatrimonial, en los cuales “El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido o procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable” según los artículos 396° del Código Civil.

Se debe señalar que nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 1377, trasladan también la potestad de poder impugnar la paternidad a la madre señalando como excepción a la regla general “salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

Ahora bien, en referencia a los conceptos anteriormente desarrollados, se tiene que estos guardan íntima relación con las acciones de impugnación de paternidad, pues la determinación de la filiación, es decir, la relación o vínculo entre padres e hijos (identidad estática y dinámica) nos dibuja el mapa jurídico para conocer la procedencia o no de esta pretensión.

Y nos preguntamos entonces ¿Qué pasa cuando en una demanda de impugnación de paternidad, la prueba de marcadores genéticos es contundente, es decir, la identidad genética se encuentra determinada, pero, la identidad dinámica no le corresponde? En otras palabras, el padre que se encuentra negando su paternidad demuestra fehacientemente con la prueba de ADN que el hijo que reconoció no es suyo, no obstante, el menor desarrolló dentro de su identidad, una historia familiar donde lo identifica plenamente como su padre, ¿qué identidad debe prevalecer en la decisión del juez? ¿La estática o la dinámica?

O, citando otro ejemplo, ¿qué sucede cuando un “padre” después de

muchos años decide reconocer a su hijo, consecuentemente inicia las acciones legales pertinentes (con la prueba de ADN a su favor), pero resulta que el menor ya fue reconocido por la pareja de la madre, y, por ende, el menor ya desarrolló un lazo paterno filial con este último? Los asuntos derivados de la impugnación de la paternidad son siempre arduos y complejos, ya que atienden no solamente a lo regulado por el Código Civil, sino también a la propia complejidad de los sentimientos y emociones que este tipo de acciones conllevan.

Por tanto, se puede concluir que el derecho a la identidad es una figura jurídica creada en favor de los hijos, más no de los padres, y, mediante ella, es que se protege y se desarrolla armónica e integralmente la personalidad del menor, lo cual es una obligación constitucional, y además permite garantizar la vigencia de sus derechos, como el de tener una familia y no ser separado de ella. El interés superior del niño es el principio rector del derecho de familia, y es en base a este que deben resolverse las controversias en las cuales se encuentren inmersos.

Se debe tener en consideración que habrá casos en que se podrá resolver la controversia sin mayor inconveniente probatorio, pues primará la realidad biológica, por ejemplo, cuando el menor de edad no ha desarrollado una identidad familiar con el padre legal, sea por abandono de este, por motivos de violencia u otros; asimismo, aquellos que a pesar de que han desarrollado afinidad parental con el padre legal también conocen su origen biológico y logran desarrollar afinidad con su progenitor, superando el pasado con ayuda profesional especializada. No obstante, existirán casos mucho más complejos, donde el niño, niña o adolescente han desarrollado realmente una identidad dinámica con el padre legal, es el caso de los hijos reconocidos dentro del matrimonio y que han sido formados dentro del hogar conyugal, arraigados a la familia paterna legal y que, luego de muchos años, por alguna circunstancia, se le informa que su identidad biológica es otra. Pueden existir casos en que la identidad dinámica se encuentra arraigada en una persona menor de edad y para resolver la controversia no bastará la prueba biológica de ADN. Se debe tener en consideración que la identidad presenta una

pluralidad de verdades, las cuales deberán analizarse en el caso concreto, es así que, al colisionar el principio de identidad no basta justificarlo solo en la identidad biológica, porque estaríamos dejando vulnerable el derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño, niña y adolescente; por lo que corresponde que la judicatura también analice su identidad dinámica.

Esta problemática de la impugnación de la paternidad respecto del padre (biológico o legal) o la madre, que correspondería al nacido de una mujer casada, debería verse desde un ángulo no solo de la ley, también desde uno que obedezca a la Constitución y concordando con el principio de Interés Superior Del Niño.

En resumen, estimamos que resulta adecuado determinar de qué manera los procesos judiciales de impugnación de la paternidad van a vulnerar el derecho a la identidad dinámica del hijo extramatrimonial de la mujer casada, claro es en atención al principio de interés superior del niño.

1.1.2. Enunciado

¿De qué manera el órgano jurisdiccional debe resolver los procesos de impugnación de paternidad interpuesta por padre biológico que ha tenido un hijo extramatrimonial con mujer casada?

1.2. Hipótesis

El órgano jurisdiccional al momento de resolver una acción de impugnación de paternidad interpuesta por padre biológico que ha tenido un hijo extramatrimonial con mujer casada debe considerar según las circunstancias no solo la identidad dinámica del menor sino también el Interés Superior del Niño.

1.3. Variables

1.3.1. Variable independiente: La acción de impugnación de paternidad.

1.3.2. Variable dependiente: Se debe considerar la identidad dinámica, así como el Interés Superior del Niño.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar de qué manera el órgano jurisdiccional debe resolver los problemas de impugnación de paternidad interpuesta por parte del padre biológico que ha tenido un hijo extramatrimonial con mujer casada.

1.4.2. Objetivos Específicos

- a. Estudiar la problemática sobre Filiación Extramatrimonial a que se refiere el ordenamiento civil nacional.
- b. Analizar los alcances de la identidad biológica y dinámica de los menores de conformidad con el Código Civil y la Constitución.
- c. Analizar la manera de como el órgano jurisdiccional debe resolver las impugnaciones de paternidad de un padre biológico que ha tenido hijo extramatrimonial con mujer casada a la Luz de la Constitución y El Principio de Interés Superior del Niño.

1.5. Justificación

El presente trabajo de investigación se basa en que resulta necesario determinar la paternidad en base al principio de interés superior del niño y lo que sea más favorable para su libre desarrollo y bienestar del menor involucrado, puesto que en el caso que el niño tenga la posesión constante de familia con el aun esposo de su madre al cual identifica como su padre y se pretenda impugnar dicha paternidad, afectando de esta manera su derecho a la identidad ya establecida del menor (identidad dinámica), nos encontraremos entonces en un conflicto de derechos entre el derecho a la identidad del menor y el derecho a la paternidad del padre biológico, donde el estado está en la obligación de proteger y ponderar el derecho a la identidad del menor, por estar amparado en el principio de interés superior

del niño, siendo el niño el más vulnerable en estos casos.

1.6. Antecedentes

Los antecedentes relacionados con nuestro tema de investigación son varios entre ellos tenemos los siguientes:

Pinella Vega, Vanessa (2014) en su tesis “El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido procedimiento en la filiación extramatrimonial (Tesis para la obtención del título profesional de abogado) de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo” (PINELLA VEGA, 2014).

Las principales conclusiones a las que arribo PINELLA VEGA (2014) fueron las siguientes:

- “Lo más trascendental en la sociedad es prioritario permitir la defensa al derecho a la verdad biológica del menor y su derecho a la identidad, frente a cualquier circunstancias que su presunto padre exponga al menor, ya sea por caprichos personales o cuando busque tutela jurisdiccional en un proceso de filiación extramatrimonial, claro está que existe un conflicto entre derechos que están amparados por nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo sabemos que es de suma trascendencia el derecho al interés superior del niño/niña, sobreponiéndose a cualquiera de otros derechos de carácter procesal, ya que su afectación es a normas de carácter constitucional, debiendo una mayor atención al involucrar a niños, niñas y adolescentes.”
- “El interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le causen daños difícil de afrontar en el futuro, así pues mediante este principio el niño logra la plena satisfacción de sus derechos o por lo tanto cualquier decisión que se tome al respecto debe estar siempre orientada a garantizar los derechos del menor.”

- “Existe una clara vulneración a los derechos al debido proceso, cosa juzgada y tutela procesal efectiva respecto al presunto padre. Pensamos que el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima de estos derechos que invoca el presunto padre para evadir responsabilidades que debería asumir como tal en el caso que las pruebas demostraren que existe el vínculo biológico entre ambos. Creemos que no pueden considerarse vulnerados los derechos del padre, y todo caso está justificada por la necesaria protección del derecho a la identidad del niño, que se puede ver reflejado en el interés superior del niño/niña.”

Cárdenas Krenz, Arturo Ronald (2014) señala en su tesis “El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica, para obtener el grado de magíster de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo” (CARDENAS KRENZ, 2014).

Sus principales conclusiones a las que se llegó en su investigación y que se relacionan con nuestro estudio fueron las siguientes CARDENAS KRENZ (2014):

- “Detrás de la búsqueda que hace una persona de sus orígenes, puede estar su interés en conocer su mayor predisposición a ciertas enfermedades, saber de determinados riesgos hereditarios de los que puede ser importante estar advertidos, evitar relaciones incestuosas y otras cuestiones esenciales que justifican el querer acceder a nuestro verdadero origen.”
- “El desarrollo del derecho al conocimiento del origen biológico demanda un abordaje interdisciplinario, ya que compromete aspectos de diversa naturaleza: éticos, jurídicos, sociales, psicológicos, médicos, filosóficos y sociológicos, siendo por tanto la Bioética el mejor campo para abordarlo.”
- “Debe quedar claro que tener conocimiento de la identidad biológica es

una realidad que no genera un preciso vinculo de filiación, de allí que debemos señalar que un factor determinante de la paternidad, no es únicamente un dato genético sino también un tema cultural y social. La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social; debe tenerse también en cuenta el tema de la posesión de estado”

LEON CACERES, Fany (2018): “Nulidad de reconocimiento de mujer casada” tesis para obtener el título de abogado de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Sus principales conclusiones a las que se llegó en su investigación y que se relacionan con nuestro estudio fueron las siguientes:

- “Se pueden establecer dos clases de nulidad: nulidad absoluta en el caso que el hijo de mujer casada es nulo reconocimiento hecho por varón distinto al marido, siempre y cuando el marido conteste la paternidad y es nulidad relativa: cuando el reconocimiento hecho por varón distinto al marido, este contesta la paternidad y además obtiene sentencia favorable.”

CHAVEZ SEGURA, Yuliana (2018): “Negación de la paternidad en la filiación matrimonial de un menor reconocido” tesis para obtener el título de abogado de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Sus principales conclusiones a las que se llegó en su investigación y que se relacionan con nuestro estudio fueron las siguientes:

- “En razón al hecho de negar la paternidad dentro de la filiación matrimonial no establecida en el plazo de ley del menor reconocido, se afecta derechos fundamentales que resultan primordiales para este, como es el derecho a su verdadera identidad, a conocer a su verdadero padre y a preservar su identidad en sus relaciones familiares.”
- “El derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad,

debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter intuito personae, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible.”

TOLEDO GUERRERO, Karen: “El derecho a la identidad personal: en virtud a los nacidos a través de inseminación artificial con semen de donante” tesis para obtener el título de abogado de la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Sus principales conclusiones a las que se llegó en su investigación y que se relacionan con nuestro estudio fueron las siguientes:

- “Los derechos de los niños en las relaciones de familia reclaman cambios legales, la determinación filial tiene íntima relación con los derechos del niño a tener un nombre, conocer a sus padres y preservar su derecho a la identidad personal. Por lo cual debe determinarse las consecuencias del empleo de la técnica de procreación asistida para dar al nacido la certeza de una filiación, consustanciada con su derecho de identidad.”

CAPITULO II:
TRASCENDENCIA DEL DERECHO A LA
IDENTIDAD EN LA SOCIEDAD

2.1. Convención Del Derecho Del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño se proclamó y adoptó por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989; esta convención es un Tratado de las Naciones Unidas y la pionera legislación internacional jurídicamente vinculante sobre los derechos del niño y la niña. Por lo tanto, su cumplimiento es obligatorio. Encierra facultades políticas, sociales, civiles, económicas y culturales las que representan diversos escenarios en los que los niños, niñas y adolescentes puedan encontrarse.

En sus 54 artículos la convención reconoce a cualquier persona menor de 18 años el derecho a desarrollarse física, mental y socialmente, así como a poseer libertad de expresión.

2.1.1. Principios básicos para la protección integral en derechos humanos a niños y adolescentes

Estos Principios son 4: 1. Principio de no ser discriminado; 2. Principio del interés superior del niño; 3. Principio de supervivencia y desarrollo; 4. Principio de participación. Son ampliamente útiles cuando se requiera verificar y dirigir la manera cómo se cumplen y respeten los derechos, sirviendo como referencia regular para verificar los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Se desarrollará una explicación sucinta de cada principio rector de esta norma jurídica de rango internacional, así tenemos:

- **La No Discriminación.** – Todos los estados que formen parte de esta convención se encargaran de garantizar que todos los derechos se apliquen en todos los niños y niñas sin importar su origen, género, raza, idioma, condición económica, religión o condición física.
- **El Interés Superior Del Niño.** – Este principio entra a tallar en los casos que la autoridad o adultos tengan que adoptar medidas relacionadas a los niños, deben tener en cuenta el interes superior

de niñas y niños para elegir lo que sea adecuado para su crecimiento y tranquilidad poniendo por encima de cualquier otro interés que pueda haber.

- **El Derecho A La Vida, Supervivencia Y El Desarrollo.** – Los niños y niñas tienen derecho a la vida y a disfrutar de ella y para ello los gobiernos parte están en la obligación de velar y realizar lo necesario, garantizando su vida y bienestar.
- **El Respeto Por Los Puntos De Vista Del Niño.** – Tanto niñas y niños pueden manifestar, recepcionar y difundir sus ideas, opiniones e información de todo tipo sin transgredir el derecho de las demás personas

2.1.2. Doctrina Integral Del Menor

La Doctrina De Protección Integral es una evolución ética, cultural, social, jurídica y política donde todos se encuentran obligados en la misma medida y deben aceptar la responsabilidad de propiciar un cambio, eliminando aquellas ideas erróneas que se tiene sobre la dignidad, integridad y capacidad de niñas, niños y adolescentes.

2.2. Definición de Identidad.

Todo individuo es idéntico a sí mismo, sin embargo, aún con ello, los seres humanos son iguales entre sí. Esta igualdad tiene su origen en que cada persona, por el hecho de ser, coincide en estructura existente en razón a que es una “unidad psicosomática” que encuentra su piedra angular en la libertad. Es esta condición la que, al originar un constante desarrollo existencial auto creativo, permite que cada individuo construya, en un marco de opciones que encuentra en su mundo interior y realidad, su proyecto personal de vida, obtiene determinada personalidad, alcanzando así a moldear su identidad, es ella la que facilita distinguir a alguien y de la sociedad en conjunto, aun cuando, en estructura, sigue siendo igual a los demás individuos. Se trata del derecho de ser quien se es y no otra persona (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992).

Según 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”.

2.2.1. Definición De Identidad Biológica

La doctrina precisa que “La identidad biológica es la manera como se individualiza a una persona a través del material genético. Sin nuestra identidad no sabemos de dónde venimos, quienes somos, porque estamos, donde estamos, cual es nuestra historia genética, o en quien nos reflejamos. El derecho a la identidad biológica es el derecho a la verdad” (CARDENAS K., 2017).

La identidad biológica integra un presupuesto de la concepción jurídica de la persona. Por tanto, es un derecho objetivo, un componente que brinda un significado al carácter del Estado civil, fuente de las relaciones de familia.

La identidad en el ámbito biológico es irrenunciable, ni la parte más minúscula y tampoco es de libre disposición para el individuo, en razón a que una persona no puede modificar su genética de dónde provino.

Es así que, el poder identificar a sus padres se concentra en la resolución jurídica de la filiación que se origina en la concepción, es decir el establecimiento del vínculo paternal y maternal. A partir de lo cual cada persona conocerá la filiación que realmente le corresponde por naturaleza, independientemente que se encuentre o no dentro de un matrimonio. De esta manera cada persona va a poder identificarse

como hijo de su verdadero progenitor, es decir, hijo de quien lo procreo, puesto que dispondrá de los medios jurídicos que la ley va a poner en sus manos para ratificar la situación en la que se encuentra sino está de acuerdo.

Respecto a la naturaleza, el poder conocer a los progenitores no se trata de una atribución subjetiva de defensa, es, además, en cierta medida, un derecho que conlleva obligaciones estatales positivas, y además, es una facultad que involucra determinados requerimientos institucionales y de procedimiento. (Placido, 2008).

La identidad puede ser estudiada partiendo de diferentes ángulos, desde esta perspectiva puede estar formada por aquellas “características y vivencias personales que nos ubicarnos en nuestro entorno social y nos 'empujan' a dirigirnos a nosotros mismos dando sentido a nuestra propia vida” (Gomez, 2007, pág. 260) es decir, desde el punto de vista psicológico. Es, por tanto, “una realidad multifacética en la que entran en juego distintas cuestiones personales, sociales, físicas, genealógicas, raciales o étnicas, etc., en cuya formación tiene importancia, por una parte, la información que nos llevan a sentirnos y percibirnos como distintos de los demás, nos ayudan la genética o biológica que da lugar a algunas de nuestras características personales, y por otra parte, las relaciones sociales, especialmente las más tempranas” (Gomez, 2007, pág. 261).

“¿De dónde vengo? o ¿quién soy? son dos de los interrogantes comunes a todos los seres humanos a través de los siglos. Y la mayoría de nosotros creemos tener una respuesta, al menos en el plano biológico, a estas preguntas: estamos inmersos en una familia, formamos parte de un árbol genealógico y, por consiguiente, sabemos, o al menos suponemos que sabemos, de dónde venimos y quiénes somos” (Bernath, 2012, pág. 46)

Sin embargo, “es a partir de las excepciones, de las historias de quienes desconocen su origen y que ahora tienen la posibilidad cierta

de descubrirlo (mediante el análisis del ADN), que una indagación más profunda se puede llevar a cabo” (Bernath, 2012)“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” (Cifuentes, 2001)

La identidad biológica como lo expresa claramente Cifuentes (2001) y enfatiza precisando que “No es un derecho particular, más bien, un componente que brinda contenido al atributo del estado civil, del cual nace y se proyectan las relaciones de familia. No puede encuadrarse dentro del vasto marco de los derechos personalísimos, los cuales son, por excelencia, reconocidos a la persona como posibilidades de obrar y reaccionar que le pertenecen y se le entregan *sub iure*, absolutas en el sentido de *erga omnes* o frente a todos, pero relativas en cuanto a la disponibilidad no total del sujeto que los goza”.

2.2.2. El Derecho a la Identidad

“El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas. El reconocimiento del derecho a la identidad a través del registro de nacimiento permite al niño o niña adquirir una identidad, un nombre y una nacionalidad. Asimismo, implica su incorporación como sujeto de derechos dentro de un Estado y su acceso a un conjunto de derechos humanos reconocidos internacionalmente” (Derecho a la Identidad como Derecho Humano, 2011)

Como lo menciona GOMEZ (2007) “algunos textos constitucionales se refieren expresamente al derecho a la identidad, categorizándolo incluso en algunos supuestos como un derecho fundamental, y otros, la mayoría, recogen sólo algunas de sus manifestaciones (especialmente las relacionadas con el origen biológico y con la

identidad étnica o cultural), en la propia constitución o en leyes de rango inferior”.

Uno de los casos es el de nuestro país, nuestra Constitución política lo establece como un Derecho Fundamental, en su art. 2°.

“El derecho del hijo a conocer su identidad goza de garantía constitucional. Así que será él quien -en definitiva- en su mayoría de edad decidirá si el incumplimiento del compromiso asumido ha afectado sus derechos fundamentales y, en todo caso, tendrá el ejercicio de la acción que corresponda, por la omisión de quienes se comprometieron a hacer conocer su verdadera identidad” (Bíscaro, 2011).

Es “aquella facultad o prerrogativa de ser quien uno es y ser reconocido plenamente de este modo; en otras palabras un derecho al reconocimiento de la autoconstrucción personal” (Siverino, 2013, pág. 16), Como lo indica (Biscaro, 2011, pág. 68) “la realidad biológica del adoptado está íntimamente ligada a su identidad personal, a un interés existencial que merece tutela legal. El derecho a la identidad personal supone la existencia del respeto de la propia biografía, con sus luces y sus sombras, con lo que exalta y con lo que degrada”.

El poseer una identidad como derecho no se encuentra establecido expresamente en la Convención Americana de Derechos Humanos. El Comité Jurídico Interamericano en su Opinión (2007) citado por (Siverino, 2013, pág. 15) entendió que “es un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana e incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia”.

La identidad es un derecho protegido por la Constitución Política del Perú prescrito en su artículo 2° y el Código del Niño y de los Adolescentes - Ley N° 27337 del 2000

Artículo 2° C.P.P: Toda persona tiene derecho:

“A la vida, a su identidad, a su integridad física moral y psíquica y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (RIOJA BERMUDEZ, 2018).

Artículo 6° C. del Niño y Adolescente: A la Identidad

“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” (CUSI ARREDONDO, 2018).

2.2.3. Derecho a la Verdad Biológica

El buscar una identidad es una tarea que implica toda la vida, cobrando mayor importancia en la adolescencia, un intento para encontrar el sentido de uno mismo y del mundo. “Es un proceso vital que contribuye a la fortaleza del yo adulto definido como: una organización interna, auto-construida, dinámica de impulsos, habilidades e historia individual. Su construcción produce un sentimiento generalizado y un acuerdo gradual entre la variedad de auto imágenes cambiantes que fueron experimentadas durante la niñez y recapituladas en la adolescencia”. Es así que, “no puede existir un sentimiento duradero de sí mismo sin la experiencia

continua del yo consciente, centro fundamental de la existencia que origina un impulso activo y selectivo para separar valores que parecen viables en su formación” (Loo, 2003, pág. 49).

“Desde esta perspectiva los aspectos socioculturales y cognitivos que influyen en la vida del hombre son parte de la construcción de la identidad personal. La persona también se identifica con un grupo y no con otro, tiene sentimientos de pertenencia a cierta clase de individuos y rechazo por otros. Los actos de identificación son actos no solo cognitivos, también tienen un componente afectivo muy poderoso” (Loo, 2003, pág. 50).

Como lo menciona (Galeazzo Goffredo, 2015)“la construcción de la historia personal, aunque parezca insignificante, juega un papel fundamental en la formación de la personalidad. Esta se inicia en el proceso de gestación por la percepción misma de algunos eventos impactantes para la madre, y estará entrelazada con ambos padres y los vínculos familiares y sociales, desde cuando se tenga pleno uso de razón hasta el final de la vida”.

Se debe resaltar que “El conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por este como un ser social –identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto. Nuestra identidad, lo que somos y lo que queremos ser, nos viene dado en gran parte por la adscripción a un universo familiar determinado. Más la familia no está aislada del resto de las instituciones sociales. Sus miembros desarrollan muchas de sus actividades en el exterior, de donde derivan parte de sus valores, además de estar sujetos también al influjo de los medios de comunicación de masas. No obstante, la transmisión de dichos valores, el cultivo de la sociabilidad el equilibrio

emocional y hasta el espíritu cívico de los individuos dependen en gran medida del ajuste entre demandas y expectativas de los actores familiares, tanto en el interior como en el exterior” (Zenere, G. G y Belfort, E. A, 2001)

El principio, como lo considera Corral (2010, 60), de la “Verdad Biológica, fue impulsado no sólo por cambios ideológicos y culturales, sino también por los avances científicos que, por medio de test genéticos, hicieron posible la demostración probatoria tanto de la exclusión como de la inclusión de paternidad”, dado en el contexto en el cual se reemplaza el principio de verdad formal por el de una certeza en el ámbito biológico en un marco jurídico dentro del que se reconocerá la filiación, la paternidad y maternidad. Textualmente afirma: “El principio de verdad biológica nace, por tanto, como un estándar normativo que va en beneficio del hijo que ha sido procreado, pero que va más allá, por cuanto se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica, y ello, aunque vaya en contra del interés del hijo, que podrá quedar sin padre legal. También se amplía al interés del padre biológico para impugnar la paternidad formal en beneficio no sólo del hijo sino del mismo progenitor demandante” (Corral, 2010, pág. 61).

2.2.4. Principios Ponderados Para Determinar El Derecho A La Identidad

En la praxis judicial “se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien” (Placido Vilcachagua, 2008).

“Debe tenerse presente que el criterio de la ponderación de bienes es una consecuencia del convencimiento de que los derechos y libertades no son absolutos. No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho o una libertad fundamental de otra persona. Entonces, he ahí la cuestión: ¿cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? El conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso. No hay una preferencia incondicionada que derive directamente de la Constitución, sino un mandato a los jueces para que valoren todos los aspectos y datos, sean o no fácticos, de cada recurso, sin proporcionarles puntos de referencia constitucionales” (Placido Vilcachagua, 2008).

2.2.5. Principio De Interés Superior Del Niño (Favor Filii)

Se trata de un principio ampliamente vigente y relevante en materia filial pues encierra la obligación de dirigir y orientar a los responsables de decidir en las controversias de la materia en cuestión decisión en la materia para que estas sean tomadas, pues tal cual se ha explicado líneas arriba, el Interés Superior del Niño significa un freno, obligación y regla de carácter imperioso para los órganos decisorios. En esencia, esta prioridad que se otorga al bienestar del menor, señala la exigencia de que en el caso dentro del cual se esté deliberando sobre derechos de menos de edad, se debe considerar la decisión a tomar con prudencia con la finalidad de no vulnerar sus derechos sino por el contrario, estos sean resguardados. (Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 16).

La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño De 1990 en este mismo sentido expresa claramente en su artículo 3°: “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”. Lo que parece que la orden estricta La Convención se divide, cuando menos, en dos partes: la primera es establecer cuál es el Interés Superior del Niño y la segunda, decidir qué medidas se tomarán en beneficio de él de una forma privilegiada. “El estándar normativo del interés superior del niño cuando se trata de conflictos de intereses entre padres o ascendientes y un menor que es hijo, asume la denominación usual de favor filial, o interés superior del hijo” (Corral, 2010, pág. 64).

Por otro lado, en su artículo 7° inc., 1 de esta Convención, prescribe “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 8° Inc. 1 prescribe 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”; y en el Inc. 2, prescribe “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”. (UNICEF, 2006)

2.2.6. Principio A La Verdad (Favor Veritatis)

Para Capdet y Muñoz (2011, p. 11) “resulta incoherente abrogar a la administración de justicia, un fallo sin que no se presuma la correspondencia con la verdad, pues como principio, verdad es sinónimo de justicia”.

Plácido Vilcachagua (2008) lo expresa de manera acertada: “Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio *favor veritatis*), aquella no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues éste no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una ‘posesión constante de estado’ con aquél. Sólo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico”.

“La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del niño a su identidad filiatoria exige reconocer que tal derecho está conformado, de un lado, por el dato biológico, la procreación del hijo, y, del otro, por el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Siendo así, es el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no le corresponde o puede no corresponderle con aquel” (Plácido Vilcachagua, 2008).

La Convención sobre los Derechos del Niño nos dice en su artículo Artículo 7°: “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”.

Derecho que se está salvaguardando hasta el momento por la presunción de paternidad; porque la mujer casada que dé a luz un hijo se presumirán de su marido, otorgándole de forma inmediata al menor su derecho a un nombre y apellido desde su nacimiento garantizando

así identidad.

2.2.7. Principio De Protección A La Familia (Favor Legitimitatis)

Respecto a los considerandos para presumir la paternidad que contiene la norma de la materia, se puede aseverar que, si estas consideraciones no guardan relación con lo que se entiende como “Verdad Biológica” actualmente, la decisión jurisdiccional logrará la condición de cosa juzgada material con las consecuencias que ello conlleva, es decir, la imposibilidad de impugnarla esto es razón a que si el fallo declara la existencia de una relación jurídica de filiación, dicha decisión reconocerá todos los atributos de tal relación filial, salvo que, se lleve a cabo la realización de un examen que determine el vínculo parental o un examen de ADN, cualquier valoración que pueda realizar el ente judicial se resumirá solamente a conjeturar si existe o no filiación de carácter legal alguna, la misma que no se traduce directamente en el hecho de que se vaya a estudiar o indagar sobre la existencia de algún vínculo de carácter biológico. (Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 13).

El dilema surge en la decisión inapelable que se toma dentro de los litigios en materia filial en la situación de que no se ha realizado agotamiento de la actividad probatoria que pueda corroborar una posible paternidad por lo que, en consecuencia, la decisión final no guardaría relación en todos sus considerandos con lo que se considera “Verdad Biológica”. (Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 14)

CAPÍTULO III:
RECONOCIMIENTO DE HIJO
EXTRAMATRIMONIAL DE MUJER
CASADA

3.1. LA PATERNIDAD

3.1.1. Definición De Paternidad

A partir de la perspectiva legal, el concepto “paternidad” nos conlleva a pensar en el nexo genético existente en los padres y sus hijos involucrando al padre y la madre.

Lo que dice (Varsi, E y Severino, P, 2006) es trascendental: Afirmar la paternidad sobre alguien no significa estrictamente que haya un nexo biológico. Este enunciado está fundamentado en el hecho de que ser padre abarca también un comportamiento de crianza, responsabilidad y cuidado respecto al hijo (papá no es quien engendra sino quien cría), entre tanto, el ser progenitor sólo crea un lazo de carácter genético entre los involucrados dando lugar así a un genitor y un generado (progenitor es el que engendra).

3.1.2. Clases De Paternidad

3.1.2.1. Paternidad plena

Es el tipo de padre que reconoce a su hijo como tal y se encuentra en una relación de matrimonio con la madre, hecho que concede la característica de padre en la ley. Cumple un rol constante en el hogar, así también como en el crecimiento del menor, ejerciendo las facultades paterno – filiales que se le reconocen. Se trata de un rol paternal de carácter absoluto en el que no existe disyuntiva entre la vinculación biológica y la legal.

3.1.2.2. Paternidad referencial

Es el padre que no convive con el hijo dentro del mismo hogar, pero si conoce acerca de él, las que van a ayudar para que se desenvuelva en un ámbito familiar. En este caso, el vástago sí tiene conocimiento de quién es su progenitor. Aquí tenemos algunos casos:

- Cuando el hijo no tiene padre porque el esposo falleció o no está presente.

- Cuando se concibe por fecundación *post mortem*, el menor sabrá quién es su progenitor, este estará impedido de ejercer los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

3.1.2.3. Paternidad social

Este tipo de padre es aquel que engendró un vástago más no realiza una convivencia con el menor por lo que su vínculo no genera efectos legales, no obstante, ello, sí genera un vínculo emocional pues concede el hecho de tener una figura paterna.

3.1.2.4. Padre excluido

Se trata de aquel progenitor quien a través de un procedimiento de reproducción cedió su ADN, pero sin compromiso de asumir una paternidad, privando de esta manera la potestad de saber quién es el hijo que fue concebido con su esperma. El menor no tiene una imagen paternal o alguna referencia sobre ella, esto es, no tendrá definida su identidad genética.

3.1.3. Presunción de paternidad

Como lo señala (Miranda M. , 2014) “el derecho siempre ha buscado que la determinación legal de la paternidad coincida, o al menos pueda coincidir, con la realidad biológica, incluido el vínculo ficticio que existe entre padres e hijos en el caso de la adopción”.

Según nuestro ordenamiento jurídico “en el supuesto de surgir una controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, nuestro ordenamiento civil debe ponder preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial en función de la identidad social” (Placido Vilcachagua, 2008).

En un conflicto de derechos, el derecho a la identidad del niño está por encima del derecho a la protección de nombre del presunto progenitor, en consecuencia, por orden de prelación cuando existe un conflicto entre un Derecho Fundamental y otro, el Derecho a la Identidad estará antes que el Derecho a la Intimidad, esto en razón a que se trata de un derecho de orden público.

En ese mismo sentido, Plácido (2008), hace referencia que el poder conocer el vínculo parental del individuo, como un elemento de la identidad y del desenvolvimiento en la vida social, es sumamente relevante, el gobierno no desconoce esta situación que se configura de orden público por ello es que en nuestra legislación se han considerado modificaciones iniciadas por desacuerdos en intereses opuestos como lo son la importancia del niño a saber quién es su verdadero progenitor, de dónde proviene y desde otro ángulo, la importancia de conocer la identidad del supuesto progenitor, casi siempre contravienen. Para dilucidar esta controversia en materia filial, es aplicable el principio de preponderación, el mismo que prioriza la potestad de saber de dónde proviene biológicamente, esto facilita la solución de un posible conflicto entre un derecho fundamental del hijo y uno del padre. En consecuencia, se entiende que posee un fin protector. Nuestra legislación resalta principalmente la potestad del niño a exigir que se le otorgue filiación con su progenitor no que se traduce como la prevalencia del Interés Superior del Niño y del Adolescente, contenido en el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, artículo IX.

“La institución que en nuestra sociedad llamamos paternidad no es algo monolítico, sino que puede concebirse como un conglomerado de distintas relaciones. De hecho, el haz de derechos y obligaciones que forman parte de este estatus puede desglosarse en varias ramas: por ejemplo, algunos de los deberes del padre derivan del hecho de ser el presunto progenitor del niño; otros pueden emanar de su condición de esposo de la madre; otros, de asumir la responsabilidad social de su

educación, y así sucesivamente. En nuestra sociedad, todos estos aspectos de la paternidad suelen ir idealmente ensamblados, pero ello no siempre ha sido así, ni mucho menos lo es en el caleidoscopio de la diversidad cultural” (Zenere, G. G y Belfort, E. A, 2001).

De allí que, “la funcionalidad de la investigación de la paternidad es precisamente buscar a la atribución a los padres de los deberes y obligaciones de tipo asistencial de sus hijos. Si se sigue este razonamiento, el derecho del interesado a conocer su propio origen no puede ser identificado como derecho fundamental ya que cuando se admite la identificación del padre o madre genéticos, ello se efectúa siempre sin romper su filiación actual” (Pinto, s/f).

El defectuoso mecanismo empleado para la presunción de paternidad viene modificándose eficientemente por los distintos exámenes genéticos que esclarecen los vínculos filiales, éstos con valoradas como actividad probatoria directa ya que tienen la capacidad de generar certeza o desvirtuar las afirmaciones de una paternidad siendo ejercida. Tales procedimientos dedican la atención a directrices propias a esta institución jurídica partiendo de una ambigua subordinación al bienestar del niño y a herramientas técnicas, cuya seguridad procesal no guarda relación con su eficacia. (Capdet, 2012, p. 3).

En España la Sentencia de su Tribunal Constitucional del 17 de junio de 1999, declara que “la Constitución ordena al legislador que 'posibilite' la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. El artículo 39 de la Constitución española inaugura “los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III, de su Título I: De los derechos y deberes fundamentales); es decir, su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, aunque “sólo

podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). “Luego el óbice para que los ciudadanos puedan emprender las oportunas acciones no se comparte por el Tribunal, quien de oficio aborda la cuestión a falta de una ley de concreto desarrollo que lo ampare. Sorprendente forma de proceder. Ello explica la cita de otros preceptos constitucionales, cogidos de refilón, para superar el obstáculo normativo que se le plantea” (Duran, 2010, p. 17).

“El principio de verdad biológica tiene señaladas excepciones en el derecho español. Un buen caso se ofrece por los artículos 125 y 124 del Código Civil. El primero impide que se conozca el origen biológico incestuoso sin autorización judicial. El segundo inaugura otras alternativas para la madre con vistas a establecer nuevos vínculos familiares para el hijo. Ambos preceptos se fundan en el axioma de *favor filii*” (Duran Rivocaba, 2010).

La conjetura *pater est* se fundamenta en lo que sucede frecuentemente, *quod plerumque accidit*, y es exigida por motivos sociales sumamente beneficiosos, su fundamento es de carácter cultural y social, en beneficio del equilibrio familiar al no permitir que se impute una conducta adultera a la esposa por lo que con ese supuesto se refuerza la tranquilidad familiar. (Varsi, E y Severino, P, 2006).

El Artículo 361° es un artículo base en el derecho comparado; está contenido expresamente en los Códigos Civiles de países como: Brasil, España, Alemania, Francia Argentina, Colombia, Guatemala, Chile, Italia, Ecuador, Luisiana, México (Federal), Bulgaria, , Puerto Rico, (México), Quebec, Paraguay, Uruguay Quintana Roo, Venezuela, República Dominicana, y otros más, también en los Códigos de Familia de El Salvador, Bolivia, Costa Rica, Panamá, Honduras, Cuba, Cataluña entre otros tantos. Contiene una de las figuras legales más tradicional que se recuerde y la que más ha sido teorizada.

Existe una diferencia entre el derecho a la paternidad, y el derecho fundamental a la identidad con respecto al hijo extramatrimonial, que es importante recalcar antes de iniciar con nuestro principal análisis entre normas y principios. Quien reclama la paternidad de un hijo extramatrimonial, siendo la madre una mujer que está casada con otra persona, está reclamando sea declarado como progenitor de un niño que es biológicamente suyo, mientras que la identidad del hijo extramatrimonial está estrechamente relacionado a un derecho fundamental de la personalidad.

En este sentido como afirma Plácido (2008) el “ordenamiento civil pondera preferentemente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial a pesar de la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial”. Y lo hace no en sentido de mantener irrazonablemente un estado de incertidumbre jurídica entre quienes reclaman la filiación, sino que *prima facie* se protegen derechos fundamentales íntimamente vinculados al interés superior del niño.

Anteriormente mencionamos que algunos autores afirman que el derecho a la verdadera identidad biológica que implica conocer al verdadero padre biológico debe primar sobre cualquier presunción de paternidad. Además, menciona que los preceptos que obstruyan al hijo para que exija o impugne su filiación como sucede en el artículo 396° del Código Civil el cual condiciona el hecho de reconocer al hijo concebido por la esposa fuera del matrimonio a que el marido quiera o no impugnar esta paternidad, resultan incompatibles con el mandato constitucional.

Los hijos extramatrimoniales como personas naturales sin capacidad de ejercicio deberán accionar su reclamo o impugnación de la filiación a través de la representación directamente de la madre, en conformidad con el supuesto de mujer casada que señala el artículo 396 del código civil.

De esta manera, al hablar de presunciones, la paternidad del padre biológico podría no verse afectada, toda vez que el hijo extramatrimonial es considerado como hijo perteneciente al matrimonio. De esto nos ocuparemos en los resultados de nuestra investigación en donde exponemos de manera lógica las relaciones entre las normas jurídicas involucradas.

Para poder lograr esto último, es necesario desarrollar los principios que nos permitirán analizar el caso de impugnación de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada, cuando el menor se encuentre en un estado constante de familia con su padre legal.

3.1.4. Negación de la paternidad

Este artículo 363° del código civil consagra la acción que puede usar el esposo si considera que el vínculo filial que se le atribuye no está inmerso en el supuesto bajo el que se presume la paternidad establecido en el artículo 361° del código mencionado.

Este artículo emplea sin realizar distinción alguna la denominación ya sea para casos en los que se niega el vínculo filial como para aquellos en los que se impugna.

Supuestos considerados en el art. 363° del Código Civil vigente respecto a la manifestación de paternidad.

3.1.4.1. Nacimiento del hijo antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

Supuesto bajo el cual el menor nació en los 180 días posteriores a la celebración matrimonial. Quien ejerce la acción sólo tendrá que rechazar la paternidad a través de una negación simple, demostrando que el menor fue procreado antes de este evento.

3.1.4.2. Imposibilidad de cohabitar con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo.

En este caso, ya hay una oposición a la paternidad dado que resulta imposible que se haya dado la cohabitación con la esposa durante los primeros 121 días de los 300 días anteriores nacimiento del menor.

3.1.4.3. Por separación judicial durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo en cohabitación

En este caso también se niega la paternidad, debido a que en lo que dura la separación no se puede presumir que haya cohabitación entre los esposos, todo lo contrario, debido a que el primer efecto de una separación es la suspensión de la cohabitación entre cónyuges.

3.1.4.4. cuando adolezca de impotencia absoluta

Se trata de otro caso de oposición a la paternidad, a través de este se niega el vínculo filial con el menor y en consecuencia, se contradice la presunción de paternidad al alegar incapacidad absoluta para concebir presente al momento de la concepción.

El cónyuge que impugna esta paternidad argumentará en base a esta circunstancia que no era posible, físicamente hablante, mantener relaciones íntimas conyugales en el tiempo establecido en la ley para la concepción. (Bustamante, 2003).

3.1.4.5. Demostración a través de prueba del ADN u otras pruebas de validez científica que no existe vínculo parental.

Por medio de esta causal, el Código Civil obedece a la tendencia vigente usada en el Derecho Comparado consistente en posibilitar el uso de herramientas científicas utilizadas para investigar y determinar la paternidad.

Este presupuesto incorporado a propósito de la modificación introducida a este artículo por la Ley N.º 27048, publicada el 6.1.1999,

a través del cual se fija un factor nuevo que posibilite negar el vínculo paternal producto del matrimonio y además funge de soporte a las 4 causales descritas en el artículo de estudio, debido a que el examen de ADN tiene como finalidad ser un medio probatorio que respalde la contestación de paternidad. El examen de ADN se considerará como una prueba que hará posible el contradecir la presunción de paternidad, corroborando que el actor no es el progenitor del menor que se le busca atribuir como tal. ("pater is est').

Actualmente, “entre los exámenes de carácter científico para determinar la filiación biológica, tenemos: las pruebas negativas que son las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológica; la prueba del sistema de histocompatibilidad (HLA humano leucocito antígeno), así como las pruebas de proteínas séricas; y entre las pruebas positivas están: la prueba de los marcadores genéticos, más conocida como el ADN, la prueba de polimorfismos cromosómicos y la prueba de dactiloscopia y palmatoscopía” (Bustamante, 2003).

3.1.5. La previa negación de paternidad de marido como requisito para el reconocimiento de hijo de mujer casada.

Con esta afirmación se demuestra que el ordenamiento no admite la existencia de filiaciones incompatibles al mismo tiempo y, en el escenario de que se de tal imposible legal, se dará prioridad al vínculo filial dentro del matrimonio frente al que se da fuera de este, en caso esté determinado prioritariamente.

Tal prohibición se explica de la siguiente manera: “solo el marido puede ser juez de su propia paternidad. Desde este punto de vista, es el marido, él y solo él quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y podía, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionario; con lo cual, se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas como, por ejemplo, el propio hijo” (Plácido, 2003).

Los argumentos de esta solución están en que la facultad impugnatoria de la paternidad dentro del matrimonio le pertenecen al esposo y, por consiguiente, de no darse ninguna protesta al respecto se presumirá que los esposos cumplen con los acuerdos matrimoniales y se asumirá que el embarazo es producto de ambos cónyuges, y que el vínculo matrimonial es el vínculo legal base para la existencia de la familia y necesita ser protegido y en que defender la armonía del hogar o la tranquilidad de la sociedad necesita de determinadas restricciones establecidas en la ley.

Empero, al incorporarse al ordenamiento legal la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Resolución Legislativa N.º 25278, se otorga al niño el derecho a saber quiénes son sus progenitores y a que estos le brinden cuidados (numeral 1 del artículo 7º). Ello se traduce en que el ordenamiento jurídico deberá otorgar el derecho de todo sujeto a reclamar la declaración de su vínculo filial o realizar su impugnación, siempre, basándose en la actividad que demuestre el nexo biológico entre los progenitores y el nacido (Plácido, 2003).

Por otra parte, no se puede negar que el menor tiene un innegable interés de carácter moral consistente en conocer quiénes son sus progenitores en razón a que le atañe directamente. En otro orden de ideas, si bien es ampliamente sabido que la facultad para apelar la paternidad dentro del matrimonio es del esposo, también es sabido que dicha condición no impide de manera expresa que otras personas legitimadas puedan interponer la acción; todo ello, conforme al artículo 367 del Código Civil. En ese sentido, la facultad para impugnar la paternidad dentro del matrimonio puede ser ejercida por el propio hijo, sin que eso signifique una actuación ilegal. (Plácido, 2003).

Aunque, del mismo modo, que se presuma el hecho de que se cumplieron los deberes maritales por parte de los cónyuges, pues el que se presuma mantiene su validez en la medida que no se compruebe lo contrario. La actividad probatoria del vínculo biológico pondría en evidencia si se cumplió o no con el compromiso de fidelidad.

La misma suerte correría en la situación de que se acredite la incapacidad física, según las circunstancias, que hayan convivido esposo y esposa o la impotencia absoluta del varón, escenarios que posibilitarán la impugnación por parte del esposo a la paternidad, conforme al art. 363° del Código Civil.

El considerar la institución del matrimonio como una unión de hecho en que se origina la familia, no es única ni excluyente de su formación. Esto es, la familia además podrá formarse a partir de una unión de hecho. Por lo que, cuando se establece en la Constitución, art. 4°, el Principio De Protección De La Familia, se entiende que la familia es una sola sin que se tenga que considerar cómo se constituyó.

Es inconcebible hablar de una familia amparada en un matrimonio contrapuesta a una, extramatrimonial. La institución de la familia protegida es única. Respecto al resto, el necesitar que las condiciones de las parejas que no están casadas, no tendría que ponerse al mismo nivel que el matrimonio debidamente contraído, no debe ni puede perjudicar el derecho de toda persona a conocer a sus padres. Distinto es, pues, la fuente y el contenido del vínculo jurídico familiar que se deriva del matrimonio del que nace de la filiación.

3.2. FILIACIÓN

3.2.1. Definición de Filiación

Se debe tener en cuenta que “Como es bien conocido, los orígenes jurídicos de la filiación radican en su reconocimiento por el derecho, como una estructura con una significativa utilidad social y pública. Mientras la maternidad podía ser determinada biológicamente porque la madre siempre es conocida (*mater sempercertaest*), la paternidad fue establecida exclusivamente dentro del vínculo del matrimonio” (Miranda, 2014, pág. 218)

El vínculo filial, en sentido amplio, se entiende como el nexo jurídico que hay entre dos personas, siendo una la madre y la otra, el padre respecto a un menor, cuando se habla de la relación madre – hijo se denomina “filiación materna”; si se habla de la relación padre – hijo, se denomina “filiación paterna”, en ambos sentidos, el vínculo filial es el origen para el parentesco. (Capdet C. K y Muñoz, 2012).

“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” (MENDEZ, 2011).

En palabras de Varsi y Severino (2006) “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”.

El vínculo filial es el nexo que hay entre quién es el progenitor o progenitora respecto a otra. Es el estado de familia que nace instantáneamente de la generación con respecto del generado. Para Cicu (citado por Varsi y Severino, 2006) “es el estado cuya característica es que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres”. Según Barber (2010) es, ante todo, “el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores” Partiendo del punto parental, el vínculo filial es una conexión de carácter biológico, en 1° en línea horizontal, vinculando a un hijo con quien la procreo o la criará como si la hubiera procreado (Silvio Rodríguez y Diniz, citados por Varsi y Severino, 2006).

Es el nexo o vínculo genético que relación al niño y sus progenitores. Cuando esa relación puede calificarse acreditada, la maternidad o paternidad quedan, legalmente, establecidas. Establecer será la

afirmación jurídica de que se presume una realidad biológica. (Capdet C. K y Muñoz, 2012)

Para Díez- Picazo y Gullón (1998, p. 162) es “tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”.

Actualmente, la doctrina con Arias-Schreiber (citado por Varsi y Severino, 2006), ha manifestado que el vínculo filial es el nexo más trascendente dentro de las relaciones parentales y que teniendo como punto de partida una realidad biológica, la procreación, nace una relación legal empapada de obligaciones y derechos, teniendo como tema principal, el conflicto legal sobre los padres e hijos.

(Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 5) Con respecto a la filiación materna y paterna nos dice: Sobre la filiación materna, el dar a luz facilita tener certeza respecto a la relación biológica de la progenitora y el menor, mientras que en el caso de la filiación del padre solamente podrá ser dilucidada por medio de la presunción (Ej. los hijos nacidos dentro del matrimonio), de darse una controversia, probada la maternidad, basándose en condiciones de tiempo y lugar se podrá determinar qué individuo ha procreado al menor sobre el que se trata de establecer su vínculo filial.

El vínculo filial es la *condictio sine qua* non para establecer la realidad de una persona como creación de otra. “*Es una forma de estado de familia, de allí que se diga que la filiación implica un triple estado: estado jurídico, asignado por la ley a una persona deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra. Estado social, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas. Estado civil, pues implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad*” (Varsi y Severino, 2006). Por eso es de suma importancia una clasificación entre lo biológico y jurídico (Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 5)

- **La filiación biológica** es el hecho natural de la concepción humana que tiene su origen en la reproducción del ser humano; por lo tanto, toda persona tiene quien la engendro, es decir de quien nació o de dónde provino.
- **La filiación jurídica**, se refiere al vínculo legal creado por el derecho, este vínculo filial es de interés del Derecho pues lo que es importante estableces es el nexo que dará origen y regimiento al estado jurídico de la persona. Los conceptos “paternidad” y “filiación” contienen calidades relacionales, es decir, calidad de progenitor y calidad de hijo. Pese a las acentuadas características de cada término, la teoría jurídica que postula la igualdad de los hijos ha llevado a terminar con la diferencia existente respecto a la paternidad y la filiación con la intención de no establecer las circunstancias, el tiempo, la forma y el modo, respecto a de qué forma fue procreado el hijo. Como resultado tenemos que el vínculo filial es inherente a la persona en el aspecto que el status filii es una cualidad natural, reconocido y promovido en la actualidad que cualquiera debería tener conocimiento sobre su vínculo filial (derecho a conocer su propio origen biológico) todo ello con el fin de que, además de obtener efectos legales, también pueda disfrutar de una identidad.

Por lo que afirmaremos que el vínculo filial se determina por la responsabilidad que asumen tanto la madre como el padre a grato tal, que el hecho de adquirir la condición de hijo tiene su fundamento en la procreación, conformando esto el requisito de carácter biológico necesario en la relación legal paterno - filial. Empero, este vínculo también puede constituirse sin que exista un nexo biológico (filiación sin procreación: adopción) o en caso de que exista y no haya vínculo filial (procreación sin filiación: expósitos) o la inexistencia de una concepción propiamente dicha y un vínculo filial que falta determinar (reproducción asistida y filiación indeterminada).

Según Gómez (2007) la protección es realizada por distintos medios y en momentos distintos, a saber:

- **La identificación del recién nacido e inscripción en el registro:** paso número uno que el Estado debe garantizar: el derecho a la identidad de una persona; esto quiere decir que ha sido identificada correctamente como hijo de sus progenitores cuando fue dado a luz y por ende que su reconocimiento como hijo ha sido registrada en los en el Registro Civil.

“La razón de esta protección legal es evitar el intercambio y el tráfico ilícito de niños, intención que se encuentra claramente reforzada por la tipificación penal de este tipo de conductas, ya que el Código Penal castiga con pena de prisión la suposición de un parto, la ocultación o entrega de un hijo a terceros para modificar su filiación, y la sustitución de un niño por otro, añadiendo a la pena la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad en los casos en que los hechos sean cometidos por familiares del niño, y castigando también los cambios que se produzcan en los centros sanitarios por imprudencia grave de los responsables de la identificación de los menores” (Gomez, 2007).

- **La inscripción registral:** es el siguiente paso a la identificación del recién nacido para garantizar el derecho a su identidad respecto al vínculo filial pues va a garantizar la duración y veracidad de los datos, así como su publicidad.

El inscribir en los registros respalda que aconteció un nacimiento, así como la hora, fecha y lugar de este, el género y el vínculo filial del menor inscrito. Las consignaciones de identidad que se debe hacer son el nombre y apellido del recién nacido, nombres de los padres, números de DNI, edad, estado civil, lugar de residencia, así como nacionalidad. De no saberse la fecha de nacimiento, esta se fijará conforme a la fijada en el informe médico. De no conocerse el lugar de nacimiento, se va a inscribir el que se haya conocido primero de estadía del nacido. (Gómez, 2007).

3.2.2. Tipos de Filiación

Los tipos de filiación se producen según se encuentren dentro o fuera de un matrimonio, o sea, el punto de partida es la relación que surge producto del nacimiento del menor y la que exista un matrimonio.

3.2.2.1. Filiación Matrimonial

La filiación matrimonial se produce en el momento que la filiación se sentó o se sienta cuando la filiación se estableció o se está estableciendo paralelamente en razón del progenitor y progenitora a la vez y existe un vínculo matrimonial entre ellos, produciéndose el nacimiento del menor previa celebración matrimonial, dentro de su duración o, máximo, en el plazo de 300 días a su término.

“La Filiación Legítima o Filiación nacida en el matrimonio es aquella que se origina (en principio) a raíz de que el hijo sea concebido mientras sus padres se encuentren unidos por el vínculo del matrimonio. Es decir, que, al momento de la concepción, los progenitores estén unidos por el lazo matrimonial, que en nuestro país puede ser: civil o canónico. La mayoría de los autores se inclinan por la misma línea a la hora de dar una definición sobre Filiación Legítima, y en tal sentido externamos los diferentes conceptos a través de los cuales la doctrina expone su punto de vista. Para Carlos Romero Butten, la Filiación Legítima, se define como: la que se establece como consecuencia del matrimonio” (Romero Butten, 1991, pág. 63)

Por su parte, Louis Josserand comprende como Filiación Legítima: "aquella que tiene su origen en el matrimonio; por lo que sólo tendrá carácter de hijo legítimo, aquel cuya concepción sea obra de dos esposos".

Asimismo, Plinio Torrero Peña define la filiación legítima como: “la que resulta del doble vínculo de filiación del hijo con su madre, de una parte y con su padre, por otra parte”.

3.2.2.2. Filiación extramatrimonial

Se trata de aquel vínculo filial que tiene lugar fuera del matrimonio, resultado de la concepción entre progenitor y progenitora sin que estén vinculados entre sí, es decir, no están casados.

Significa "la intención de parte (reconocimiento) o en su defecto, la exigencia jurisdiccional, iussu iudicis (por orden del juez) como únicas formas de establecerla. Las opciones son son: decisión o imposición" (Varsi Rospigliosi, 2009)

Esta filiación se puede dar de dos formas, por voluntad propia del padre de reconocer al menor o por orden judicial según Varsi Rospigliosi.

Los hermanos Mazeaud la definen como: "el vínculo que une al hijo que ha nacido de las relaciones de personas no unidas por el matrimonio, vínculo que puede ser con su madre (Filiación Materna Natural) o con su padre (Filiación Paterna Natural)". En ese marco, el vínculo filial originado fuera de la unión conyugal es diferente al originado dentro por el hecho de el primero no se puede dividir opuesto a que segunda, que si es susceptible de división en razón a que el vínculo filial natural podrá establecerse por uno solo de los progenitores, este no es el caso del vínculo filial legítimo que es establecido por los dos padres (si se es hijo legítimo de una mujer casada, en consecuencia, también se es hijo legítimo del esposo). Producto a que la filiación natural es divisible, el vínculo filial tanto de la madre como del padre, se establece por diferentes medios, esto es, respecto de la madre, el vínculo filial natural se configura por el solo alumbramiento mientras que en relación al padre, esta debe ser por un voluntario reconocimiento realizado por él o por orden judicial cuando se invoca la competencia jurisdiccional; Julien Bonnecase, define el Vínculo filial Natural como: "el lazo que une al hijo, con su padre o con su madre, o con ambos, cuando estos no están casados entre sí en el momento de su nacimiento". Se puede ver que, la doctrina crea un concepto de Filiación Natural en base a las

mismas posturas, razón por la cual no hay confusión entre una u otra definición.

3.2.2.3. Determinación de la filiación

“La correspondencia entre realidad biológica y filiación natural desaparece en muchos casos de reproducción asistida en los que se va a determinar la filiación natural respecto de progenitores que no han hecho aportación de material reproductor, sino que, como en la adopción, simplemente han consentido: se produce este efecto cuando el marido o la compañera de la mujer que es inseminada artificialmente con semen de donante anónimo, consiente que se determine la filiación natural respecto de él o ella” (Pereña, 2012, pág. 137).

Por lo que, el vínculo filial natural respecto a la madre se sustenta en el alumbramiento que hasta hace no mucho, significaba siempre la participación genética de quien daba a luz respecto al recién nacido

Las legislaciones modernas se han apartado de calificar al hijo con la finalidad de debatir la calificación de padre-madre (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc.) acorde su nivel de intervención en la procreación. Este escenario podría tener origen en impactos entre una realidad biológica y la denominada "voluntad procreacional", diferenciándose la voluntad de "solidaridad", algo que vendría complicándose con los métodos de concepción asistida (ovodonación, embriodonación, maternidad subrogada, entre otros) (Varsi, E y Severino, P, 2006).

3.2.3. La prueba de ADN

El ADN “es la molécula donde se encuentra toda la información necesaria para que los seres vivos puedan llevar a cabo todas sus funciones vitales. En ella residen también todas las particularidades que hacen de cada individuo alguien único. A través del ADN se heredan determinadas características de padres a hijos y así sucesivamente de generación en generación” (Bernath, 2012, pág. 41).

Como consecuencia del hallazgo de Alec Jeffreys sobre que, cualquier individuo puede ser reconocido partiendo de un patrón específico de su ADN, surgieron las pruebas moleculares sumándose que se generaron posibilidades infinitas para que sean aplicadas, desde estudiar y establecer los vínculos biológicos entre padres, hermanos, hijos, nietos o abuelos hasta resolver los más complejos casos criminales.

“A pesar de que, por su aplicación reciente, muchos países carezcan todavía de una legislación clara en el tema del ADN, en diferentes sitios del mundo han ido surgiendo sociedades y organizaciones que se reúnen para discutir las tecnologías de ADN en genética forense y que organizan controles de calidad. Los laboratorios que participan de ellas poseen certificados que acreditan el nivel de los estudios que realizan, lo que les da un alto grado de confiabilidad. En las causas judiciales, los fiscales y jueces aparecen como las figuras intermediarias y son los responsables de seleccionar los laboratorios a los cuales se remiten las pruebas de ADN. En algunos países los análisis se envían a laboratorios especializados que dependen directamente de la Justicia. En otras, se mandan a centros tanto públicos como privados, previamente seleccionados por el sistema judicial” (Bernath, 2012, pág. 100)

(Capdet C. K y Muñoz, 2012, pág. 19) al hablar sobre las pruebas de ADN en los procesos afiliatorios mencionan que: El que existan pruebas hederobiológicas para la investigación del vínculo de filiación, las mismas que son admitidas de manera científica son calificadas por determinadas legislaciones como medio probatorio directo, logrando acreditar o desacreditar las afirmaciones de una aparente paternidad. Estas pruebas configuran las señales de un vínculo paternal que podrá constatarse a través de exámenes antropomórficos, los mismos que facilitarán la determinación a través de características morfológicas internas y externas (caracteres craneales, frente, ojos, nariz, boca, orejas, etc.) del menor respecto al supuesto padre, valorada por un amplio lapso por el sistema alemán como medio de prueba esencial.

La tecnología, “como la del ADN, no tiene el mismo impacto en todos los lugares. Sus usos no son predeterminados. Sus efectos no son automáticamente liberadores. La tecnología asume formas variables, de acuerdo con la red social (y humana) en la cual opera. Además de no tener la misma valoración en todos lados, el uso del test de ADN también puede resignificarse en un mismo lugar pero en diferentes contextos y situaciones” (Gesteira, 2013).

3.2.4. Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

El nacido de una mujer que está casada no podrá reconocerse hasta luego que el cónyuge esposo hubiera negado la paternidad y que esto sea reconocido en sentencia o la madre declare expresamente que no es del marido.

Por lo que “Interesa ahora analizar la posible determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. Ello acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una *posesión constante de estado* que puede o no coincidir con tal verdad biológica” (Plácido, 2008).

El artículo 396 es la norma jurídica que está directamente relacionada con nuestra hipótesis de investigación, cuya vigencia es la que nos ha permitido detenernos a analizarlo con relación a otras normas y a la vez con otros principios, estos últimos generados o reinterpretados por las nuevas nociones adoptadas por el mundo jurídico con respecto a las tecnologías para la determinación de la filiación.

En palabras de Plácido (2006) “Esta restricción se resume en lo siguiente: solo el marido puede ser juez de su propia paternidad. Desde este punto de vista, es el marido -él y solo él- quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y podía, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo; con lo cual, se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas como, por ejemplo, el propio hijo.”

El soporte de esa solución se halla en el hecho de que el impugnar la paternidad es facultad del marido por lo que, de no ejercerse tal impugnación se traduce en una aceptación al vínculo filial; lo que haría presumir que los cónyuges cumplen sus obligaciones como tales y se supondría que la concepción en una mujer casada concierne al marido; que el matrimonio es el acuerdo voluntario de derecho que funda a la familia y es susceptible de ser protegido; y, que el interés por mantener la paz en los hogares o el equilibrio social va a requerir de algunos impedimentos específicos contenidos en la legislación.

Es inaceptable hablar de una familia “matrimonial” contrapuesta a una familia “extramatrimonial”. La figura que se protege, esto es, la familia, es una misma. El resto, la exigencia de que las condiciones de las parejas unidas en matrimonio no deben valorarse de la misma manera que el matrimonio que se contrajo adecuadamente no puede ni debería afectar la potestad de cualquier persona a saber la identidad de sus verdaderos padres. Diferente sería, de dónde emerge y qué contiene el vínculo legal familiar que emerge de la unión matrimonial de la que nace la filiación (Plácido, 2006).

El fundamento que defiende la paz en la familia o la tranquilidad en la sociedad no puede nacer de bases que discrepen de lo que se entiende por Derecho Fundamental del ciudadano. Lo opuesto porta el germen de la enemistad y alteración de la paz social.

Siendo que “resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio *favor legitimitatis*) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio *favor veritatis*), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio *favor filii*). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad” (Plácido, 2008).

En nuestra investigación el supuesto de la separación de hecho como una causal fáctica entre cónyuges cuya la esposa tiene a un hijo con alguien que no es su marido (hijo extramatrimonial) puede servirnos para identificar claramente el contenido vulnerable de la norma legal del artículo 396 Código Civil y el interés superior del niño.

ANÁLISIS DE CASACIONES

CASACIÓN 950-2016 AREQUIPA, donde la Suprema Sala dentro de sus fundamentos, específicamente en el segundo, concluye que “el derecho a la identidad personal debe protegerse en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante, que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal (aspectos de índole cultural, religioso, político, relaciones familiares), y que en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad, como derecho humano esencial, debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. Así también, en el fundamento sétimo, arguye que todo niño, niña y adolescente, tiene el derecho de expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, y que, sobre todo, dicha opinión sea tomada en cuenta y valorada por el operador jurídico al resolver la litis, en clara materialización del principio del interés superior del niño”, Resumiendo la citada casación, como antecedentes se tiene que el padre biológico de la menor interpone una demanda de impugnación de paternidad contra la madre de su hija, y la pareja de esta (quien la reconoció como hija suya), a fin de que se declare nula partida de nacimiento de la menor, y como pretensión accesoria se disponga la filiación extramatrimonial del demandante como padre de la misma. El juez de primera instancia declara fundada la demanda, y, en consecuencia, declara judicialmente, la paternidad del demandante, fundamentando su decisión en la prueba de ADN, señalando, entre otros argumentos, que la verdad biológica es un derecho fundamental. Los demandados interponen recurso de

apelación, alegando fundamentalmente que no se ha ponderado de manera adecuada los medios probatorios, tales como la declaración de la menor, que identifica al demandado como su padre y que está estable y tranquila con su situación actual. Los Jueces Superiores de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirman la sentencia apelada, en consecuencia, confirman la paternidad del demandante, ordenando a los registros públicos proceder con el cambio de apellido. Los demandantes, interponen recurso de casación, siendo la materia jurídica en debate determinar si la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa y vulnera el interés superior del niño y el derecho a la identidad de la menor.

Finalmente se declara fundado el recurso de casación, consecuentemente se revocó la sentencia apelada.

CASACIÓN 3797-2012 AREQUIPA, donde la Sala Suprema, en el fundamento undécimo, señala que “cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo”. De igual manera en el fundamento décimo sexto, resalta que “el mero capricho no posibilita amparar una acción de impugnación de paternidad, pues sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años, lo cual sí constituiría una vulneración a la identidad, pues esta es proyectiva, es decir, se realiza de manera continua en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera”. Resumiendo, la citada casación, se tiene como antecedentes que el recurrente interpone una demanda de impugnación de paternidad contra la madre del menor y contra este último, a fin de que se declare que el menor no es su hijo biológico y

consecuentemente deje de usar su apellido, ello en mérito a que se enteró por versión del entorno cercano que no era el padre biológico del menor, por lo que solicita se practique la prueba de ADN. Es así, que la demandada formula excepción de caducidad fundamentando la misma en el artículo 400° del Código Civil (sobre el plazo para negar el reconocimiento) y agrega que el reconocimiento solo puede ser negado por el padre o la madre que no intervino en él, ello en mérito al artículo 399° del Código Civil (sobre la irrevocabilidad del reconocimiento) no obstante, esta excepción fue declarada infundada. La demandada interpone recurso de apelación fundamentándolo, entre otros motivos, en que la resolución impugnada carece de debida motivación y que el reconocimiento por parte del demandante se efectuó libremente y que ahora no puede ser negado, pues debe primar el interés superior del hijo. Es así que el auto de segunda instancia revocó el auto apelado y reformándolo declaró fundada la excepción de caducidad, y, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado e improcedente la demanda sobre impugnación de paternidad. El demandado, entonces, interpuso recurso de casación aduciendo infracción normativa, el mismo que se declaró infundado y en consecuencia no se casó el auto de segunda instancia.

3.3. Decreto Legislativo N° 1377, Ley que fortalece la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes

El padre biológico de un niño, niña o adolescente nacido fuera del matrimonio ahora podrá reconocer su paternidad, aunque la madre siga casada con otra persona, y para eso será necesario que la mujer declare expresamente que su esposo no es el progenitor. Así lo establece el Decreto Legislativo N° 1377, que fue publicado el 24.08.2018 en el diario El Peruano, que modifica varios artículos del Código Civil relacionados con la inscripción del hijo o hija de una mujer casada.

Antes de esta modificación, si el casado era el padre de un hijo extramatrimonial, sí podía reconocerlo; pero, si una mujer estaba casada y tenía un hijo fuera del matrimonio, el padre biológico no podía reconocer al

menor pues, ante la ley, la figura paterna no podía ser otra que el esposo. Es decir, para las leyes peruanas la mujer solo podía quedar embarazada dentro del matrimonio y aún se encontrara separada y decidiera rehacer su vida con otra persona, el padre del menor no podía reconocer a su hijo. Esta normativa ocasionaba el incorrecto registro del nacimiento y de la filiación del niño.

El Decreto Legislativo N° 1377 busca fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Con este propósito, dispone que los peruanos de 14, 15, 16 o 17 años, cuando se convierten en padres o madres, pueden llevar a cabo una serie de actos legales; entre ellos, solicitar ellos mismos su Documento Nacional de Identidad (DNI) e inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas. Así se evitará la indocumentación tanto de los jóvenes progenitores como de sus hijos e hijas, y les facilitará el acceso a servicios como salud y educación.(RENIEC, 2018)

Las nuevas disposiciones recogen las propuestas formuladas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y una serie de entidades públicas y privadas convocadas por dicho organismo registral con el fin de elaborar el Plan Nacional Contra la Indocumentación. Las instituciones que participaron en la elaboración de las propuestas recogidas en el Decreto Legislativo N° 1377 son el RENIEC y los ministerios de Salud, Educación, Mujer y Poblaciones Vulnerables, Trabajo y Promoción Social, Inclusión y Desarrollo Social, Justicia y Derechos Humanos. Asimismo, UNICEF, la Mesa de Concertación para la Lucha Contra la Pobreza, la Defensoría del Pueblo, el Poder Judicial, el programa Juntos, CONADIS, INABIF, FUNDADES, APRODEH, Socios en Salud y World Vision. (UNICEF - Perú, 2018)

CAPITULO IV:
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Tipo de Investigación:

4.1.1. De acuerdo al nivel de investigación

Descriptiva, ya que ha analizado el derecho a la identidad, teniendo como referencias los más importantes desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales, y así se pudo plasmar de la manera mejor posible la situación jurídica actual que se relaciona directamente con nuestra hipótesis planteada.

4.2. Métodos

Los métodos que se emplearon en el presente trabajo de investigación fueron según su clasificación:

4.2.2. Métodos de Investigación

4.2.1.1. Método inductivo: El mismo que será utilizado al momento de extraer la conclusión que nace de situaciones específicas válidamente reconocidas, para obtener una conclusión que pueda aplicarse en situaciones generales. En la presente investigación, este método se utilizó para la recolección de información y para elaborar el marco teórico al determinarse los conceptos jurídicos partiendo de un punto particular a uno general.

4.2.1.2. Método deductivo: Al esbozar generalidades sobre la facultad del ser humano a poseer una identidad dinámica superpuesta a una identidad genética se procederá a delimitar los temas específicos sobre el tema bajo análisis. El método deductivo lo hemos aplicado al tema de nuestro trabajo a partir de los aportes doctrinarios para arribar a conclusiones que tengan que ver con los criterios jurídicos identidad dinámica o social.

4.2.2. Métodos Jurídicos:

4.2.2.1. Método Exegético: Se usará para el estudio el derecho a la identidad como derecho constitucional, asimismo, estudiar la

intención del legislador al redactarla y emitir su opinión al respecto, todo ello con la finalidad de que sea más comprensible.

4.2.2.2. Método hermenéutico: Con la aplicación de este método se ha podido analizar e interpretar las normas, considerando, además de estos parámetros, los principios y reglas relacionadas con el derecho a la identidad.

4.3. Diseño de Investigación

Por ser el presente trabajo del tipo descriptivo se utilizará el diseño de una sola casilla, cuyo esquema es el siguiente:



M = impugnación de paternidad

X = Vulneración de los derechos a la identidad y a la paternidad del padre legal del hijo extramatrimonial de mujer casada.

4.4. Técnicas

4.4.1. Fichaje

Se utilizará la observación y el fichaje.

4.4.2. Análisis de contenido

Permitirá realizar la ordenación de los diferentes conceptos dentro del proceso de recolección de información (datos), y permitirá su procesamiento posterior.

4.5. Instrumentos

4.5.1. Elaboración de Fichas

Las fichas elaboradas permitirán realizar una sistematización conceptual, que será contenido dentro del marco teórico, de las diferentes doctrinas existentes sobre el vínculo filial del hijo nacido fuera del matrimonio en el caso de la mujer casada.

4.5.2. Protocolo de Contenido

Es un instrumento de recolección de información, que en este caso consistió en una guía de observación la cual fue estructurada para recolectar de manera sistemática y ordenada la información doctrinaria y jurisprudencial, que permitiera finalmente después de su análisis llegar a los resultados de esta investigación.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES

6.1. Conclusiones

1. El tribunal constitucional en reiteradas jurisprudencias ha establecido que el derecho a la identidad, a que se refiere el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, presentándose bajo dos aspectos "uno Estático mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto Dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se exhiba en el mundo de la intersubjetividad". Por lo que, sin duda, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la Constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar Estática, pero que luego se va realizando en el acontecer diario de una manera Dinámica y proyectiva. Que, siendo ello así el tribunal constitucional considera que cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse solo en el dato biológico, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo.
2. De esta investigación podemos concluir que los órganos jurisdiccionales si están considerando la identidad dinámica y el principio de Interés Superior Del Niño al resolver procesos de impugnación de paternidad teniendo en cuenta que:
El Interés Superior Del Niño es el principio de protección especial del niño, se erige en el derecho internacional de los derechos humanos como un principio fundamental, que fue inicialmente enunciado en la

declaración de ginebra sobre los derechos del niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa fue reconocido en la declaración de los derechos del niño, en su principio 2 en los siguientes términos: "el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios(...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad". Por su parte, el artículo 25.2 de la declaración universal de los derechos humanos, también reconoce este principio, al consagrar que la infancia tiene "derecho a cuidados y asistencias especiales". En sentido similar el artículo 3.1 de la convención sobre los derechos del niño reconoce que: "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"; que luego desarrolla la propia convención. Sin embargo, la diferencia entre la concepción de la convención y de las anteriores es cualitativa, pues mientras aquellas son meramente declarativas, esta dota a dicho principio de toda efectividad, en primer lugar, tenemos, por reconocer al niño como sujeto pleno de derecho; y, en segundo lugar, por dotar a tales derechos de las garantías para su cumplimiento y en ese marco considera dicho interés como principio vinculante para todos los poderes públicos y entes privados. Por consiguiente, atendiendo a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano.

3. Debemos resaltar que el artículo 12° de la convención sobre los derechos del niño, la observación general N° 12 del comité de los derechos del niño dos mil nueve; y a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del código de los niños y adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo

a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso sino sobre todo a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la litis, en clara materialización del principio de Interés Superior Del Niño.

4. Respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: EL ESTÁTICO que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aun estado civil) y EL DINÁMICO, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.
5. En el marco legislativo que resulta aplicable a la filiación extramatrimonial debemos señalar en principio que el artículo 388° del Código Civil establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de

ellos; asimismo, el artículo 399° del acotado código ha previsto que el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no intervienen en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo; sin embargo, hay que tener en cuenta que esta materia se encuentra directamente vinculada con el Derecho A La Identidad y el Interés Superior Del Niño.

RECOMENDACIONES

- Los jueces especializados, al momento de resolver una demanda de impugnación de paternidad, deben analizar tanto la vertiente estática como la vertiente dinámica del derecho a la identidad.
- Los jueces especializados, asimismo, tienen el deber de escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente para resolver controversias en las cuales se encuentren inmersos.
- La identidad es un derecho que abarca innumerables supuestos fácticos, por lo que corresponde a la judicatura analizar todos y cada uno de estos con pinzas, con miras a emitir resoluciones respetuosas de los derechos fundamentales en atención al interés superior del niño.

BIBLIOGRAFIA

Bernath, V. (2012). El ADN como herramienta para la resolución de procesos judiciales. *Química Viva*, 100. Obtenido de pasado presente y futuro. Química viva .

Borda citado por Bustamante, E. (2003). *contestacion de la paternidad. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. . Lima: Grijley.

Capdet C. K y Muñoz, Z. (2012). Algunas consideraciones sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación. una mirada desde el nexo biológico. *Revista Jurídica de Panamá, España e Iberoamérica*.

Cifuentes, S. (2001). *El Pretendido Derecho a la Identidad Biológica y la Verdadera Caracterización Jurídica y Dimensión de su contenido*. La Ley.

Derecho a la Identidad como Derecho Humano. (2011). Obtenido de "http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf

Duran Rivocaba, R. (2010). Aninimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo, decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma. *Ius et Praxis*, 3-53. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19718016002>

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea, Buenos Aires.

Galeazzo Goffredo, F. P. (2015). *El derecho a la identidad biológica en las técnicas de reproducción humana asistida*. Obtenido de XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Argentina: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Galeazzo_-El-derecho.pdf

- Gesteira, S. (2013). *Conocer el Origen Biológico. Entre derechos, demandas y presentaciones judiciales. VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social*. Obtenido de Sección de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas: <http://www.aacademica.org/000-063/265>
- Krasnow, A. N. (2007). *El Derecho a la Identidad de Origen en la Procreación Humana Asistida*. Obtenido de <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW2.HTM>
- Loo, I. (2003). La Identidad como Proceso Biológico-Psicosocial. *Rev. Enferm IMSS*, 49-54.
- MENDEZ, C. (2011). Tratado de Derecho de Familia - Tomo I. *Gaceta Jurídica*.
- Miranda. (2014).
- Miranda, M. (Diciembre de 2014). Derecho Positivo versus realidad biológica: una reflexión en torno a la filiación Dikaion. 23, 217-222. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72038491001>
- Pereña, M. (2012). *Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. IUS*.
- Placido Vilcachagua, A. F. (2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada.
- Placido, A. ([En línea] 9 de octubre de 2008. [Citado el: 20 de octubre de 2013.] de 2008). Blog de Alex Placido. <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274/la-evidencia-biologica-y-lapresuncion->.
- Romero Butten, c. P. (1991). *Manual de Derecho Civil*. Santo Domingo: Corripio.
- Varsi Rospigliosi, E. (2009). El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad). *Revista Personas*, 49, 50 Y 51.

Varsi, E y Severino, P. (2006). *Determinacion de la paternidad matrimonial. En codigo civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Juridica.

Zenere, G. G y Belforte, E. A. (2001). *El poder y el derecho a la verdad biologica. II Congreso Internacional Derechos y Garantias en el Siglo XXI*. Buenos Aires.