



FACULTAD DE DERECHO

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL
MENOR EN LOS CASOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
MATRIMONIAL**

**PRESENTADA POR
MARÍA ALEJANDRA TANTALEÁN MESTA**

**ASESOR:
MICHEL ALONSO ROMERO ARTEAGA**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

La autora permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL
MENOR EN LOS CASOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
MATRIMONIAL**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADA POR

MARÍA ALEJANDRA TANTALEÁN MESTA

ASESOR

MICHEL ALONSO ROMERO ARTEAGA

LIMA - PERÚ

2017

DEDICATORIA

A Guillermo Fabián, la luz de mi vida.

AGRADECIMIENTO

*A Dios, a mis padres y a mis hermanos,
por el apoyo constante e incondicional
brindado a mi persona para lograr esta
meta profesional.*

*A los Dres. Michel Romero Arteaga y
Gino Ríos Patio, por sus enseñanzas
que fueron una guía especial para la
realización de la presente tesis.*

ÍNDICE

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	1
1.1 Antecedentes de la investigación.....	1
1.2 BASES TEÓRICAS.....	11
1.2.1.2 Concepto de Filiación.....	17
1.2.1.2.1 Filiación como hecho biológico.....	19
1.2.1.2.2 Filiación como vínculo jurídico.....	21
1.2.1.2.3 Filiación como derecho.....	23
1.2.1.3 Principios de la Filiación.....	25
1.2.1.3.1 Principio de la unidad de la filiación.....	25
1.2.1.3.2 Principio de protección especial al hijo.....	31
1.2.1.3.3 Principio de investigación de la paternidad.....	46
1.2.1.3.4 Principio de protección de la familia.....	54
1.2.1.4 Determinación de la Filiación Matrimonial.....	59
1.2.1.5 Teorías relacionadas a la determinación de la Filiación Matrimonial....	61
1.2.1.5.1 Teoría de la concepción:.....	61
1.2.1.5.2 Teoría del nacimiento:.....	62
1.2.1.5.3 Teoría Mixta:.....	63
1.2.1.6 Presunción pater is est.....	64
1.2.2 DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y SU RELACIÓN CON LA FILIACIÓN.....	73
1.2.2.2 La Verdad Biológica.....	94
1.2.2.3 Identidad Genética e Identidad Filiatoria.....	102
1.2.3 PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....	106
1.2.3.1 Definición de acción de filiación.....	106
1.2.3.2 Impugnación de paternidad matrimonial en el Código Civil Peruano	109
1.2.3.3 Sujetos legitimados en la impugnación de paternidad matrimonial y la posible incorporación del presunto padre biológico.....	112
1.2.3.4 La prueba biológica de ADN.....	125
1.2.3.5 Regulación Normativa de la impugnación de paternidad matrimonial en el derecho comparado.....	135
1.3 DEFINICIONES DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	150
CAPÍTULO II: FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	153
2.1 Hipótesis principal.....	153

2.2	Hipótesis secundarias	153
CAPÍTULO III: DISEÑO METODOLÓGICO		154
3.1	Técnicas para la Recolección de Datos.....	155
3.2.2	Confiabilidad y Validez del instrumento	156
3.3	Aspectos éticos	156
CAPÍTULO IV: LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR RECONOCIDO COMO HIJO MATRIMONIAL POR EL CÓDIGO CIVIL.....		157
4.1	El derecho a la identidad del menor en su dimensión estática.....	158
4.2	Reconocimiento jurídico del derecho a la identidad del menor	164
4.3	La deficiente regulación normativa civil en relación al derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial.....	167
CAPÍTULO V: LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL		172
5.1	La legitimación activa en la impugnación de paternidad matrimonial	174
5.2	La prevalencia de la prueba biológica de ADN	179
CAPÍTULO VI: LA IMPORTANCIA DE MODIFICAR EL CÓDIGO CIVIL EN EL EXTREMO DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....		184
6.1	La investigación de paternidad e interés superior del niño	184
6.2	La identidad del menor como objeto central de la modificatoria normativa civil	191
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		195
FUENTES DE INFORMACIÓN		199
ANEXOS		209

RESUMEN

El presente trabajo de investigación muestra que la normatividad jurídica civil en materia de impugnación de paternidad matrimonial no se encuentra acorde con la protección íntegra que merece el derecho a la identidad del menor, puesto que la regulación sobre los sujetos legitimados para accionar y la prueba biológica de ADN están condicionados o limitados por lo dispuesto en la presunción de paternidad matrimonial denominada pater is est, estableciéndose dispositivos legales que impiden la libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio.

En tal sentido, la presente investigación tiene como objetivo, entre otros, establecer que la legislación civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor, para lo cual se desarrolla todos los aspectos teóricos fundamentales sobre el tema.

PALABRAS CLAVES:

Filiación, identidad, impugnación matrimonial, interés superior del niño, investigación de paternidad, verdad biológica.

ABSTRACT

This research shows the civil legislation regarding the contestation of paternity determined by marriage is not in accordance with the full protection that the right to the child's identity law, since the regulation on the subjects legitimated to act and the biological test of DNA are conditioned or limited by the provisions in the presumption of matrimonial paternity called *pater is est*, establishing legal devices that prevent the free investigation of the paternity of the child recognized within the marriage.

In this sense, this research has as objective, among others, to establish that the civil legislation on the contestation of paternity determined by marriage violates the right to the minor's identity, for which all the fundamental theoretical aspects on the subject are developed.

KEY WORDS:

Filiation, identity, contestation of paternity, best interest of the child, paternity's investigation, biological truth.

INTRODUCCIÓN

El adecuado establecimiento de la filiación del menor constituye una de las materias más importantes dentro del ámbito del derecho de familia, por ello el Código Civil regula las acciones judiciales correspondientes a fin de determinar la relación paterno filial.

La situación problemática que surge en el presente tema consiste en la forma de cómo el ordenamiento civil regula la acción de impugnación de paternidad matrimonial, la cual se encuentra limitada o condicionada normativamente para realizar una adecuada y libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, afectando así un derecho fundamental como lo es el derecho a la identidad del menor. Con exactitud, el problema recae en la existencia de una deficiente regulación civil sobre dos aspectos procesales de la impugnación de paternidad matrimonial: la legitimidad activa para accionar y la prueba biológica de ADN para dicho proceso judicial, los cuales amparados en el contenido de la presunción de paternidad matrimonial, no permiten otorgar una protección íntegra al derecho a la identidad del menor reconocido dentro del matrimonio.

En ese sentido, se ha establecido ciertas incógnitas como base para realizar la investigación: ¿La normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor?. Aunado a ello, ¿El

accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil?, ¿Es razonable que la aplicación de la prueba de ADN sea limitada por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico?, ¿Cuál podría ser la propuesta normativa que permita salvaguardar el derecho a la identidad del menor ante las deficiencias legales existentes sobre los casos de impugnación de paternidad matrimonial?

Es así que, los objetivos de la investigación han sido determinados en mérito a las preguntas antes referidas, obteniendo como hipótesis principal: La normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor mediante límites legales expresos referidos al titular de la acción procesal y a la aplicación de la prueba de ADN. Y, respectivamente, como hipótesis secundarias: i) El accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil en base a la existencia restrictiva de la presunción pater is est, ii) La limitación de la aplicación de la prueba de ADN por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico no es razonable debido al alto nivel científico que tiene dicho medio de prueba para resolver estos tipos de casos; y, iii) Es necesario permitir la regulación del presunto padre biológico como sujeto legitimado para accionar la impugnación de paternidad matrimonial sin ningún límite legal.

La presente tesis tiene justificación teórica debido a que permite comprender y analizar una realidad problemática que la legislación civil presenta, la cual está

referida a la regulación actual de la impugnación de paternidad matrimonial; y de esa manera se ha pretendido establecer una propuesta normativa que contribuya a la protección del derecho a la identidad del menor en la resolución de casos de impugnación de paternidad matrimonial. Asimismo, se justifica por su utilidad social debido a que la trascendencia del tema refleja los resultados en beneficio de toda la comunidad jurídica, quienes a través del análisis y propuesta normativa, podrán comprender la importancia de regular la impugnación de la filiación matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico y la necesidad de actuar la prueba genética de ADN en dicho proceso judicial; bajo una normativa justa y acorde con la realidad social, lo cual protegerá el derecho a la identidad del menor, y, finalmente, la investigación tiene una justificación pragmática dado a que se promueve la aplicación de una propuesta normativa con la finalidad de solucionar un problema jurídico concreto, lo cual contribuirá al conocimiento jurídico y a la práctica judicial.

Es importante señalar que, para llevar a cabo la realización del presente trabajo de investigación no existió limitación alguna.

Por otro lado, se ha aplicado el enfoque metodológico tipo básico, porque se realizó una investigación fundamental en teorías, principios y leyes actuales; es una investigación de diseño no experimental, debido a que sólo se observó aspectos legales, doctrinarios y casuísticos sobre el tema. Para dicho diseño metodológico, se utilizó las técnicas de recolección de Observación Directa y Técnica de Análisis de Contenido. De esa manera, el nivel de investigación fue documental, porque se reunió, seleccionó y analizó datos de documentos jurídicos

producidos por la sociedad, descriptivo porque se señaló la realidad jurídica en todos sus componentes principales del tema, y propositivo, porque se buscó brindar una propuesta normativa que permita regular, de la forma más adecuada, los casos donde se presente el supuesto de hecho planteado sobre impugnación de paternidad matrimonial, aplicando el método mixto de toda la doctrina y legislación pertinente, puesto que éste permitió partir de casos particulares para llegar a conocimientos generales sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia, así como se analizó teorías y principios jurídicos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios.

Siendo así, este trabajo presenta los siguientes capítulos: El primer capítulo desarrolla la fundamentación teórica que respalda la investigación, incluyendo los antecedentes investigativos y un glosario de términos básicos; el segundo capítulo comprende la formulación de las hipótesis; el tercer capítulo refiere todo el diseño metodológico de la investigación; el cuarto, quinto y sexto capítulo comprenden un análisis de los aspectos relevantes tratados sobre el tema, y; finalmente, el séptimo capítulo se plasman las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En la presente tesis se ha realizado la búsqueda de trabajos de investigación preexistentes en relación al tema abordado, considerando así antecedentes investigativos a nivel nacional e internacional; los cuales son los siguientes:

- Bravo, G. (2016) en su tesis de pregrado titulada "Regulación de impugnación de paternidad matrimonial: Vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa", realizada en la Universidad Nacional de Altiplano – Puno, concluyó que:

La actual regulación de la impugnación de paternidad matrimonial vulnera el principio del interés superior del niño por prevalecer en su contenido la realidad biológica y no la verdad social del hijo, debiendo una propuesta normativa coherente con los derechos involucrados, invertir tal situación. (p. 118)

Al respecto, la normatividad jurídica civil actual en materia de filiación matrimonial, específicamente, sobre la regulación de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, no se encuentra acorde con la protección al derecho a la identidad del menor y con la aplicación del principio del interés superior del

niño. Sin embargo, esta deficiencia normativa no vulnera la verdad social del menor por hacer prevalecer su realidad biológica, como lo indica la citada autora, puesto que la realidad biológica es un elemento de carácter esencial para la identidad de la persona y no puede desampararse normativamente; por el contrario, el cambio normativo protegería la verdad u origen biológico en defensa del derecho a la identidad del menor, realizándose siempre el análisis respectivo en cada caso en concreto de conformidad con el principio del interés superior del niño.

- Mestanza, L. (2016) en su tesis de pregrado titulada “Determinación de la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada”, realizada en la Universidad Andina del Cusco, concluyó que:

Es por ello que la filiación de hijo extramatrimonial de mujer casada no debe estar sometida a presunciones legales de paternidad. Debido a que la ley prepondera la relación matrimonial por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor; en tal sentido nuestro ordenamiento permite la vulneración de derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también los derechos a la libertad, a la igualdad, al desarrollo personal y social y en conjunción se estaría violando la dignidad del menor. (p. 100)

La investigadora comparte el criterio indicado por el citado autor, en razón a que la determinación de la filiación implica proteger el derecho a la identidad del menor, la cual no debe verse contrapuesta o afectada por presunciones que el

ordenamiento jurídico pueda establecer. No obstante, la filiación matrimonial presenta una regulación actual un tanto restrictiva para lograr concretar con efectividad el derecho a la identidad del menor, pues en mérito a la presunción legal de paternidad matrimonial se limita la averiguación de la verdad biológica y el respectivo reconocimiento por parte del padre biológico a aquel hijo de mujer casada. En tal sentido, la regulación normativa sobre la filiación matrimonial estaría vulnerando el derecho a la identidad del menor y con ello su dignidad y otros derechos que son inherentes a la persona y que se encuentran reconocidos constitucionalmente. La consideración que tiene la identidad biológica del menor es esencial para la protección de su derecho a la identidad personal, el mismo que es reconocido como derecho fundamental y su cumplimiento no podría verse limitado por presunciones legales o normas que pretendan desconocer o restringir hechos de la realidad social que presentan controversias sobre la determinación de la filiación de un hijo reconocido dentro del matrimonio.

- Mendoza, J. (2015) en su tesis de pregrado titulada “Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica”, realizada en la Universidad Privada Antenor Orrego, concluyó que:

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

La identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite al menor conocer su verdadero origen y hacer uso de los demás derechos tanto al padre como al hijo. (p. 128 - 129)

La acción de impugnación de paternidad tiene como objetivo determinar el verdadero vínculo biológico de una persona y es una acción judicial regulada por las legislaciones civiles de diferentes países, ello en mérito a la importancia que significa el conocimiento del verdadero origen biológico del menor amparado en su derecho fundamental a la identidad. En ese sentido, la investigadora está de acuerdo con lo señalado por la referida autora, pues la identidad biológica permite que el menor conozca a sus progenitores, reciba el reconocimiento legal por parte de éstos y se dé cumplimiento de todos los derechos correspondientes derivados de la relación paterno filial, lo cual garantizará su derecho a la identidad.

- Puga, M. (2015) en su tesis maestra titulada “La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada”, realizada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, concluyó que:

El sistema restringido de impugnación de paternidad también limita el derecho del padre biológico a ejercer su paternidad, así como del propio hijo; cuando dicha regulación pretende resguardar sus intereses. En tal sentido, si bien con esta normativa se busca proteger el interés superior del niño materializado en el derecho a la identidad, este no resulta garantizado eficazmente en la realidad, en tanto, se deja al arbitrio de un sujeto (el marido) determinar si se

establece o no el derecho a la identidad del niño correspondiente con su verdad biológica. (p. 183)

Efectivamente, el Código Civil Peruano vigente contiene normas sobre la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial que restringen la realización de la investigación de la paternidad para los casos de los hijos reconocidos como matrimoniales, ello se genera sobre todo en los límites que establecen ciertos dispositivos legales respecto a la legitimación activa del proceso de impugnación de paternidad. Por lo que el derecho a la identidad del menor se muestra vulnerado ante una regulación normativa que de su revisión y conforme a los hechos que se presentan en la realidad, no está basada en proteger el interés del menor y uno de sus derechos fundamentales como es el derecho a la identidad.

- Huerta, N. (2015) en su tesis maestra titulada “Inaplicabilidad de la presunción de paternidad por la prevalencia de la prueba de ADN”, realizada en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, concluyó que:

Está probado que en nuestro ordenamiento legal prevalece el derecho a la identidad (en su aspecto dinámico y estático) frente a la presunción de paternidad. Pues la identidad es el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es; 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 el propio

desarrollo y comportamiento personal, más bien carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). (p. 144)

Como se desarrollará más adelante, el derecho a la identidad es un derecho constitucional de contenido complejo porque abarca diferentes factores que resultan ser importantes para la formación de la identidad de una persona. La citada autora señala que dentro del derecho a la identidad prevalece tanto el aspecto dinámico como el estático, lo cual la investigadora considera que es una postura razonable y correcta, puesto que la formación y el desarrollo de la identidad de la persona comprenden diversos aspectos como el biológico, cultural, ideológico, entre otros; los cuales todos en su valoración conjunta forman parte de la identidad de la persona y cumplen un rol importante para su materialización. Por tal motivo, el análisis adecuado de los dos aspectos mencionados en su totalidad, conllevará a otorgar una debida protección del derecho a la identidad del menor en cada controversia donde se encuentre en discusión su filiación.

- Pinella, V. (2014) en su tesis de pregrado denominada “El interés superior del niño/niña Vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial”, realizada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, concluyó que:

La prueba del ADN – Ácido La prueba del ADN – Ácido desoxirribonucléico – permite obtener con precisión la herencia genética y de esta manera otorgar un elevado grado de certeza en la inclusión o exclusión de la paternidad o de la maternidad, a efectos de imputar a quien corresponda esa serie de derechos,

obligaciones y responsabilidades que derivan de la relación paterno – filial. La prueba de ADN coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como su derecho a la identidad, aunque algunas personas pretenden desnaturalizar el objeto de dicha prueba argumentando la preeminencia de otros derechos (debido proceso, tutela jurisdiccional, cosa juzgada), sin embargo, en un proceso de filiación extramatrimonial en donde exista un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deben prevalecer. (p. 84)

Indiscutiblemente, a fin de determinar el nexo biológico entre dos personas dentro de un proceso de filiación, la prueba biológica de ADN resulta ser el medio probatorio más eficaz; pues con la realización de dicha prueba se logrará establecer la verdad biológica del menor y con ello hacer efectivo su derecho a la identidad. Ante esto, la alegación o el argumento de la contraposición de otros derechos fundamentales deviene en insuficiente, debido a que es deber del Estado brindar una protección especial al niño y buscar ante todo su bienestar; por lo que ante una posible controversia o conflicto de derechos, se optará por salvaguardar el derecho a la identidad del menor. Lo expuesto es compartido por la tesista, dado que el niño merece la más alta prioridad en la protección y cumplimiento de sus derechos porque de ello depende la estabilidad y desarrollo de su persona, y en ese sentido, sin excepción alguna, todo niño se le otorgaría una importancia incomparable de proteger su derecho a la identidad.

- Zapata, R. (2011) en su tesis doctoral denominada “La prueba en los procesos de filiación”, realizada en la Universidad de Salamanca - España, concluyó que:

Es necesario el estudio de las pruebas heredobiológicas con el fin de destruir las peligrosas presunciones, poniendo el derecho superior del niño a conocer su origen biológico frente al derecho a la intimidad del padre, y así hacer una vinculación efectiva. Apoyamos el carácter obligatorio del sometimiento a la experticia biológica para que el juez pueda extraer y determinar un lazo filial cierto y efectivo y así una resistencia válida a la resistencia del padre. Y no debe limitarse al uso de las pruebas heredobiológicas a aquellos casos de indagación del nexo filial producto de una relación extramatrimonial. La aplicación jurídica de las mismas debe estar orientada, conjuntamente en beneficio de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, ya que en ambos casos el fenómeno de la procreación posee las mismas características, por tanto, la calidad de padre debe ser investigada con igual trascendencia. (p. 341)

Este criterio es compartido por la investigadora, debido a que en todo proceso judicial sobre filiación, es importante que se realice la investigación de la paternidad sin restricción alguna tanto para la filiación matrimonial como para la extramatrimonial; y dentro de dicha investigación surge la aplicación de la prueba biológica de ADN, como la más conocida, para determinar la verdadera filiación del menor, con ello se eliminará toda presunción que se tenía sobre la paternidad de un sujeto. Ahora, dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial interpuesto por el presunto padre biológico, éste puede solicitar accesoriamente la declaración de paternidad extramatrimonial; y en ese extremo, se efectuaría la investigación de la paternidad con todas las garantías procesales

pertinentes, es decir, con la aplicación de la prueba genética de ADN, bajo una regulación normativa que ampare el derecho a la identidad del menor. Sobre el carácter obligatorio del sometimiento de esta prueba biológica, es una opinión compartida por la tesista, un tema donde el juzgador debe hacer uso de sus facultades coercitivas que la ley le concede para el cumplimiento de sus mandatos judiciales; en estos casos, la aplicación de la prueba biológica de ADN genera convicción en el esclarecimiento y en la determinación del vínculo biológico, por ello como se ha señalado, es necesaria la práctica de dicho medio probatorio en todo proceso judicial de filiación.

- Vargas, R. (2011) en su tesis maestral denominada “El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est - Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984”, realizada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, concluyó lo siguiente:

Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre y B. las relaciones familiares: conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes. (p. 236)

Tal como se ha señalado anteriormente, el derecho a la identidad comprende dos aspectos que son importantes por igual y que cumplen la función de formar y desarrollar la identidad de una persona. Respecto al conocimiento del origen

biológico o quiénes son los progenitores, es un elemento que forma parte del derecho a la identidad, ya que con ello se establecerá la filiación de cada persona y todos los demás derechos que derivan de aquella institución jurídica. Es importante indicar también que todos los elementos que conforman el derecho a la identidad resultan ser relevantes, no existe prevalencia o preferencia de uno sobre otro, todos son componentes esenciales para el desarrollo de la identidad personal, la idea central es analizar el caso en concreto y aplicar lo más beneficioso para el menor en aras de su derecho a la identidad.

- Baquero, I. y Cruz, C. (2002) en su tesis de pregrado titulada “La Filiación a la luz del derecho Colombiano, Chileno, Argentino, Venezolano y Peruano”, realizada en la Pontificia Universidad Javerana – Bogotá, concluyeron que:

Como lo mencionamos al comienzo del trabajo, toda persona tiene el derecho de conocer su realidad biológica, principio éste que se encuentra en todas las legislaciones, es así como en cada una de ellas se han establecido las acciones de filiación como la son la de reclamación e impugnación, las que permiten realizar la investigación de la paternidad y maternidad, así como de la forma de desvirtuarla. (...) (p. 144)

En mérito al derecho a la identidad, toda persona debería conocer su realidad u origen biológico, éste es un principio base para la regulación normativa de las diferentes legislaciones civiles y de ahí surge la regulación de las acciones de

filiación, las cuales suelen agruparse en impugnación y reclamación de la filiación, y según el tipo de filiación matrimonial o extramatrimonial, se establece para cada una de ellas los requisitos, presupuestos, plazos y medios probatorios para su procedencia en la vía judicial. En cada acción de filiación corresponde realizar la investigación de la paternidad, cada legislación civil regula la forma en cómo se efectúa dicha investigación, lo principal es ante todo salvaguardar el bienestar del menor y proteger su derecho a la identidad, que obtenga el conocimiento de quiénes son sus progenitores y reciba de ellos el cuidado, atención y los derechos que le corresponde.

1.2 BASES TEÓRICAS

1.2.1 LA FILIACIÓN Y ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

1.2.1.1 Tratamiento Jurídico de la Filiación

Inicialmente la institución jurídica denominada filiación adoptó un tratamiento legal manifiestamente discriminatorio respecto a los derechos otorgados a los hijos, puesto que el Código Civil de 1936 clasificó a los hijos nacidos dentro del matrimonio como hijos legítimos y a los nacidos fuera del matrimonio como hijos ilegítimos;; estos tipos de filiación eran: filiación legítima y filiación ilegítima. Se reconocía en cada caso, la clase de filiación que debía tener el hijo en base a la existencia o ausencia del vínculo matrimonial de sus progenitores. Bautista P. y Herrero J. (2006).

De esa manera, el artículo 299° del Código Civil de 1936 precisaba que: “El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido” (p. 34); mientras que, el artículo 348° del mismo Código Sustantivo Civil, establecía que “son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio”. (p. 39)

Se puede apreciar que anteriormente el derecho familiar peruano diferenciaba a los hijos según la relación paterno filial que se les reconocía, esta distinción fue marcada por dos grupos, uno conformado por los hijos legítimos, y el otro por los hijos ilegítimos.

Al respecto, Aguilar, B. (2016) sostiene que el ámbito de protección jurídica de los hijos no ha sido siempre igualitario, debido a que los derechos de éstos estaban condicionados a que su nacimiento sea dentro del matrimonio, de lo contrario, sus derechos eran restringidos. Dichas clases de filiación originaban situaciones jurídicas muy distintas debido a la discriminación legislativa respecto a los derechos concedidos a los hijos, con ello se les otorgaba un tratamiento jurídico desigual, el cual básicamente circunscribía el derecho al apellido, la legitimación, la patria potestad y la herencia.

No obstante, la Constitución Política del Perú del año 1979 eliminó las mencionadas diferencias legislativas, al establecer en el último párrafo del artículo 6°, lo siguiente: “Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de

los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad” (p. 5), dispositivo legal que subsiste en la actual Constitución Política del Perú de 1993; y a partir de ese cambio legislativo constitucional, se dejó sin efecto el hecho de la concepción del hijo producida o no durante la vigencia de un vínculo matrimonial y empezó a regir el principio de igualdad o unidad de la filiación, en virtud del cual se reconocen derechos de forma equivalente, así como oportunidades a todos los hijos, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Cornejo, H. (1999)

Así, a nivel constitucional dejó de existir la diferenciada denominación para los hijos y se estableció una protección igualitaria sobre los derechos de todos los hijos, sin considerar el estado civil de los progenitores con el fin de otorgar protección legal sin discriminación a todos los hijos.

Gutierrez, W. et al (2005) señalan que:

De acuerdo al principio de igualdad de la filiación, establecido por la norma, los derechos subjetivos familiares deben ser iguales para todos los hijos. No es posible señalar derechos diferenciados a los hijos cuyos padres poseen estado de familia de casados de los que no lo poseen, ya que ello atentaría contra el principio de igualdad y el mandato de no discriminación (artículo 2, inciso 2 de nuestra Constitución). (p. 406)

Según lo expuesto, los derechos subjetivos de índole familiar como alimentos, herencia, educación, entre otros; son iguales para todos los hijos, pues el estado

de familia filiatorio no tiene su origen en el matrimonio, sino en el vínculo jurídico familiar que existe entre una persona como hijo de otra; fundamento amparado por el sistema constitucional desde ese entonces hasta la actualidad.

Es importante señalar que, en todo régimen legal de filiación se aprecia tres principios: *favor veritatis* (evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial), *favor legitimitatis* (basado en la presunción de paternidad matrimonial) y *favor filii* (refleja consideración primordial al interés superior del niño); los cuales están previstos dentro del sistema constitucional de filiación de todo ordenamiento jurídico. En ese sentido, el régimen de filiación adoptado por el Código Civil de 1936 se sustentó en el principio *favor legitimitatis*, extendiendo toda la protección a la familia matrimonial. Posteriormente, el Código Civil de 1984 basado en el modelo de familia regulado por la Constitución Política de 1993, también acogió el principio *favor legitimitatis* pero de manera relativizada con el principio *favor veritatis*, pues no es suficiente la determinación meramente formal de paternidad, en algunos casos resulta necesario ir más allá de la paternidad establecida por ley y averiguar la verdad biológica de una persona en favor de su derecho a la identidad. Plácido, A. (2008)

Con ese mismo criterio, el citado autor refiere lo siguiente:

Considerando el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1993, ahora se requiere de un nuevo régimen legal que se sustente en los principios del *favor veritatis*, de igualdad de filiaciones y *favor filii*. Esta nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica

(favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que los que se centran en la protección de los intereses del menor *(favor filii)*. (p. 50)

El marco de regulación del sistema constitucional actual sobre la filiación exige ante cualquier controversia de materia filial, proteger los derechos fundamentales del hijo sin importar su tipo de filiación, por ello la investigadora comparte el criterio del mencionado autor debido a que lo correcto es que la normatividad civil esté acorde con lo establecido por la Constitución vigente, y en ese sentido se haría prevalecer la verdad biológica del menor a fin de salvaguardar su derecho a la identidad, sin olvidar que en cada caso se evaluará el interés superior del niño.

Es así que el Código Civil vigente del 1984, en concordancia con las Constituciones Políticas de los años 1979 y 1993, regula en el Libro III - Sección Tercera, la relación paterno filial para hijos matrimoniales y extramatrimoniales; aunque aún mantiene ciertas distinciones en algunos derechos como se verá más adelante.

Por otro lado, el sistema normativo civil en el derecho comparado, reconoce la trascendental importancia de la filiación, debido a que por medio de ésta se establece jurídicamente una serie de derechos y obligaciones entre progenitores y procreado.

Baquero, I. y Cruz, C. (2002) han determinaron que la filiación recibe un

tratamiento jurídico similar en cinco países de latinoamérica: Colombia, Chile, Argentina, Venezuela y Perú, respecto a su clasificación: matrimonial, extramatrimonial (no matrimonial en Chile) y adoptiva; habiéndose eliminado también en dichos ordenamientos jurídicos la discriminación que anteriormente existían entre los derechos que gozaban los hijos legítimos frente a los hijos ilegítimos; pues actualmente rige en dichas legislaciones el principio de igualdad.

Asimismo, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se produjo a través de diversos instrumentos normativos internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niños de 1989 y las Constituciones nacionales de muchos países; la equiparación sobre los derechos de los hijos tanto para la filiación matrimonial y extramatrimonial, la protección e igualdad ante la ley de todos los hijos, según Lacruz, J. et al (2010).

Además, conforme señala Peña, M. citado por Zannoni, E. (2006), el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas elaboró en 1978, los principios generales sobre la igualdad y la no discriminación respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio, de los cuales destacan los siguientes: “Toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá derecho al reconocimiento legal de su filiación materna y paterna”; “una vez determinada la filiación, toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá igual condición jurídica que la nacida de matrimonio”. (p. 323)

Puede apreciarse que a raíz de la promulgación de dichos cuerpos normativos internacionales, muchos ordenamientos jurídicos contemporáneos han suprimido la tradicional distinción entre filiación legítima e ilegítima; y más aún con la regulación del principio de la igualdad o unidad de filiación, se establece para ambas clases de filiación un idéntico tratamiento legislativo en cuanto a los derechos y deberes que surgen de toda relación paterno filial.

1.2.1.2 Concepto de Filiación

El concepto de filiación como tal no se encuentra consignado en el Código Civil, es por eso que a nivel doctrinal existen diversas acepciones de esta institución jurídica debido a su trascendencia recaída en la persona.

Varsi, E. (2013) señala que etimológicamente la palabra filiación proviene del término latín *filiatio* que significa procedencia u origen y *filius* que significa hijo. El citado autor sostiene que:

La filiación en sentido genérico 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. (p. 62)

Especialistas en derecho de familia como Fernández, M. et al (2003) indican que:

En la doctrina nacional moderna, con Arias – Schreiber Pezet, se ha dicho que la filiación es la más importante de las relaciones de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos. (p. 660)

La filiación es una institución jurídica que crea lazos familiares, estableciendo una relación especial entre procreantes y procreado, y de esa manera constituye una jerarquía de relaciones parentales amparadas por el derecho.

Zannoni, E. (1998) señala que “la filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y maternidad, que vinculan a los padres con los hijos dentro de una familia”. (p. 307)

Por su parte, Plácido, A. (2003) afirma que “la filiación en términos amplios puede significar descendencia en línea directa, pero en términos jurídicos tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo”. (p. 58)

Dentro de un concepto amplio de familia, se aprecia que la filiación consiste en la relación paterno filial existente entre padres e hijos, y con ello se origina un vínculo de parentesco. Es pues, la filiación el presupuesto legal necesario para determinar la situación jurídica de una persona como hijo de otra, el conjunto de derechos, deberes, funciones, entre otros, existentes entre padres e hijos, y junto

a ello, una relación parental con los respectivos ascendentes y descendientes.

Habiendo revisado el concepto generalizado de filiación, es importante analizar las diferentes definiciones que recoge la doctrina sobre esta institución jurídica.

1.2.1.2.1 Filiación como hecho biológico

Martínez, C. (2013) define a la filiación como la relación o procedencia biológica de una persona respecto a sus progenitores, es un vínculo originado por la propia naturaleza humana y que tiene una indisoluble dimensión jurídica entre quienes son biológicamente padre e hijo.

Para Mazzinghi, J. (1998) la filiación es una relación o vínculo biológico entre padres e hijos, pues la vida humana fluye de la conjunción de gametos femeninos y masculinos. Sin embargo, se advierte que si bien la procreación y la filiación son conceptos estrechamente ligados, mantienen su carácter independiente en algunas situaciones.

En efecto, desde esta perspectiva, la filiación es definida como aquella aportación de material genético de dos progenitores, hecho natural que generará un vínculo familiar que une a una persona con el hombre y mujer que lo procreó, así lo afirma Soto, M. (1990).

Pereira, F. (2006) indica que antiguamente, la maternidad y paternidad fueron consideradas prima facie, como hechos biológicos, posteriormente el sistema jurídico reconoció los efectos legales que genera esta relación genética entre padres e hijo.

Por tanto, la filiación biológica es aquella que representa el hecho físico y natural de haber sido engendrado, y para que surta efectos legales debe estar amparada por el derecho.

En ese sentido, Lorenzo, M. et al (1984) sostienen que la filiación constituye fundamentalmente un vínculo biológico y jurídico, dada la correlatividad del estado de familia, el cual tiene su origen en la procreación, hecho natural al cual la ley asigna una serie de derechos y deberes.

Varsi, E. (2013) entiende que la filiación es un hecho consustancial e innato del ser humano, que surge de un vínculo consanguíneo, por lo que toda persona debe conocer su filiación, o dicho de otra forma, conocer su propio origen biológico, la misma que conllevará a establecer un vínculo jurídico tanto como para los padres como para los hijos, y de esa forma, las consecuencias legales propias de dicha figura jurídica. Sin embargo existen excepciones donde no siempre el vínculo jurídico corresponde al vínculo biológico. Sin la existencia de la relación o vínculo biológico no se podría referir al vínculo legal o el reconocimiento que la ley le otorga a la relación paterno filial, pues el hecho biológico es la base del surgimiento de toda relación legal entre padres e hijos.

1.2.1.2.2 Filiación como vínculo jurídico

Llamada también filiación jurídica o legal, está referida al vínculo que liga a quiénes ante la ley figuran como padre, madre e hijo. El autor Aguilar, B. (2016) afirma que es la normatividad positiva civil la encargada de señalar quien es padre, madre e hijo ante la ley; lo cual se asigna bajo la presunción de paternidad denominada *pater is quem nuptiae demonstran*, que significa: padre es quien las nupcias demuestran.

Dicha presunción es *iuris tantum*, en razón a que no siempre la mujer casada alumbró a un hijo que biológicamente es del marido, ya que puede presentarse el caso de adulterio, adopción, inseminación artificial, entre otros; presunción que será objeto de análisis más adelante.

Por su parte, Rubio, M. citado por Varsi, E. (2002) señala que la filiación legal es aquella que determina la ley mediante presunción matrimonial de paternidad, declaración judicial o voluntad procreacional del hombre, adquiriendo la calidad de padre o madre.

En esa misma línea de pensamiento, Galindo, I. (1981) sostiene sobre la filiación:

Es la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia, que en su estructura

sociojurídica es un conjunto de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc. (p. 221)

Generalmente, la filiación jurídica se basa en la filiación biológica, dado que por unión sexual una pareja concibe a un hijo y, de esa manera se genera el vínculo jurídico. No obstante, como se ha señalado anteriormente, no siempre ambas filiaciones llegan a tener una correspondencia absoluta, pues existen casos como la inseminación artificial, la fecundación extrauterina, la adopción, entre otros; en los cuales la realidad sociojurídica refleja la ausencia de una equivalencia plena entre la filiación como relación biológica y la relación jurídica; según lo señala Vásquez, Y. (1998).

Por otro lado, Trimarchi, M. citado por Varsi, E. (2013) refiere que la doctrina italiana considera a la filiación como una relación jurídica basada en un vínculo de sangre normalmente derivado de la existencia de un matrimonio entre los progenitores y el nacido; un hecho natural del cual emergen numerosos efectos jurídicos.

La filiación es un instrumento jurídico del cual emanan de forma recíproca, diversos derechos y responsabilidades entre padres e hijos, buscando la protección de la familia, así lo señala Rueda, M. (2001)

Desde el punto de vista jurídico, se entiende que mediante la filiación el ordenamiento jurídico reconoce a una persona los vínculos parentales que tiene

respecto a sus progenitores, así como el conjunto de derechos y deberes de carácter recíproco.

1.2.1.2.3 Filiación como derecho

Dentro de esta acepción de filiación, Varsi, E. (2004) sostiene que:

La filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre. (p. 87)

El derecho de la filiación permite conocer la ascendencia y descendencia de cada ser humano y en ese sentido regula todo lo que comprende la relación paterno filial, por ende, se encuentra relacionado con el derecho a la identidad personal, así una parte de la doctrina la denomina derecho filial o derecho filiatorio, el cual tiene como fundamento el derecho fundamental a la identidad, enmarcando su tratamiento jurídico en los derechos, obligaciones, facultades y deberes que emergen del vínculo filial. Torres, N. (2008)

Al respecto García, E. (1999) refiere que la filiación es un derecho que comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares existentes entre padres e hijos, las cuales se verán protegidas por el ordenamiento jurídico en mérito a los fines e intereses propios de la familia ante la sociedad.

El concepto de filiación, ya sea de tipo matrimonial o extramatrimonial, se encuentra ligado y al alcance de la verdadera y única realidad biológica, comprendida dentro del derecho a conocer la verdadera filiación y del derecho a la identidad de la persona humana, por ello puede considerarse a la filiación como un derecho. Mojica, L. (2003)

Desde una perspectiva amplia, la filiación abarca todas las relaciones e intereses familiares, comprende pues, todo un conjunto de normas, factores, derechos y deberes propios del estado de familia que implica toda relación paterno filial. Zannoni, E. (2006)

Como señala este sector de la doctrina, la trascendencia de la filiación y su regulación normativa se ven reflejadas en la protección que el Estado brinda a la familia, puesto que, la relación paterno filial es la más importante del derecho de familia debido a que de ella no solo emergen vínculos parentales, derechos, deberes y otras instituciones jurídicas reconocidas por el derecho de familia; sino que además se encuentra vinculado intrínsecamente con el derecho a la identidad de la persona.

Así pues, los fines e intereses familiares son protegidos por el derecho en razón al establecimiento de la relación jurídica paterno filial. Por ello, se habla de un derecho filiatorio integrado por normas jurídicas relativas a su determinación, a las acciones según el tipo de filiación, a los derechos y deberes entre padres e hijos; las cuales buscan regular todos los aspectos y características de la

identidad filiatoria.

1.2.1.3 Principios de la Filiación

Cuando la ley sea insuficiente para resolver controversias de orden filiatorio, corresponde aplicar los principios relacionados a la filiación, los cuales protegen a los sujetos que forman parte de la relación paterno filial, a través de mecanismos inmediatos y efectivos que buscan garantizar la primacía de los intereses superiores de la persona humana. Teniendo en cuenta la legislación, la doctrina y los criterios jurisprudenciales actuales, existen los siguientes principios: i) Unidad de la filiación, ii) Protección especial al hijo, iii) Investigación de la paternidad y, iv) Protección a la familia. Varsi, E. (2013)

1.2.1.3.1 Principio de la unidad de la filiación

Méndez, M. (2006) señala que la unidad de la filiación es un principio que se encuentra recogido a nivel internacional, constitucional e interno del Derecho Privado. Este principio surge a consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas familiares y se basa en el respeto que merece toda persona, puesto que la unidad de la filiación consiste en el trato igualitario y singular de los efectos jurídicos que produce la relación paterno filial, independientemente del estado civil de los progenitores al momento de la concepción o del nacimiento del hijo.

Asimismo, la filiación es un concepto único que no admite adjetivaciones ni discriminaciones en el trato a los hijos. El principio de unidad de la filiación se

encuentra vinculado con el derecho igualdad y el respeto a la dignidad que goza el ser humano. Tras la equiparación de las filiaciones reconocida desde la Constitución Política del Perú de 1979, se produjo la eliminación de las distinciones entre los hijos llamados legítimos e ilegítimos, primando la igualdad sin importar su origen biológico. Varsi, E. (2013)

Cea, J. (2008) señala que el principio de unidad de filiación se funda en el respeto de la dignidad de la persona, por el mismo hecho de ser tal, sin exigencias ni reglas, es todo ser humano que forma parte de la sociedad y sus derechos fundamentales son amparados por el Estado a donde pertenece.

Siendo que todo hijo es objeto de protección por el ordenamiento jurídico, se ha pretendido eliminar las diferencias legales sobre los derechos correspondientes para los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a fin de permitir que el ejercicio de sus derechos fundamentales sea sin discriminación alguna y se les brinde un tratamiento jurídico igual a todos. De esa manera, se puede sostener que, el principio de la unidad de la filiación reconoce los efectos jurídicos propios de la relación paterno filial a todo tipo de familia.

Vargas, R. (2011) señala que el ordenamiento jurídico peruano reconoce a este principio en el último párrafo del artículo 6º de la Constitución Política del Perú de 1993 antes citado. Sin embargo, en el Código Civil de 1984 no se reconoce completamente esta equiparación de las filiaciones, puesto que existen algunos artículos que sí contemplan dicho principio como por ejemplo el artículo 818º del

Código Civil referido a la igualdad de derechos sucesorios, el cual establece lo siguiente:

Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos. (p. 209)

Y, por otro lado, existen artículos que hacen una completa distinción entre las clases de filiaciones, oponiéndose a dicho principio, como por ejemplo, el artículo 829º del Código Civil referido a la concurrencia de hermanos de vínculo mediano, el cual señala que: “En los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos recibirán doble porción que éstos” (p. 211)

En esa misma línea, Barbero, O. (2003) comenta que el Estado debe proteger a las familias sin establecer diferencias legislativas sobre los derechos reconocidos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que resultaría injusto colocar a unos de otros en un estado de inferioridad y desigualdad.

En virtud a ello, debe agregarse que la defensa de los derechos que debe recibir y ejercer todo hijo matrimonial o extramatrimonial, tiene como base el derecho a la igualdad y el mandato de no discriminación establecido en el artículo 2º, inciso

2 de la Constitución Política del Perú, por lo que no debe existir diferenciaciones ni restricciones para sus derechos.

En ese sentido, Puga, M. (2015) señala que el derecho a la igualdad y no discriminación, no solo son reconocidos a nivel interno; sino que además, son regulados por la mayoría de normas de carácter internacional, en las cuales el Estado Peruano forma parte, como por ejemplo:

Artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. (p. 2)

Artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. (p. 2)

Artículo 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. (p. 2)

Artículo 2º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a

respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (p. 2)

Artículo 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (p. 10)

Artículo 17º, inciso 5, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”. (p. 407)

Artículo 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de

discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. (p. 10)

Por tales cuerpos normativos, se puede afirmar que el derecho a la igualdad y no discriminación son derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, los cuales deben ser aplicados bajo un criterio razonable y justo, sobre todo en los casos donde esté de por medio los derechos de los hijos, sin importar su tipo de filiación.

Puga, M. (2015) señala que en la actualidad sigue subsistiendo una clasificación discriminatoria respecto a los derechos de los hijos, aplicándoles normas distintas en función a su tipo de filiación; situación que en nada justifica la discriminación hacia el derecho que deben gozar los hijos, más aún cuando son menores de edad, en donde debe primar el interés superior del niño, posición que es compartida por la tesista ya que todo hijo debe recibir todos los derechos sin excepción alguna y el Estado es el encargado de garantizar su máxima protección sin discriminación.

Por otro lado, a comparación de las acciones reguladas sobre la filiación extramatrimonial, se aprecia que el Código Civil impone restricciones o límites sobre la legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial del hijo reconocido dentro del matrimonio o iniciar una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial cuando aún el hijo posee el título de hijo matrimonial, lo cual se

abordará más adelante.

1.2.1.3.2 Principio de protección especial al hijo

Este principio es conocido también como el principio del interés superior del niño, el cual enmarca al hijo como protagonista de la filiación, de allí su término, dirigido a la protección del hijo. Varsi, E. (2013)

Juárez, C. (2010) señala que fue a partir de la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 donde se empezó a enfocar al del niño y adolescente como un ente singular, distinto del adulto, con la finalidad de identificar y destacar los derechos básicos del menor por su desventaja en determinadas situaciones. Es así que desde la Constitución Política del Perú de 1933 se estableció en el artículo 52º:

Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. (...) (p. 4)

Señala además el citado autor que, posteriormente la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 reforzó ampliamente la protección al menor de edad que ya le era reconocida y estableció un nuevo criterio: la consideración

fundamental de atender el interés superior del niño a través del Principio 2º:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 341)

De ahí, según el mismo autor, surgió lo contenido en la Constitución Política del Perú de 1979 y la actual Constitución y, por último, con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se generó un sistema de protección único del menor de edad, bajo responsabilidad de cada Estado partícipe y de la Organización de Naciones Unidas mediante el Comité de los Derechos del Niño.

Entonces, según Cillero, M. (2004) se puede definir al interés superior del niño como aquella satisfacción de los derechos bajo una adecuada interpretación de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, asegurando indudablemente la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Pinella, V. (2014) señala que el interés superior del niño debe ser entendido como la tutela del niño y adolescente, en cuanto al goce de sus derechos fundamentales, desarrollo integral y autorrealización; priorizando su bienestar en

toda situación donde el menor se encuentre involucrado.

Bajo esa perspectiva, la autora Bavio, P. (2013) sostiene que:

Todo niño tiene derecho a desarrollarse dentro del seno de una familia, en un ambiente sano, lleno de comprensión y cuidado, corresponde al Estado brindarle protección al niño, priorizando su bienestar frente a otros derechos individuales que se le opongan, es decir, constituye una regla primaria de ponderación de derechos, donde los criterios de los menores deben de prevalecer frente a otros intereses individuales. (p. 21)

Es preciso señalar entonces que este principio debe aplicarse en cualquier medida o decisión que adopte el Estado sobre situaciones donde se encuentre de por medio la protección del bienestar del niño y adolescente, bienestar que está por encima de cualquier interés particular que se invoque.

Según Grosman, C. citado por Velarde, R. (2011) indica que:

El concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará de su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de

intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. (p. 23)

Lo que indica dicho autor es razonable puesto que un menor de edad no tiene la potestad para defender sus derechos y su bienestar por sí solo como lo tiene un adulto, por lo que ante cualquier supuesto que tenga que tomarse una decisión sobre la situación del niño debe aplicarse el principio del interés superior del niño.

Barletta, M. (2011) refiere que el principio del interés superior del niño deberá ser entendido tomando en cuenta como fundamento la protección de los derechos del menor de edad, en razón a que son sus derechos los que deben privilegiarse en toda situación donde se vea expuesto.

Por otro lado, el principio del interés superior del niño y del adolescente se encuentra regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala lo siguiente:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos. (p. 714)

Lo descrito en el citado artículo no define qué es “interés superior” y tampoco se encuentra definido en alguna parte según el autor Placido, A. (2015), por lo que resulta necesario recurrir a lo establecido por la norma de carácter internacional, esto es, el artículo 3º inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual indica lo siguiente: “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”. (p. 10)

Desde ese pensamiento, el interés superior del niño significaría que todo niño debe gozar una protección especial, recibiendo de todo ente o autoridad los medios necesarios con la finalidad que pueda desarrollarse plenamente en todos los aspectos: físico, mental, moral, espiritual, socialmente, entre otros; así pues todos los órganos deberán aplicar este principio en las decisiones que emitan en situaciones o controversias donde se encuentre un menor de edad. En atención a dicho interés debe primar lo que sea más beneficioso para el menor al momento de resolver cuestiones que puedan afectar su cuidado, desarrollo integral y derechos fundamentales.

Se aprecia también que no solo el Estado está obligado a velar por el respeto del interés superior del niño y adolescente, sino también el ámbito privado en el que el menor se desarrolla, como puede ser las instituciones educativas y hasta el mismo hogar donde se desenvuelve.

En ese sentido, Juárez, C. (2010) indica las siguientes conclusiones sobre el principio del interés superior del niño:

- a. Se aplica en toda medida respecto al niño
- b. Es un mandato dirigido a todos los Órganos del Estado, personas jurídicas y personas naturales
- c. La obligación de su cumplimiento no es exclusivo de determinado nivel de la organización estatal o social
- d. Se aplica en toda decisión de índole administrativa, normativa, jurisdiccional y particular
- e. Dirigido a proteger el interés superior del niño, niña o adolescente
- f. No es discriminatorio
- g. Limita la actuación del Estado y de los particulares
- h. A nuestro entender, es un derecho de la niñez. (p. 238 – 239)

En relación a ello, se puede sostener que este principio debe ser aplicado por todos los Órganos del Estado y también por el sector privado, siempre en toda situación donde se encuentre un menor de edad, a fin de proporcionarle la mayor protección de sus derechos y lograr con ello su bienestar ante todo.

Encinas, D. (2011) señala que dicha Convención ha sido ratificada por todos los países del mundo, excepto por Estados Unidos de América y Somalia, motivo por el cual cada Estado miembro tiene una legislación interna de niñez y adolescencia. Este principio de interés superior del niño ha dado lugar a que los

ciertos países de latinoamérica establezcan dos tipos de textos normativos, así están legislaciones que contienen una redacción general del principio, donde está Perú y Bolivia, los cuales no explican qué debe entenderse por interés superior del niño; y legislaciones que contienen una redacción general pero con parámetros para la aplicación del principio, aquí está Brasil, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Venezuela, entre otros, los cuales delimitan el concepto de interés superior del niño y define expresamente aquello que debe tomarse en cuenta para poder determinar dicho interés.

Gamarra, F. (2003) la finalidad que cumple el principio del interés superior es:

El interés superior del niño lo que pretende es defender los intereses o derechos del niño consagrados en las normas o inherentes a los niños por su naturaleza o dignidad o primacía, en otras palabras lo que hace es ayudar a que los derechos del niño o sus intereses se realicen, se apliquen mejor, se interpreten adecuadamente o se modifiquen de ser el caso para lograr el desarrollo integral del niño. (p. 62)

Es claro que este principio garantiza la protección del menor de edad, la tutela de sus derechos fundamentales y todo aquello que sea parte consustancial de su vida, sobre todo aquello que sea un aporte para el bienestar del menor en todos los ámbitos de su vida.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado en la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una

consideración primordial, que este principio abarca un triple concepto, siendo estos definidos como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha

respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. (p. 4)

De esa manera, se puede afirmar que el principio del interés superior del niño no solo rige como criterio rector del ordenamiento jurídico para el cumplimiento pleno y satisfactorio de los derechos del menor, sino también tiene una función hermenéutica en tanto a que con la aplicación de este principio se puede resolver un conflicto de colisión de derechos o intereses. En consecuencia, es un principio que garantiza el cumplimiento de las autoridades, sociedad y la misma familia de considerar y brindar una atención especial al menor frente a toda medida que lo involucre.

Al respecto, Plácido, A. (2006) manifiesta que:

Se trata de realizar un juicio de valor a partir de los datos y circunstancias del caso concreto, la sensata ponderación de los hechos, la equilibrada valoración de lo que convenga al menor, sus beneficios y riesgos, las ventajas e inconvenientes de cada opción posible; todo lo cual debe conducir a una prudente decisión al respecto en procura de la mejor protección de los derechos fundamentales del niño (su dignidad humana, el desarrollo de su personalidad), con una visión de futuro más que de presente, y predominio de los bienes y valores espirituales sobre los materiales. (p. 54)

Para cada caso en particular, se hará prevalecer el bienestar del niño de acuerdo al contexto en que se desenvuelva, para así lograr la protección y cumplimiento de sus derechos fundamentales, se buscará pues que el desarrollo del menor de edad no se vea afectado por ningún motivo.

Con esa misma perspectiva, Hawie, I. (2015) afirma que:

El principio de interés superior del niño, se justifica en la real protección que debe otorgar cuando exista un conflicto, debido a la necesaria protección que requieren los derechos del niño, por estar siempre expuestos a la vulneración de sus derechos, principalmente sus derechos fundamentales. De lo señalado, es trascendental la aplicación de este principio, por los operadores de justicia y demás funcionarios o autoridades de estado, como servidores públicos, entre otros, donde se encuentre inmersos los derechos del niño. (p. 107)

Siendo así, el Tribunal Constitucional estableció en su Fundamento Trece del Expediente N° 2079-2009-PHC/TC-LIMA:

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional

de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa. (p. 7)

Cabe agregar que la Observación antes mencionada, el citado Comité indicó que:

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. (...) (p. 9)

Lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño es obligatorio ser considerado por cualquier autoridad o ente para adoptar un criterio o decisión respecto a casos donde se ventile los derechos de un menor, y en ese sentido, el significado de interés superior del niño puede ser manejable según el bienestar y la protección que deba otorgársele en cada caso concreto.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-17/2012, señaló que:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (p. 61)

De la misma manera, Gómez de la Torre, M. (2000) señala que el interés superior del niño también permite resolver conflictos de derechos y para ello debe recurrirse a la ponderación de los mismos, buscando siempre resolver a favor del derecho que ampare la dignidad del niño y su desarrollo integral. Así, la autora indica que este principio cumple una triple función:

1. Función de garantía para el menor, debido a que toda decisión que concierna al niño debe considerar fundamentalmente sus derechos.
 2. Función como norma orientadora, que no sólo obliga a los legisladores y jueces, sino que a todas las instituciones públicas y privadas.
 3. Función como norma interpretativa y de resolución de conflictos.
- (p. 23)

Resulta ser relevante el principio del interés superior del niño debido a la protección especial que pretende otorgarle al menor de edad en diferentes contextos donde esté de por medio la discusión de sus derechos constitucionales

y el desarrollo integral de su persona.

Por otra parte, el reconocimiento expreso de este principio en la Constitución Política del Perú no está regulado, no obstante la Carta Magna consideró otorgar protección especial al niño y adolescente dentro de la sociedad, conforme a lo establecido en la primera parte del artículo 4º: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.” (p. 9)

Además de ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el principio del interés superior del niño, como por ejemplo en la sentencia recaída en el Expediente Nº 04058-2012-PA/TC-HUAURA, en la cual precisó en el Fundamento Diecinueve que:

El principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales. (p. 8)

Otra sentencia donde se aprecia el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el principio del interés superior del niño, es en el Expediente N° 01665 2014-PHC/TC-ICA, en el cual señala en el Fundamento Dieciséis lo siguiente:

El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, al Congreso de la República, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación "garantista", de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos. (p. 7)

En suma, el principio de interés superior del niño busca la protección de los derechos fundamentales del menor de edad y con ello proteger su desarrollo íntegro, considerándolo como sujeto especial de la sociedad.

Rivera, F. (2000) sostiene que defender el interés superior del niño es proteger un interés privado, ejerciendo la defensa, promoción y efectividad del ejercicio de sus derechos fundamentales, los mismos que deben ser respetados en las distintas etapas del desarrollo de su niñez y adolescencia.

El interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos, lo que requiere una interpretación sistemática de los derechos previstos en la Convención sobre

los Derechos del Niño, asegurando la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor.

Según Gamarra, F. (2003) se debe entender por interés superior del niño que:

Elegir ese interés superior es un acto de priorización, de preferencia del interés del niño antes que otro interés. Estos otros intereses quedarán integrados al del niño en unos casos y en otros subordinados o postergados o excluidos, dependiendo del caso concreto. (p. 56)

La consideración de priorizar todo aquello que le resulte provechoso al niño se realiza por lograr su bienestar y el respeto de sus derechos, ante toda situación se debe velar porque prime el interés del niño por encima de otros intereses que también son legitimados y protegidos por la ley, pero que no minimizan ni destruyen al del niño.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC-ICA, precisó en el Fundamento Once:

El hecho de que un niño o una niña tengan un padre, madre o responsable de su tutela, no implica en modo alguno que la protección de su dignidad o su desarrollo físico, psíquico o social se vean supeditados a la voluntad de tales personas adultas. Ni el interés del padre, madre o responsable de su tutela, ni aquellos intereses del Estado o de la sociedad pueden anteponerse a aquellos

derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. (p. 5)

Con respecto al aspecto filial es necesario conocer los progenitores a fin que den cumplimiento a los derechos y atención a los deberes que debe recibir todo menor de edad, considerando así que el derecho a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos se encuentra reconocido expresamente en el artículo 7º inciso 1 la Convención sobre los Derechos de Niño, el cual señala que: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.” (p.11)

Por ello, cada caso donde esté involucrado un menor de edad debe ser analizado desde una perspectiva que garantice la protección de su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos fundamentales. El conocer nuestro vínculo filiatorio se relaciona con el principio del interés superior del niño dado que resulta de vital importancia que el menor de edad conozca su verdadero origen biológico.

1.2.1.3.3 Principio de investigación de la paternidad

Respecto al principio de investigación de la paternidad debe señalarse que éste surge en mérito a que toda persona tiene el derecho de conocer a sus progenitores y ser legalmente reconocido por ellos. Este principio consiste en la

indagación biológica de la paternidad realizada dentro de un proceso judicial de filiación, en el cual se analizan intereses privados y contrapuestos que buscan ejercer la facultad inherente de la persona sobre conocer su ascendencia o descendencia. En ese sentido, puede considerarse que la investigación de la paternidad es un derecho que tiene como objetivo indagar el origen filiatorio de una persona. Varsi, E. (1999)

A su vez Moscol, M. (2016) considera que este principio es un derecho que tiene toda persona de conocer su propio origen biológico o denominado también derecho a la investigación de la paternidad, y es un aspecto esencial de la persona, pues el conocimiento del origen biológico forma parte esencial del derecho a la identidad.

Dicha facultad que tiene toda persona de iniciar las acciones legales pertinentes con el propósito de conocer y establecer su verdadero origen biológico o identidad filial, resulta ser importante para el interés superior del niño y su derecho a la identidad, en razón a ello, el principio de investigación de la paternidad es considerado por algunos autores como un derecho.

Plácido, A. (2008) expresa que “la investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión”. (p. 56)

Esa es la finalidad del principio de investigación de la paternidad, la libre facultad que tiene una persona para indagar su origen biológico y conocer así sus relaciones familiares verdaderas e identificarse con ellas. De ahí pues que se presenta como una cuestión considerablemente esencial del hijo el hecho de conocer a sus padres.

Varsi, E. (2013) manifiesta lo siguiente sobre el principio de investigación de la paternidad:

El legítimo interés faculta a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial. Esto quiere decir que la investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Es por ello que, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales correspondientes.

La decisión de hacer uso de este derecho implica accionar judicialmente. Accionar que, por su naturaleza, conlleva a ser un acto de libertad pensado, evaluado cuidadosamente, en razón que va a discutirse y establecerse, el entronque familiar, que resulta substancial para la persona. (p. 107)

La investigación de la paternidad es el principio que tiene como finalidad averiguar y establecer la verdad biológica judicialmente, dicha averiguación ejercida vía proceso judicial por la persona cuyo interés y legitimidad ostente,

deberá realizarse con el debido sustento fáctico y legal, pues estará en controversia el derecho fundamental a la identidad del menor, siendo aquél el sujeto principalmente beneficiado con la aplicación de este principio.

Guzmán, M. (1996) expone que:

Por el momento, el derecho a la investigación de la paternidad no se tutela per se como un derecho autónomo, sino que depende de la existencia de otros derechos para su configuración, como es el derecho a conocer el propio origen biológico, entre los principales. Es necesario forjar su inmediata independización y configuración como derecho fundamental de la persona. Sus objetivos, características y fundamentos así lo exigen. (p. 45 - 46)

El criterio de la investigadora no está acorde con lo sostenido por la citada autora, puesto que la investigación de la paternidad cumple el papel importante como principio por medio del cual se pretende determinar la verdad biológica y por medio del cual se logra materializar el derecho fundamental a la identidad del menor de edad, siendo su aplicación necesaria para los casos donde existan supuestos de hecho que cuestionen la paternidad de un menor, y con ello se protegerá su derecho a la identidad; pero dicha aplicación no garantiza del todo el bienestar del hijo, pues cada caso es diferente, existen casos donde se rechaza la acción judicial interpuesta por no tener un sustento conforme a ley. Entonces se discute un derecho fundamental, el derecho a la identidad del menor a través de un proceso judicial entablado en mérito a la aplicación del

principio de investigación de paternidad.

En el derecho comparado, la investigación de la paternidad es un principio reconocido casi de manera uniforme en los países de Venezuela, España, Chile, Costa Rica, Cuba, Nicaragua, Panamá y Paraguay; puesto que sus Constituciones señalan expresamente que la ley posibilita la investigación de la paternidad para todos los hijos, sin distinción alguna. Vargas, R. (2011)

Así, para dichos Estados el principio de investigación de la paternidad permite que toda persona conozca su verdadero origen filiatorio, lo cual protege uno de los derechos fundamentales del niño y forma parte de su derecho a la identidad, sin importar si fue reconocido o no dentro del matrimonio, dado que conocer el vínculo paterno filial biológico es un hecho de suma importancia para establecer la identidad de toda persona.

En el Perú, la Constitución no reconoce de forma expresa el principio de investigación de la paternidad; sin embargo mediante el derecho a conocer a los padres amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño antes citado, se promueve el ejercicio de un sistema libre sobre la investigación de filiación y se otorga primacía a la protección de dicho derecho fundamental del niño. Mientras que desde el Código Civil de 1936, se admitió la aplicación de este principio aunque solo para los casos de filiación extramatrimonial. Cornejo, H. (1999)

De otro lado, Varsi, E. (2004) sostiene que el Código Civil actual permite la investigación de la paternidad para determinados casos, precisando ciertas limitaciones al actuar indagatorio del vínculo paterno filial relacionadas a la filiación matrimonial, siendo estas las siguientes:

Artículo 376º.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial: Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aún por el mismo hijo. (p. 123)

Artículo 396º.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada: El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. (p. 127)

Artículo 402º inciso 6.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: Lo dispuesto en el presente inciso (acreditación genética de la paternidad) no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no huiese negado la paternidad. (p. 127)

Artículo 404º.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada: Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable. (p. 129)

El citado autor sostiene que las limitaciones o restricciones establecidas en los dispositivos legales mencionados tienen fundamento en el principio de protección de la familia, opinión que no es compartida por la tesista ya que como se verá

más adelante, el principio de protección de la familia influye forzosamente en la filiación, y por ende, forma parte esencial del derecho a la identidad. Por lo tanto, el principio de libre investigación de la paternidad se aplica, de ser necesario, para todos los casos de filiación y no solo para los casos del hijo extramatrimonial, pues determinar la identidad filial es un aspecto indiscutible y esencial de toda persona y en ese sentido no se contrapondría al derecho constitucional de la identidad.

Cabe indicar que el principio de libre investigación de la paternidad no solo es promovido por el Código Civil actual para los casos de filiación extramatrimonial sin restricción alguna, sino también por la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Al respecto, la Sala Especializada de Familia de Lima, en el Fundamento Octavo del Expediente N° 990-2002, aprobado en Consulta N° 2860-2002 – LIMA, sobre impugnación de paternidad, ha señalado lo siguiente:

Que, habiéndose admitido expresamente la libertad de investigación de la paternidad y maternidad, al incluirse la nueva causal en los artículos 363° y 402° del Código Civil, ésta debe comprenderse el proceso legal conducente a la adecuación del derecho familiar a derechos fundamentales como son el derecho a la identidad filial, al estado civil de familia, el derecho a integrar una familia y a gozar de protección. (p. 2)

De igual forma, la Sala Suprema Civil de la Corte Suprema de Justicia en el Fundamento Tercero de la Casación N° 720-97-LIMA, sobre proceso de filiación extramatrimonial, ha señalado que:

La demanda de declaración de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de la paternidad, por todas las razones que señala la doctrina, como la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarrollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juez por los superiores intereses del niño, debe hacer uso, cuando corresponda, de su facultad inquisitiva como dispone el Artículo 194º del Código Adjetivo. (p. 2)

Entonces, como se aprecia el principio de investigación de la paternidad tiene una gran importancia dentro de la filiación de todo hijo, dado que a través de este principio se logra conocer el origen filiatorio de la persona y con ello proteger su derecho a la identidad, así como poder ejercer otros derechos derivados y propios del vínculo filial.

Asimismo, Plácido, A. (2008) afirma que la investigación de la filiación busca garantizar el derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres y de esa manera, establecer el vínculo filial mediante el descubrimiento de la verdad biológica, sin restricciones que se centran en obstaculizar la protección de los intereses del menor.

Ahora, dentro de este principio se ha desarrollado la aplicación de las pruebas biológicas, las mismas que tienen como función descartar y determinar la paternidad con un nivel insuperable de efectividad y convicción en la investigación de la filiación. Guzmán, M. (1996)

Posteriormente, en otro apartado se desarrollará la utilidad que tienen la prueba genética dentro de un proceso de filiación, como es el caso de la prueba biológica de ADN, la cual ha llegado a demostrar el nexo filial con exactitud científica y bajo conclusiones periciales, generando así convicción a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de poder determinar el origen biológico del menor y por ende, los efectos jurídicos correspondientes.

1.2.1.3.4 Principio de protección de la familia

Lando, J. (2010) sostiene que la familia es una institución básica y esencial en el desarrollo de políticas del Estado debido a que mediante los poderes públicos se busca otorgarle una protección integral efectiva a través de medidas adoptadas que garanticen su desarrollo positivo acorde con todo lo que comprende su naturaleza. Dada la importancia de la familia reconocida por el sistema constitucional como núcleo y origen de la sociedad, y como aquella institución natural encargada del cuidado integral de la persona; el Estado Peruano tiene el deber de protegerla y promoverla bajo políticas públicas efectivas que garanticen su desarrollo, bienestar y un tratamiento jurídico acorde a sus especiales características, fines, funciones e importancia. De acuerdo a ello, el artículo 4° de

la Constitución Política del Perú antes citado, establece el deber constitucional a los poderes públicos de proteger jurídicamente a la familia como instituto fundamental de la sociedad. Flores, T. (2014)

Se entiende entonces que el deber que tiene el Estado de proteger a la familia dentro de la sociedad es indispensable, pues con la fundación de la familia surge y se desarrolla íntegramente la persona, por lo que merece la más amplia atención, protección y defensa.

Según Plácido, A. (2008) el principio de protección de la familia comprende tanto al modelo de familia que nace de un matrimonio como a la que surge de una convivencia, entendiéndose que la familia es una sola sin importar su base de constitución; ello se advierte de lo establecido en el artículo 5º de la Norma Fundamental, el cual precisa que: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.” (p. 10)

Si bien es cierto lo establecido en el artículo 4º de la Constitución Política del Perú está justificado en la protección y promoción del matrimonio como instituto natural y fundamental de la sociedad, debemos entender que la familia es protegida por el Estado sin importar si tiene origen matrimonial o extramatrimonial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en el Fundamento Once de la sentencia recaída en el Expediente N°

06572-2006-PA/TC-PIURA:

Sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. Es decir, se comprende que el instituto familia trasciende al del matrimonio, pudiendo darse la situación de que extinguido este persista aquella. Esto no significa que el Estado no cumpla con la obligación de la Constitución en cuanto promover la familia matrimonial, que suponen mayor estabilidad y seguridad de los hijos. (p. 5)

Así, el ordenamiento jurídico constitucional ampara bajo el principio de protección de la familia tanto el modelo de familia matrimonial como el de la unión de hecho, al considerarlas como fuentes generadoras de vida y, como se afirmó anteriormente, este principio influye forzosamente en la filiación, puesto que la constitución de una familia produce efectos jurídicos como derechos y deberes paterno filiales destinados a asegurar el bienestar de los miembros que la conforman, especialmente el bienestar de los niños. En consecuencia, el principio de protección de la familia reconocido constitucionalmente ha adquirido dimensiones más amplias y admite una interpretación que va más allá de la concepción del modelo de familia tradicional como instituto social y jurídico.

Sobre ello, Bernales, E. (1998) manifiesta que el principio de protección de la

familia incluye la protección del niño, es decir, todo aquello indispensable para la subsistencia del menor, garantizando así el ejercicio de sus derechos fundamentales y el desarrollo de su personalidad dentro de un determinado contexto familiar.

Por otro lado, la Constitución Política del Perú también ha precisado en el artículo 4º antes mencionado que la comunidad al igual que el Estado debe proteger a la familia, ello porque se considera que la familia es una institución primigenia y anterior a la comunidad o sociedad, siendo facultad de la familia actuar de manera positiva dentro de la sociedad respecto a la trasmisión o generación de vida, la educación de los hijos, su socialización, entre otros. Es ahí donde la comunidad y el Estado cumplen el deber de protegerla y ponerse al servicio de ella con la finalidad de crearle un entorno social favorable, salvaguardar los derechos de sus miembros y otorgarle deberes; lo que servirá para que la familia pueda asumir libremente dentro de la sociedad las importantes funciones que le son propias según su naturaleza. (Gelsi citado por Vassallo, K. y Muga, R. (2012)

El principio de protección de la familia es también reconocido a nivel internacional en el artículo 16º inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Asimismo, se consagra con el mismo texto en el artículo 23º inciso 1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Se observa claramente que la

familia se muestra como una preocupación enmarcada dentro de un deber primordial que tienen todas las Naciones de brindarle protección y asistencia necesaria a efectos que pueda asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la sociedad.

Jiménez, F. (1998) indica que la protección integral de la familia consiste en que el Estado cuente con las acciones, mecanismos e instrumentos necesarios para brindar una eficiente protección a la familia como institución básica de la sociedad y por ese motivo los poderes públicos están obligados a desarrollar y ejecutar estrategias para su protección. Este principio comprende todas las acciones adoptadas por el Estado para brindarle a la familia una convivencia pacífica y estable dentro de la sociedad. Asimismo, el Estado tiene el deber de velar por el cumplimiento de las obligaciones y derechos familiares, especialmente por la defensa y cumplimiento de los derechos fundamentales de los niños.

Así pues, el Estado tiene el deber de respetar, preservar y proteger la constitución, la integridad de la unidad familiar y los derechos de la familia, en consecuencia, tiene el deber fundamental e ineludible de procurar que con sus actuaciones no se perjudique a la familia. De esta forma, se puede afirmar que la filiación en el marco de un concepto amplio constituye un elemento importante dentro del principio de protección de la familia, en tanto a que con la materialización de dicho principio se buscará asegurar el bienestar de las relaciones o vínculos familiares, en especial la relación paterno filial, así como la protección de los derechos de los miembros que conforman una familia, sobre

todo los derechos de los niños.

1.2.1.4 Determinación de la Filiación Matrimonial

Según Famá, M. (2009) la determinación de la filiación es señalar jurídicamente quién es la madre y/o padre de una persona y se puede realizar bajo tres formas: legal, cuando la ley lo establece sobre la base de ciertos supuestos de hecho; voluntaria o negocial, cuando proviene del reconocimiento expreso o tácito por parte del padre; y judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación de un hijo.

Plácido, A. (2003) indica que la determinación de la paternidad resulta de la atribución que hace la ley sobre las relaciones jurídicas entre los progenitores y el procreado. Para el caso de la paternidad matrimonial se determina por una presunción legal de paternidad que la ley impone mediante el artículo 361º del Código Civil.

Varsi, E. (2002) señala que la determinación de la filiación consiste en establecer jurídicamente la identidad personal o filiatoria en base a un acto biológico y natural como la procreación, lo cual responde a un interés familiar prevaleciente sustentado en el derecho a conocer la identidad propia de la persona. Siendo así, la procreación constituye un aspecto fundamental en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, existen casos donde esta relación puede constituirse sin hecho biológico, como por ejemplo la adopción, o no existir una procreación

propriadamente dicha y una filiación por determinarse, por ejemplo la reproducción asistida. Según se ha señalado, la determinación o establecimiento de la filiación es la constatación jurídica de los progenitores de una persona, siendo la razón esencial y básica que permite el ejercicio de los derechos, obligaciones y todos los efectos legales que genera la relación paterno filial. Asimismo, como se ha afirmado anteriormente, la filiación presupone un vínculo biológico entre el procreado y sus progenitores, y lo ideal es que en base a la acreditación de dicho vínculo se determine jurídicamente la paternidad.

Por su parte, Zannoni, E. (2006) señala que determinar la filiación de un hijo matrimonial reconoce un interés familiar de significativa importancia, debido al derecho que tiene el menor de conocer su origen biológico, derecho que se vincula directamente con el derecho a la identidad de la persona. Por ello, el hecho de determinar la filiación matrimonial conlleva a establecer un vínculo jurídico que esté acorde con el biológico a fin de garantizar el derecho fundamental del menor, este es, su derecho a la identidad.

Rueda, L. (2001) argumenta que la filiación se clasifica en matrimonial y extramatrimonial solo para efectos de su determinación, pues el derecho parte de supuestos según la naturaleza de las relaciones familiares para establecer la paternidad de una persona. Para el caso de un matrimonio se determinará la paternidad en mérito a una presunción según lo dispuesto por la ley, es decir por el Código Civil.

De este modo, la determinación de la filiación matrimonial es efectuada por lo establecido en la ley a partir de la presunción de paternidad matrimonial regulada en el artículo 361º del Código Civil, tal dispositivo legal atribuye la paternidad de los hijos que son del marido y así se producirá las consecuencias jurídicas propias de dicha relación paterno filial.

1.2.1.5 Teorías relacionadas a la determinación de la Filiación Matrimonial

La filiación matrimonial es definida y determinada por el hijo procreado bajo el vínculo matrimonial; no obstante, doctrinariamente se ha considerado que el solo acto matrimonial resulta ser insuficiente e impreciso para establecer una filiación, por lo que se ha planteado tres teorías que ayudarían a lograr con exactitud establecer qué hijos son considerados como matrimoniales. Varsi, E. (2013)

1.2.1.5.1 Teoría de la concepción:

Esta teoría señala que será hijo matrimonial quien haya sido procreado durante el matrimonio, independientemente si su nacimiento se produjo dentro del vínculo matrimonial o después de disuelto o anulado el mismo; entonces los hijos concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales aunque su nacimiento sea durante el matrimonio. Varsi, E. (2004)

Mestanza, L. (2016) señala lo siguiente sobre la teoría de la concepción:

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres; la concepción significará que si el hijo ha sido procreado dentro del matrimonio, entonces será tenido como matrimonial, aun cuando el nacimiento se produzca fuera del matrimonio. (p. 21 - 22)

Para esta teoría se considera hijo matrimonial aquel cuya concepción se origina de dos esposos, sin importar si el nacimiento ocurre durante o después de disuelto o anulado el vínculo matrimonial.

1.2.1.5.2 Teoría del nacimiento:

Aguilar, B. (2016) afirma que la teoría del nacimiento es opuesta a la de la concepción, pues aquí se considera que serán hijos matrimoniales a los concebidos antes de la celebración del matrimonio así como a los nacidos durante el mismo, pero no considera a los nacidos después de la disolución o anulación del matrimonio, así hayan sido concebidos durante su vigencia.

Asimismo, el referido autor señala que tanto la teoría de la concepción como la teoría del nacimiento tienen de una u otra manera implícitas injusticias, porque si se adopta la primera teoría, se considerará extramatrimonial al hijo concebido fuera del matrimonio a pesar que nazca dentro de él y, si se adopta la segunda teoría, se considerará extramatrimonial al hijo nacido fuera del vínculo matrimonial pese a que fue concebido dentro de él.

Dicha crítica es compartida por la tesista debido a que la concepción y el alumbramiento son dos hechos biológicos que se concretan en tiempos distintos y no son exactos en el tiempo en todos los casos, además por existir supuestos donde la mujer casada conciba y alumbre a un hijo que no resulte ser de su marido y que aún así sea reconocido como hijo matrimonial, lo cual afecta sin duda la verdad biológica del menor y el derecho a su identidad.

1.2.1.5.3 Teoría Mixta:

La teoría mixta o también denominada teoría ecléctica, es una combinación de las dos teorías anteriormente mencionadas y es la teoría acogida por el Código Civil peruano, la misma que postula a la idea de que atribuir la paternidad matrimonial es importante tanto en el momento de la concepción como en el momento del nacimiento, considerando los plazos legales determinados en la norma sustantiva, esto es, se considerarán hijos matrimoniales si la concepción y el nacimiento se producen, individual o conjuntamente y conforme a los plazos establecidos por ley. Moscol, M. (2016)

Varsi, E. (2004) sostiene que esta teoría es también denominada teoría del nacimiento – concepción y es adoptada por nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 243^o inciso 3, 361^o y 363^o inciso 1 del Código Civil, los cuales se sustentan en los siguientes postulados:

1. La vida humana se inicia con la concepción

2. El marido de la mujer se presume padre del hijo de esta
 3. La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
 4. La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.
- (p. 127)

En consecuencia, según la teoría mixta serán hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio aunque hubieran sido concebidos fuera del él, y los nacidos después de la disolución del matrimonio si han sido concebidos durante su vigencia, respetando ciertos plazos establecidos en el artículo 361º y 363º inciso 1 del Código Civil.

1.2.1.6 Presunción pater is est

Desde Roma nos llega esta presunción *juris tantum*, conocida como *pater is est quem nuptiae demonstrant* y que etimológicamente significa, padre es quien las nupcias demuestran, y que se traduce en el hecho de que si una mujer casada alumbró un hijo, se tiene como padre éste a su marido, y ello en función de las obligaciones que impone el matrimonio, principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges, sin embargo, el hecho de que una mujer casada conciba o alumbró un hijo, no significa necesariamente que ese hijo sea de su marido. (Aguilar, B., 2016, p. 312)

Bajo el argumento de los deberes que nacen dentro del matrimonio, el autor

Monge, L. (2003) manifiesta que la filiación matrimonial tiene como base los deberes de fidelidad y cohabitación de los cónyuges, por dicho motivo, la presunción de la paternidad está inmersa en deberes matrimoniales que tal institución jurídica familiar ha reconocido desde siempre.

Así, desde tiempo muy remoto, la presunción pater is est pretendía brindar certidumbre a la filiación que correspondía a los hijos nacidos dentro del matrimonio, teniendo como centro de protección al marido y los derechos económicos y subjetivos que le eran atribuidos; entre ellos, su derecho al honor, pues esta presunción suponía proteger el derecho al honor familiar que se consideraba como el derecho al honor del marido en razón a que él era quien representaba social y jurídicamente a su cónyuge y a sus hijos. Así, cualquier controversia sobre la paternidad de los hijos procreados por su mujer, correspondía exclusivamente al marido desconocer o no a los hijos nacidos de ella. Zannoni, E. y Bossert, G. (2000)

De esta manera, los deberes concedidos mediante la institución del matrimonio son producto del contexto social cultural e histórico que desde entonces han pretendido regular la conducta de los cónyuges a fin de establecer una paternidad y maternidad adecuada a los hijos que serían reconocidos como matrimoniales, las consideraciones que ha recibido la institución matrimonial por ser considerada como modelo y base de la sociedad, se encuentra inmersa de aspectos éticos como fidelidad, asistencia, cohabitación, entre otros.

En ese sentido, Arias, M. (2011) afirma que el sustento de la presunción de paternidad matrimonial es la misma familia donde nacen los más puros y nobles sentimientos como el amor, la felicidad, la comprensión, el apoyo; los cuales se fortalecen con la presencia de los hijos.

Para Cornejo, H. (1999) el sustento de esta presunción está en los deberes impuestos por el matrimonio: primero, el deber de cohabitación o relación sexual que supone el contacto carnal entre los cónyuges, y segundo, el deber de fidelidad que supone que la mujer guarda a su cónyuge; todo ello por razones de orden ético, organización social y cumplimiento de lo que la ley impone.

Por su parte, Varsi, E. (2013) señala que la presunción pater is est encuentra su fundamento en una regulación social que es acogida por estándares éticos que sustentan la institución matrimonial, como por ejemplo, el deber de fidelidad y cohabitación. Señala además que el establecimiento de la paternidad matrimonial tiene como base el denominado período de concepción y gestación que fue considerado desde la Ley de las XII Tablas, en la cual se estableció que:

4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquel; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo (p. 131)

En efecto, esta presunción surge por un tema sociojurídico que desde siempre

se ha visto envuelto en el matrimonio, el cual busca brindarle seguridad jurídica a la filiación del hijo de padres casados, exigiéndoles a los cónyuges el cumplimiento de compromisos jurídicos asumidos al momento de contraer nupcias.

A su vez, Varsi, E. citado por Vargas, R. (2011) señala que la doctrina ha planteado las siguientes teorías que tratan de fundamentar la presunción de paternidad matrimonial:

- a. Teoría de la accesión.-** Se basa en la propiedad del marido sobre la esposa y por lo tanto, del fruto de ésta, el hijo. Esta idea se mantuvo en la edad media, donde recibió el nombre de teoría dominical.
- b. Teoría de la vigilancia.-** Dada la potestad del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta, deben atribuírsele. Si el esposo ejerce la potestad marital sobre la esposa, se le atribuiría la vigilancia de la conducta de la mujer, por lo que el hijo que esta alumbre, debe ser del marido.
- c. Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.-** Es una presunción de inocencia frente a delito de adulterio, pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.
- d. Teoría de la cohabitación exclusiva.-** La presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal. Se une a la presunción de fidelidad.
- e. Teoría de la admisión anticipada.-** Parte de considerar que el matrimonio en tanto acto voluntario, supone que el marido de forma anticipada admite en su familia los hijos que nazcan de su mujer. (p. 151)

No obstante, se aprecia que estas teorías están basadas en asignar un poder único al marido, poniéndolo incluso en un estado superior al de su mujer; situación que resulta errada puesto que los deberes maritales y responsabilidades que existen son para ambos cónyuges, sin discriminación alguna.

A partir de lo analizado, se puede deducir que la presunción pater is est se ha formulado desde una óptica histórica y en atención a un contexto social donde tradicionalmente el matrimonio era visto como la única fuente de vida y el marido como aquel sujeto que debería tener la potestad de todo; lo que no está acorde con la realidad actual, pues como se ha sostenido, existen supuestos que van más allá de dicha presunción y aún no cumpliendo con lo establecido en ella, se reconoce al menor como hijo matrimonial. En tal sentido, Fernández, M. citado por Puga, M. (2015) señala lo siguiente:

[...] en tiempos en los que la familia estaba constituida según una estructura vertical muy rígida, en la que el esposo se erigía como la cabeza o jefe de la esposa e hijos, la mujer estaba sometida al débito conyugal, el adulterio era concebido como delito y el discurso de los derechos humanos no existía o en todo caso no tocaba a la familia, la presunción pater is se constituía como un medio para salvaguardar ese orden familiar y el honor del varón que la comandaba. (p. 62)

Tomando en cuenta ese conocimiento, se puede afirmar entonces que el

establecimiento de la filiación matrimonial bajo la imposición legal de lo dispuesto por la presunción *pater is est*, tiende a proteger a la institución de la familia matrimonial antes que la identidad filial del hijo, ya que como se ha señalado, existen casos donde el hijo matrimonial no resulta tener siempre como padre biológico al marido de la madre; por lo que esta presunción responde más a un interés familiar histórico recaído en el matrimonio que en la protección de un derecho fundamental de la persona como lo es el derecho a la identidad del menor.

Ahora bien, el sistema normativo civil peruano regula la presunción *pater is est* en el artículo 361° del Código Civil, el cual establece que: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido” (p. 120). Por lo tanto, al hijo nacido dentro de este período se le presume como hijo matrimonial, presunción legal relativa o *juris tantum*, conforme lo señala el autor Plácido, A. (2003):

La presunción de paternidad matrimonial es una presunción relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede judicial y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos. (p. 96)

El referido autor señala además que en la doctrina comparada esta presunción es acogida por la mayoría de países y con el mismo criterio de la admisión de

prueba en contrario, aunque no existe uniformidad en el tema del cómputo de los plazos para su aplicación. El tema de los plazos se explicará posteriormente a través de las teorías existentes sobre la determinación de la filiación.

Según Corral, H. (2003) la presunción *pater is est* se caracteriza por ser una presunción legal relativa o *juris tantum*, puede ser impugnada sólo en la vía judicial, actúa automáticamente desde el origen en virtud de la ley y reviste naturaleza imperativa si concurren los plazos que la condicionan; todo esos aspectos reúne la presunción de paternidad matrimonial como se ha podido observar.

En base a ello, Fernández, M. et al (2003) sostienen que:

La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el período del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. (p. 676)

Es así que se dará la aplicación de la presunción *pater is est*, cuando dentro de la vivencia matrimonial la pareja de esposos cumplen los deberes derivados de la institución matrimonial, siendo éstos el fundamento de dicha presunción y, cuando además se produce el nacimiento del hijo durante el período establecido en el artículo 361º del Código Civil.

Es preciso afirmar también que para desvirtuar la presunción pater is est, el Código Civil establece la acción de negación, según el artículo 367º:

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado. (p.121)

Se observa pues que el Código Civil solo ha designado al marido como titular de la acción judicial o a los herederos y ascendientes de éste para demostrar la existencia de hechos propios que pongan en manifiesto que no es el padre del hijo reconocido como hijo matrimonial; lo cual ha tomado como base la presunción pater is est. No obstante, en ciertos casos dicha legitimidad otorgada exclusivamente al marido o a sus parientes, afectaría el derecho a la identidad del menor, tema que se desarrollará en un acápite posterior.

Por otro lado, Zannoni, E. (1998) señala que la institución jurídica de filiación se encuentra relacionada con el derecho a la identidad del hijo, el cual es miembro de la familia a la que el sistema jurídico debe proteger. Por ello, el derecho a la identidad del niño que le corresponde en tanto sujeto de derechos deberá protegerse frente a cualquier criterio o presunción que pueda existir sobre el matrimonio.

Vargas, R. (2011) refiere que la presunción pater is est tiene vigencia en el

ordenamiento jurídico civil y cumple una función importante para la determinación del vínculo de la filiación dentro del matrimonio, sin embargo dicha presunción debería adecuarse también a los principios constitucionales vigentes en el ordenamiento jurídico e ir acorde con la realidad sociojurídica actual; ello en tanto hoy por hoy la presunción pater is est se encuentra delimitada por un concepto de familia que no tiende a proteger del todo al derecho fundamental de la identidad del hijo reconocido bajo el vínculo matrimonial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en su Fundamento Siete del Expediente N° 09332-2006-PA/TC-LIMA, lo siguiente:

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familias. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaterales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas. (p. 3)

En la actualidad, no solo se otorga protección jurídica a la familia matrimonial sino a otros modelos de familia que han surgido, y lo primordial ante todo es

salvaguardar los derechos del niño haya sido reconocido dentro del matrimonio o no, el cual adquiere un papel central dentro de la familia. Si bien es cierto la presunción pater is est otorga seguridad jurídica e identidad filiatoria al hijo matrimonial; no siempre es así cuando ocurren hechos que desvirtúan la paternidad del marido respecto al hijo matrimonial reconocido.

1.2.2 DERECHO CONSTITUCIONAL A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y SU RELACIÓN CON LA FILIACIÓN

1.2.2.1 El derecho a la identidad y su protección jurídica

Debido a la trascendencia que tiene el derecho a la identidad en el desarrollo íntegro de la persona humana, es reconocido a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial como un derecho de contenido esencial para la realización personal de todo individuo.

Para empezar, es preciso partir por definir qué es identidad. Para el autor Fernández, C. (1992) la identidad es aquel conjunto de datos biológicos, atributos y características que permiten distinguir o individualizar a una persona de otra dentro de la sociedad. La identidad del ser humano se empieza a formar desde el momento de la concepción donde están todos los factores genéticos que permitirán la proyección social de una determinada personalidad y luego se va desarrollando a través de todas las diferentes etapas de su vida hasta llegar a la muerte; el hecho de la concepción permite pues conocer a un ser humano

único, irrepetible e irremplazable, por lo que se descubre así íntegramente la identidad de un nuevo ser.

Díaz, R. (2011) señala que la identidad es un conjunto de rasgos y características inherentes a la persona; los cuales comprenden diferentes aspectos de índole físico, social, afectivo y psicológico, así como comportamientos que particularizan a una persona, los mismos que sirven para la formación de la imagen, personalidad y distinción de cada persona.

La identidad del ser humano presupone un complejo de aspectos esenciales vinculados entre sí y son de tipo genético, religioso, psicológico o somático, cultural, ideológico y político; estos múltiples elementos son los que perfilan y caracterizan indistintamente a cada ser humano para distinguirlo de las demás personas. Scheler citado por Fernández, C. (1992)

Es así que debe entenderse por identidad personal a todos aquellos rasgos conformados por diversos factores como genéticos o biológicos, sociales, psicológicos, culturales y otros; los mismos que cumplen el rol de formar la esencia de la persona a fin de reconocerla como tal y distinguirla de las demás personas dentro de la sociedad. Todo ello se forma a partir de la genética que tiene cada individuo y posteriormente se irá desarrollando en todos los rasgos mencionados con la finalidad de lograr determinar la personalidad y distinción de cada ser humano. Es por ello que el derecho otorga tutela jurídica de modo preferencial a la identidad por ser ésta fundamental para el interés y desarrollo

personal de cada individuo.

Para el Tribunal Constitucional en el Fundamento Veintiuno y Veintitrés del Expediente N° 2273-2005-PHC/TC- LIMA, el derecho a la identidad es:

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a

determinadas personas. (p. 10 y 11)

Como se ha dicho, la identidad recibe una amplia protección jurídica y es reconocida por el Estado como un derecho fundamental dado que comprende diferentes atributos que caracterizan a una persona y sirven para distinguirla dentro de la sociedad, respetar todos los aspectos o rasgos de su personalidad y concederle los demás derechos relacionados al derecho a la identidad como el nombre, nacionalidad, entre otros.

Gutiérrez, W. citado por Hawie, I. (2015) alega lo siguiente:

Dentro del catálogo de derechos constitucionales reconocidos por nuestra Constitución Política vigente, encontramos el derecho a la identidad como uno de los derechos fundamentales para la convivencia entre las personas y el desarrollo individual de esta misma. Podemos mencionar que el derecho a la identidad personal es un derecho fundamental de características complejas. En la medida que es una garantía constitucional, despliega su eficacia en diversos ámbitos que inciden en la protección de una amplia gama de derechos constitucionales; asimismo, repercute en una serie de aspectos legales regulados tradicionalmente en el Código Civil – inscripción del nombre, documento de identidad, partidas o registros – dándoles una nueva configuración. De esta forma, el derecho a la identidad cumple una función primordial dentro de la vida de las personas. (p. 78 – 79)

Proteger a la identidad personal como un derecho fundamental del ser humano, implica reconocer aspectos esenciales que forman parte del desarrollo integral de la persona y una serie de derechos que provienen de dicho derecho, por ello su protección es reconocida constitucionalmente con la finalidad que sea un derecho respetado y cumplido dentro de la sociedad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido dentro del Glosario de Términos Normalizados, al derecho a la identidad de la siguiente manera:

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 (...) (párr. 1)

Definitivamente todo Estado Constitucional de Derecho tiene como misión proteger un derecho tan importante e inherente a la persona como lo es el derecho a la identidad frente cualquier situación que pueda verse afectado, y más aún cuando este derecho se encuentra relacionado con otros derechos más.

Es importante señalar también lo establecido en la jurisprudencia emitida por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo el Caso Gelman vs. Uruguay sobre la materia de violación al derecho de la integridad personal, personalidad jurídica y otros, en el cual establece en el Fundamento Ciento veintidós lo siguiente:

(...) el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. (p. 36 - 37)

Asimismo, el Caso Fornán e Hija vs. Argentina sobre la materia de violación de derechos fundamentales del menor, en el Fundamento Ciento veintitrés, la misma Corte ha señalado que:

La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez. (p. 38)

Se puede comprender que el derecho a la identidad es uno de los derechos esenciales de la persona y que en la etapa de la niñez cumple un rol particular,

pues es ahí donde se empieza a formar y desarrollar los rasgos o atributos característicos del menor y junto a ello el ejercicio de los demás derechos que le son reconocidos por ley.

Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano ha manifestado en la Resolución CJI/doc. 276/07, sobre el derecho a la identidad lo siguiente:

El derecho a la identidad es un derecho erga omnes, es decir, es un derecho oponible universalmente, teniendo además un carácter imperativo de jus cogens, porque es un derecho tan esencial, que sin él no se podrían tornar realidad otros tipos de derechos fundamentales. El derecho a la identidad forma parte de la categoría de derechos que de acuerdo con la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” no pueden ser objeto de suspensión bajo ninguna circunstancia. (p. 22)

Lo sostenido por el citado Comité conlleva a entender la importancia que tiene este derecho para la realización personal íntegra del ser humano, es por ello que se le reconoce como un derecho oponible y es protegido mediante normas internacionales imperativas, por lo que su aplicación resulta ser obligatoria para todos los Estados que forman parte de los cuerpos legales que regulan el derecho a la identidad.

Según García, V. (2001) el derecho a la identidad es un derecho fundamental

que protege lo siguiente:

Es aquel derecho que protege la imagen personal, social y veraz de la persona, a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella; estos rasgos son invariables en el tiempo y al proyectarse al mundo exterior, permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente es. (p. 34)

Para Mella, A. (2013) este derecho significa toda aquello que distingue a una persona por ser única en la sociedad, por lo cual explica lo siguiente sobre el derecho a la identidad:

El derecho a la identidad personal constituye el conjunto de cualidades o rasgos propios de un individuo que lo diferencian de otro, aquello que lo hace único en su especie, en la sociedad, y consecuentemente en el seno de su propia familia. Es así como el derecho a la identidad implica la certeza del propio ser y de sus orígenes biológicos. (p. 20)

Por otro lado, González, M. (2011) afirma que el derecho a la identidad, especialmente para los niños, ha sido interpretado desde siempre como un derecho que desarrolla la personalidad y se vincula con otros derechos derivados de la filiación como el derecho a recibir alimentos, conocer a sus progenitores, llevar sus apellidos y otros más; criterio que es adoptado por la

Convención sobre los Derechos del Niño.

En relación al caso de los niños, el derecho a la identidad se inclina como base para la formación de su desarrollo como ser humano, iniciando éste por el conocimiento sobre sus progenitores para luego recibir de aquéllos los demás derechos derivados de la filiación.

En ese sentido Bermudez, M. (2010) señala que “El derecho a la identidad de todo niño/adolescente se configura como un *prius* lógico para el reconocimiento de su personalidad jurídica, con lo cual es factible derivar todos los demás derechos que le asisten”. Al ser considerado trascendental este derecho, el citado autor sostiene que su importancia se debe a dos vertientes:

- a) El derecho a conocer la identidad familiar de parte del niño/adolescente, o lo que denomina Luis Díaz – Picaso, el derecho a la averiguación y al establecimiento de la verdad biológica. Derecho que inclusive prima sobre los eventuales intereses de su progenitora (que no desee identificar/reconocer/asignar una paternidad) y de un eventual padre.
- b) El derecho a una restitución familiar a favor de la familia que reclama a un integrante desaparecido. (p. 70)

De ello se puede señalar que el derecho a la identidad goza de una preferencia

especial en su aplicación y en los casos donde se trate que un menor de edad conozca a sus progenitores es realmente importante que se cumpla con este derecho a fin de brindarle estabilidad sobre su origen biológico y otorgarle el conocimiento de su verdadera familia.

Al respecto, Zannoni, E. citado por Ruiz, D. y Vizconde, H. (2016) señala lo siguiente:

La identidad personal en referencia a la realidad biológica, se trata de asegurar a toda persona su derecho a conocer su origen biológico, es decir su pertenencia a determinada familia y, consiguientemente, obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con ese origen biológico le corresponde.

Desde este punto de vista, comprende el derecho a reivindicar la identidad biológica, o el derecho del hombre a conocer su origen, su propia génesis, su procedencia, siendo una aspiración connatural al ser humano en la que está involucrada la dignidad de la persona. (p. 40)

Como se ha expuesto, el conocimiento sobre el origen biológico de una persona comprende el derecho a la identidad que empieza a desarrollarse desde la etapa de la niñez, por eso se considera a este derecho como uno de los más esenciales dentro de la existencia humana.

Castellanos, E. et al (2011) sostienen lo siguiente sobre la participación del

Estado para proteger el derecho a la identidad:

El derecho a la identidad involucra una reciprocidad entre el individuo y el Estado, toda vez que el Estado debe garantizar el derecho a la identidad de los individuos, y los individuos por su parte deben no sólo demandar el ejercicio del mismo, sino cumplir con las obligaciones respectivas para que esto se logre. Con el ejercicio del derecho a la identidad existe mayor garantía de acceso a otros derechos políticos y civiles (como el derecho a votar, a la igualdad ante la ley, a la familia) y la posibilidad de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales, como lo son la salud y la educación. (p. 36)

A su vez, Ynchausti, C. y García, D. (2012) expresan que el derecho a la identidad recibe una protección única al ser primordial en la vida del ser humano:

El derecho a la identidad es un derecho fundamental de cada persona, reflejo de la dignidad del hombre y una vez asegurada su eficaz protección es una garantía invaluable. Es además reflejo de la autodeterminación del hombre y de las complejas relaciones que existen en su vida. Por último debe decirse que el derecho a la identidad personal engloba varios derechos dada la integralidad de la misma. (p. 28 - 29)

Es entonces este derecho fundamental, uno de los más importantes para el desarrollo de la persona y elemento que coadyuva al respeto de su dignidad, en consecuencia, el Estado es responsable de velar porque su cumplimiento. Tal criterio recogido por los autores antes citados es compartido por la tesista debido

al valor trascendental que tiene este derecho y su carácter indispensable para el ejercicio de otros derechos.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia sostienen que el derecho a la identidad personal presenta una doble dimensión, éstas son: identidad estática e identidad dinámica. Por un lado, la identidad estática, llamada también primaria o física es aquella referida a los primeros rasgos personales visibles y que generan una primera e inmediata visión de cada individuo, tales como la identidad genética o filiación, nombre, nacionalidad, sexo, imagen y otras características físicas que distinguen a una determinada persona de las demás, atributos que no varían con el tiempo; aunque excepcionalmente, podrían llegar a modificarse mediante pronunciamiento judicial, como por ejemplo el cambio de nombre. Esta dimensión está relacionada básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto y son estables durante toda la existencia de la persona. Por otro lado, la identidad dinámica es aquella que se refiere a los atributos vinculados a la posición profesional, religiosa, ética, política, así como los rasgos psicológicos y valores de cada persona, es decir todo lo asociado a su plan de vida que está relacionado a la identificación personal del sujeto proyectado hacia el exterior. Esta faceta de la identidad personal complementa a la identidad estática y varía según el desarrollo personal y la maduración de la persona.

Fernández, C. (1992)

Con relación a ello, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia señala en su Fundamento Segundo de la Casación 950-2016 – AREQUIPA, sobre impugnación de paternidad, que:

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 éste 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 aún 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 éstos 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. (p. 10)

De lo expuesto debe afirmarse que ambas dimensiones comprendidas dentro del derecho a la identidad son importantes para el desarrollo íntegro de cada persona, por lo que las dos se complementan entre sí para lograr la individualización y proteger dicho derecho. La cuestión es que en cada caso concreto se evalúe los hechos y el contexto donde se desarrolla el menor de edad, siendo que en todo caso relacionado con su filiación, deberá hacerse todo

lo posible por prevalecer que el menor conozca su origen biológico para salvaguardar su derecho a la identidad y su desarrollo, tomando en cuenta también el principio del interés superior del niño.

De acuerdo con lo expresado, la autora Vargas, R. (2011) señala que ninguno de estos elementos que conforman la identidad resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido del derecho a la identidad, sino que todos son igualmente relevantes.

Del mismo modo, Plácido, A. (2008) señala lo siguiente:

A la identidad estática que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de esta (...).

Uno de esos elementos dinámicos es el referido a las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. (p. 55)

Para el inicio de la vida se adquiere el elemento estático basado principalmente en el origen genético de la persona y durante el desarrollo de la vida se van obteniendo otros elementos dinámicamente, todos ellos los estáticos como los

dinámicos son factores importantes para la identidad personal.

Así por ejemplo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 3797-2012 – AREQUIPA sobre impugnación de paternidad, señaló en su Fundamento Décimo Tercero:

De otro lado, en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica. (p. 12)

En el citado caso, la Corte Suprema se pronunció sobre la excepción de caducidad declarada fundada y analizó los hechos desde el punto de vista de la afectación del derecho a la identidad del menor y su interés superior, decidiendo que lo resulto por la Sala Superior fue correcto puesto que la pretensión del demandante (padre legal) estaba basada solo en probables supuestos genéticos o afirmaciones de terceros que no precisó ni probó en autos, no se sabía quién era el padre biológico y el menor tenía diecisiete años de edad; por lo que no se

podía amparar la demanda y dejar en un estado de incertidumbre absoluta al menor sobre su identidad. Dicho fallo de la Corte Suprema es compartido por la tesista, porque se encontraba en controversia un derecho fundamental (el derecho a la identidad del menor), el cual no podía perjudicarse después de tanto años solo por comentarios que no fueron explícitos ni probados por el mismo actor.

En la Casación N° 2726-2012 – DEL SANTA, sobre impugnación de paternidad matrimonial, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, señaló en su Fundamento Décimo cuarto:

Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia (...) (p. 8)

En este caso, el criterio de la Corte Suprema es diferente, pues se resolvió amparar el derecho a la identidad del menor y en observancia al principio del

interés superior del niño, se analizó que la afirmación de la identidad filiatoria del demandante (presunto padre biológico) concordaba con la vivencia familiar y biológica de la menor probada en autos, por lo que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda. El actor fundamentó con precisión los hechos alegados y se probó en autos que era padre biológico de la menor y más aún que la menor lo reconocía como tal pues venían desarrollando un tratamiento de padre e hija, logrando desvirtuar la paternidad matrimonial reconocida. Sobre esta decisión de la Corte Suprema, la investigadora considera que fue un criterio adoptado conforme a ley, puesto que se realizó debidamente un análisis entre el derecho a la identidad del menor y su interés superior a fin de proteger lo mejor para él.

De ello se aprecia que el derecho fundamental a la identidad está vinculado necesariamente con la filiación, con el conocimiento del origen genético o quiénes son los padres que engendraron a un hijo; y de ello se derivará una serie de derechos; tomando en cuenta que cada caso es especial y debe ser analizado por el juzgador, el cual resolverá, según sea el caso, lo más favorable para la defensa del derecho a la identidad del menor.

En ese sentido, Gutiérrez, J. (2011) señala que:

(...) el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, tiene una faz positiva y otra negativa; así, por un lado se busca el acceso a la identidad, la formación de la misma, la individualización de la persona en formación, y de

otro, se busca proteger la identidad ya lograda. No debe perderse de vista que la identidad de una persona no se forja solo a través del nombre, la identidad es saber quién es uno, de dónde proviene, y dónde se desarrollará, bajo qué influencias. (p. 61)

(...) el reconocimiento de paternidad conforme a las normas de filiación del Libro de Derecho de Familia, no solo busca los beneficios que otorga esta legislación; lo que se alega es que existe un derecho mayor: a la identidad, y dentro de sus alcances el derecho a conocer quiénes son nuestros progenitores. (p. 64)

Es así que en los casos de impugnación de paternidad, se pone en controversia un derecho fundamental del menor de edad, el derecho a la identidad, el mismo que debe prevalecer acompañado de la realización de un análisis del principio de interés superior del niño, además de los hechos expuestos por las partes y pruebas que obran en el proceso. La filiación forma parte del derecho a la identidad, y en los casos donde se discute o está en controversia, la filiación de un menor de edad, son situaciones delicadas pues se busca ante todo amparar sus derechos fundamentales y no perjudicar o menoscabar su identidad así como su desarrollo o bienestar personal y familiar.

Asimismo Celis, M. (2008) expresa que:

Se puede concluir que la filiación como institución jurídica, ha alcanzado en nuestro país su verdadera dimensión y alcances de manera reciente y a la luz de la interpretación y acogimiento de la doctrina por parte de los Magistrados de Familia de nuestro país lo cual sin duda, traerá consigo la adopción de las medidas más favorables a cada caso, debiendo siempre tener presente resolver en función al Interés Superior del Niño y Adolescente en todo en cuanto le favorezca (...) (p. 16)

Como se ha indicado anteriormente, los operados jurídicos deberán analizar e interpretar cada caso en materia de filiación con el objetivo de salvaguardar el bienestar del menor y el cumplimiento de sus derechos fundamentales.

A partir del análisis realizado sobre qué es el derecho a la identidad y todo lo éste comprende, se estudiará a continuación los instrumentos jurídicos que lo protegen.

La actual Constitución Política del Perú reconoce expresamente el derecho a la identidad mediante el artículo 2º inciso 1 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (...).” (p. 7), también, se encuentra consagrado en el artículo 6º del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala que:

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 (...). (p. 715 - 716)

Así también, es protegido por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, ratificada por el Perú, mediante el artículo 7º inciso 1:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
(p. 11)

Asimismo, el artículo 8º del mismo cuerpo normativo señala:

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

y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.
(p. 12)

Mella, A. (2013) señala que “ (...) dicho dispositivo legal supranacional reconoce la trascendencia del derecho a la identidad de los menores y de sus distintas manifestaciones, como lo es también el derecho al nombre, brindándole así la protección necesaria.” (p. 21)

Se puede deducir que el derecho a conocer a los padres y ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental para el menor de edad, derecho que está acorde con el desarrollo de su personalidad y sustentado con su derecho a la identidad.

Adicionalmente, es pertinente referir también lo regulado de forma implícita y amplia sobre el derecho a la identidad. Como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual establece en su artículo 6º: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; y, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos suscribe en los artículos 3º y 18º lo siguiente, respectivamente: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” y que “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos (...).

Estando a ello, el derecho a la identidad es reconocido y protegido universalmente por la normatividad jurídica, dado al carácter indispensable que tiene para la realización íntegra personal del ser humano y para el ejercicio de otros derechos.

1.2.2.2 La Verdad Biológica

El derecho a la identidad es un derecho fundamental que goza toda persona y que de este derecho se derivan una serie de otros derechos más, entre ellos, está el derecho a conocer a los padres biológicos o conocido como la verdad biológica, según lo expone Velásquez, T. (2005)

Además, la citada autora refiere que:

Se entenderá como el conocimiento de los orígenes biológicos, es decir, una persona que efectivamente goza del derecho a la verdad biológica es aquella que conoce quiénes son sus padres biológicos (...). Por otro lado verdad jurídica será aquella que señala la ley sin que ello implique su certeza en el plano material; es decir esta verdad jurídica es, a nuestro entender, una verdad formal que en muchas ocasiones se requiere establecerla de manera ficticia por seguridad jurídica. Pero, la verdad biológica será la verdad con contenido material, será aquella verdad que absolutamente nadie podrá negar. Así por ejemplo tenemos que es una verdad jurídica que todo niño que nace dentro del matrimonio tiene como padre al marido; sin embargo, en este mismo supuesto

podría ocurrir que la verdad biológica señale como padre a un tercero que mantuvo relaciones sexuales con la mujer casada adúltera. (p. 383)

Como se ha sostenido, el derecho a la identidad comprende una dimensión o aspecto estático, el cual está relacionado al acceso de la información genética, aquella identificación biológica que debe tener todo ser humano y que para el caso del menor de edad se encuentra reconocido a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por el Código de los Niños y Adolescentes; tal como se ha señalado anteriormente. Sin embargo, no en todos los casos la verdad biológica coincide con la verdad jurídica, pues existen supuestos que por diversas razones un hijo no es reconocido por el padre que lo engendró, entonces su derecho a conocer a sus padres, es decir, su derecho a la identidad se estaría vulnerando.

Algunos doctrinarios sostienen que la verdad biológica es un derecho:

Un componente importante en el derecho a la identidad resulta ser el de nuestro vínculo biológico, el que nos permite establecer nuestros lazos familiares y nuestros derechos y obligaciones de nuestras relaciones paterno-filiales. Es así, que el derecho a la verdad biológica lo podemos entender como aquel que nos asiste para conocer nuestro origen e identidad filiatoria.

En tal sentido, un medio probatorio esencial para establecer la verdad biológica, como es fácil imaginar, resulta ser la prueba biológica de ADN, la que

goza de un grado de certeza al 99% para establecer el vínculo filiatorio entre padres e hijo. (Wong, J., 2016, p. 135)

Asimismo, Moscol, M. (2016) manifiesta que:

(...) cabe preguntarnos si el derecho a conocer el propio origen biológico, es decir, el derecho a conocer la verdad biológica de cada uno se constituye o no como un derecho fundamental de la persona. Podemos empezar señalando que los derechos de la persona (fundamentales o personalísimos) de por sí son perpetuos y oponibles erga omnes, los mismos que le son inherentes a toda persona, por su condición de tal. (p. 32)

Además, Plácido, A. (1997) añade que:

El derecho a conocer el propio origen biológico es un derecho fundamental de todo menor de edad que se sustenta en el pleno desarrollo de su personalidad y en su condición especial como sujeto de derechos; de tal forma que, a partir de un adecuado ejercicio y reconocimiento, pueda crecer en el seno de su familia (derecho a ser cuidado por sus verdaderos progenitores), en un ambiente que le de las mejores garantías materiales y espirituales para su desarrollo y bienestar general. (p. 150)

A criterio de la investigadora, el conocimiento del origen biológico o verdad biológica es parte esencial del derecho a la identidad, pues está comprendido dentro de los elementos o atributos de la identidad de toda persona; pero

expresamente la verdad biológica no es un derecho regulado por la normatividad jurídica, al contrario, la verdad biológica se encuentra regulada a través del derecho de conocer a los padres, el cual está reconocido especialmente para los niños a nivel internacional; siendo un componente del derecho a la identidad y que como tal es necesario su cumplimiento y protección para lograr una verdadera identificación de la persona.

Garriga, M. (2000) argumenta lo siguiente:

El derecho a conocer la filiación de origen es inherente a la persona en la medida que se encuentra vinculada con la identidad, que es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes, por lo cual, privar a un individuo del conocimiento de su origen supone negarle uno de los elementos que constituyen su identidad, a partir del cual se distingue de los demás y que le permite individualizarse con relación con aquellos de los que proviene.
(p. 248)

Asimismo, Zannoni, E. (1997) alude que:

En el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo a su origen biológico, le corresponde. Esto implica que el derecho a

preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona, no es exclusivo o solo privativo de los niños. (p 159)

Tener conocimiento del origen biológico es parte interior de todo ser humano, es un derecho que sirve como base para un desarrollo personal a plenitud y tener el reconocimiento de la familia a la que cada uno pertenece. Empero, para el caso de un menor de edad, la verdad biológica es el derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres, el mismo que se encuentra reconocido mediante las normas antes citadas.

En relación a ello, Plácido, A. (1997) indica sobre el derecho a conocer a los padres que:

Es un derecho fundamental del niño, que se sustenta en el reconocimiento de que el infante, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor, comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, por tanto, irrenunciable e imprescriptible. (p. 150)

De otro lado, Varsi, E. (2013) señala que el sistema jurídico peruano no ampara expresamente el derecho a conocer el propio origen biológico, pero sí está reconocido tácitamente dentro del derecho a la dignidad e identidad, y en mérito a lo referido en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

(p. 9)

A través de dicho dispositivo legal, el ordenamiento jurídico tutela aquellos derechos o principios que expresamente no son reconocidos, pero que son fundamento del respeto a la dignidad humana, por lo que un sector de la doctrina considera que conocer el origen biológico o a los padres, está dentro del derecho fundamental a la identidad, y otro sector considera que es un derecho más.

Plácido, A. (2010) sostiene que el derecho que tiene toda persona de conocer a sus padres supone la protección máxima contra todo hecho o acción en contra de la dignidad humana, en estricto, este derecho consiste sólo en determinar el vínculo filial paterno y materno, independientemente del tipo de filiación matrimonial o extramatrimonial que tenga el hijo. De modo que, existe una relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona, por ello el derecho a conocer a los padres exige, para su ejercicio, un sistema de libre investigación de filiación regula las acciones de filiación y el Derecho regula las acciones de filiación a fin de rectificar o reconocer la situación filial de una persona.

Es necesario recalcar que el principio de investigación de paternidad apunta que

toda persona pueda iniciar las acciones judiciales correspondientes a fin de determinar su verdad biológica, lo cual estará acorde con la protección al derecho a la identidad y se garantizará el respeto a la dignidad; no obstante, como se ha señalado anteriormente, dicho principio no se permite libremente en la normatividad jurídica civil peruana.

En un sentido diferente, el autor Varsi, E. (2013) manifiesta que la verdad biológica también es un principio:

Esta es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible. (p. 109)

De esa manera, la doctrina indica también que la verdad biológica constituye un principio y tiene como objetivo determinar el vínculo biológico y que sea reconocido por ley, salvo ciertas excepciones:

El ordenamiento pretende, sobre la base del principio de verdad biológica, la coincidencia entre la filiación jurídica y biológica, pero en la medida de lo posible. Así, la misma legislación, en ciertos casos, prescinde de base biológica en la determinación de la filiación, como ocurre en la adopción. Sin embargo, también puede suceder que, pese a que el elemento biológico sí sea

importante en la determinación del vínculo filial, la filiación jurídica no llegue a existir o, existiendo, no coincida con el hecho biológico de la procreación. Para paliar estas dos últimas situaciones se permite, en beneficio del hijo, investigar la paternidad y lograr así la determinación judicial del vínculo filial o impugnar la filiación inexacta y reclamar la verdadera. (González, M., 2013, p. 28)

La investigadora tiene el criterio que la verdad biológica va más allá de ser un principio, considera que la verdad biológica es el derecho de conocer a los padres, reconocido expresamente y de manera especial por las normas que regulan lo concerniente al menor de edad. La única y central idea de la filiación es no afectar el derecho a la identidad de la persona, y respaldar lo reconocido expresamente en la ley para el caso del menor de edad, el derecho a conocer a sus padres, en otras palabras, hacer prevalecer su verdad biológica, sin considerar aquellos casos que el ordenamiento jurídico reconoce la filiación en ausencia del vínculo biológico como la adopción.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia señaló en su Fundamento Noveno de la Consulta N° 1388-2010 – AREQUIPA sobre negación de paternidad matrimonial:

En consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quienes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su identidad personal, derecho que está

reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, como derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales. (p. 5)

Sin duda, la tutela jurídica que se otorga al derecho a la identidad de un menor de edad influye ampliamente en el desarrollo de su vida personal, lo cual también significará valorar y respetar su dignidad; por ello la verdad biológica cumple un papel importante dentro de la materialización del derecho a la identidad.

1.2.2.3 Identidad Genética e Identidad Filiatoria

Es importante señalar que la doctrina ha diferenciado dos conceptos dentro de la identidad personal, estos son: la identidad genética y la identidad filiatoria.

Celis, M. (2008) precisa que:

La identidad genética se conforma con el patrimonio genético, heredado de los progenitores biológicos; o sea, su genoma, a través del cual se establece la identidad propia e irrepetible de la persona.

La identidad filiatoria es, en cambio, un concepto jurídico. Es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en

relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Está, habitualmente, en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo, caso concreto sucedería cuando alguien reconoce espontáneamente al hijo de una mujer sin ser el padre, fuere por error, o por alguna otra circunstancia (sin perjuicio, en estos casos, del eventual ejercicio en el futuro de la acción de Impugnación o de Nulidad del Reconocimiento). (p. 12)

Se advierte pues que la identidad genética se relaciona con la verdad biológica, lo que implica el conocimiento del origen genético, es decir, conocer a sus padres biológicos, y con ello el establecimiento del nexo filial biológico que le corresponde a cada persona. En cambio, la identidad filiatoria se inclina al vínculo filial jurídico; y en cada caso, la identidad genética y la identidad filiatoria pueden mostrar concordancias o no entre el vínculo biológico y jurídico.

Morandini, N. (2016) define a la identidad genética como identidad biológica y señala que:

La identidad biológica constituye uno de los pilares del concepto de persona y por consiguiente no debería concebirse como un presupuesto concedido por el orden jurídico o la voluntad de una norma. Deriva de los vínculos de sangre y en tanto las personas no pueden modificar objetivamente esa ascendencia parental. En razón de esa certeza que entraña el dato genético esta es, quizá, la dimensión más incontrastable de esa compleja construcción que es “la identidad” (...).

Es necesario precisar que la identidad biológica, el derecho a saber de dónde venimos, se torna sustancial en tanto la verdad sobre el origen lo es: el dato biológico, como dato empírico, adquiere sentido y trasciende como derecho en tanto da cuenta del origen, en la medida en que permite que el individuo elabore, proyecte y desarrolle su personalidad, sus creencias y sus valores sin restricciones acerca de las circunstancias de su procreación y nacimiento.

(p. 10)

La importancia de la identidad genética o biológica recae en el desarrollo íntegro de la persona; esto llevándolo al plano del derecho que tiene el menor de edad de conocer su procedencia, permite colegir que la identidad genética es parte esencial de su derecho a la identidad, de ahí la máxima protección jurídica otorgada a dicho derecho respecto al menor de edad.

Asimismo, se afirma sobre la identidad genética o biológica 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, por qué estamos, donde estamos, cuál es nuestra historia genética, o en quién nos reflejamos. El derecho a la identidad biológica es el derecho a la verdad. 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 éste como un ser social. (Posada, Y.,s.f, p. 3)

Por otro lado, Plácido, A. (2008) refiere que:

Resulta claro, por tanto, que la identidad filiatoria estática, conocimiento de quiénes son los padres, por lo general coincide con la identidad filiatoria dinámica, la “posesión constante de estado de hijo” con los padres ya conocidos; vale decir, que las calidades de progenitores y padres recaen en las mismas personas que procrearon al hijo. Ello es así, desde que en la filiación por naturaleza se jerarquiza el vínculo biológico.

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal es el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden.

Precisamente, ello también 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. (p. 56)

El criterio del citado autor es diferente a lo que se ha sostenido anteriormente, pues éste señala que la identidad filiatoria se vincula a la faceta estática y dinámica del derecho a la identidad personal, no refiere a la identidad genética o biológica, sino se inclina por sostener que existe una identidad filiatoria y está compuesta por los elementos estáticos y dinámicos, siendo básicamente lo mismo; el aspecto estático comprende todos los datos genéticos de la persona y por ende el conocimiento de quiénes son los padres y, el aspecto dinámico comprende el emplazamiento del estado de familia cuando no va acorde con el vínculo biológico.

1.2.3 PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

1.2.3.1 Definición de acción de filiación

Varsi, E. citado por Mestanza, L. (2016) sustenta que:

Las acciones de filiación son acciones dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto, pues sus resultados pueden variar completamente los atributos de la persona y su identidad personal, justificándose su denominación como acciones de estado.

Las acciones y pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando

la filiación establecida no coincide con la real). (p. 34)

Estas acciones tienen como objeto obtener judicialmente un pronunciamiento sobre el estado de familia de una persona, es decir, una sentencia mediante la cual se determine la creación, modificación, extinción o reconocimiento de un estado de familia determinado.

Sobre ello, es importante considerar que el estado de familia es la posición que ocupa una persona como miembro dentro de la familia, la cual estará determinada por un vínculo jurídico que la une a otra persona y, con dicho vínculo se determina los derechos y deberes que le corresponde. Ripert. G y Bounlager. J citados por Varsi, E. (2013)

Asimismo, el referido autor indica que:

El fundamento de estas acciones reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación de hecho). De allí que sea de la realidad biológica el que se establezca (determinación) o quede sin efecto (impugnación) el vínculo filiativo respecto del hijo y sus progenitores. (p. 140)

Conforme a ello, la acción de filiación busca la adecuación entre la verdad

biológica y la jurídica, partiendo de la realización de la investigación de paternidad fundada en un interés especial y esencial consistente en proteger el derecho a la identidad del menor de edad.

Plácido, A. (2002) señala los tipos de acciones reguladas en la normatividad jurídica civil:

Las acciones del Código Civil trata separadamente las acciones referentes a la filiación matrimonial (impugnación de la paternidad matrimonial, impugnación de la maternidad matrimonial y reclamación de la filiación matrimonial) y a la filiación extramatrimonial (negación del reconocimiento, reclamación de paternidad y maternidad extramatrimoniales).

Esta consideración permite apreciar que las acciones de filiación se dividen en sus dos variedades: de reclamación y de impugnación, pues se parte de una situación anterior a la acción que se ejercita, bien para reclamar el estado de filiación que se pretende obtener, bien para impugnar el que ostente el demandado. (p. 281)

Se aprecia que a través de las acciones de filiación se permite realizar la investigación de la paternidad, lo cual posibilita obtener el conocimiento de la verdad biológica de una persona y así salvaguardar su derecho a la identidad.

1.2.3.2 Impugnación de Paternidad Matrimonial en el Código Civil Peruano

Varsi, E. (2004) expresa lo siguiente sobre la impugnación de paternidad matrimonial:

Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción pater est, pues existe una verdad biológica probable. Se presume que el marido tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. (p. 142)

Además, el referido autor afirma sobre la acción de impugnación de paternidad que:

La acción de impugnación se da cuando el marido no considera como suyo el hijo nacido bajo la presunción de paternidad indicada en el párrafo anterior, es decir, nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de 300 días de terminado este. En este caso, el marido deberá probar lo que afirma.

La impugnación de la paternidad está orientada a contradecir la presunción de paternidad del marido (alegando ausencia, enfermedad, accidente, impotencia, etc). Aquí el marido no solo debe probar lo relacionado con las fechas entre las cuales transcurrieron los 121 días de los 300 anteriores al nacimiento, sino deberá además demostrar que en dicho lapso no tuvo acceso carnal con su

mujer. (Vásquez, Y., 1998, p. 525)

Azpiri, J. (2000) manifiesta que la impugnación de paternidad matrimonial es una acción de desplazamiento o apartamiento; debido a que busca la exclusión de la paternidad matrimonial reconocida, es también una acción judicial declarativa puesto que tiene como finalidad poner en manifiesto la falta del vínculo biológico entre el marido y el hijo.

Se afirma que la impugnación de paternidad matrimonial es una acción de desplazamiento porque tiene por objeto desplazar o apartar a una persona del estado de familia que ostenta.

En ese sentido, Bravo, G. (2016) señala que la impugnación de paternidad matrimonial es una acción dirigida a la modificación o extinción de un emplazamiento familiar específico reconocido dentro del vínculo paterno filial, y esto se genera cuando el vínculo jurídico no coincide con el biológico.

La presunción legal de paternidad matrimonial no es absoluta, pues admite prueba en contrario, la misma que es actuada en el respectivo proceso de filiación; es por tal motivo que la acción de impugnación de paternidad matrimonial ha sido establecida a fin de desvirtuar dicha presunción. Plácido A. (2002)

Anteriormente, se ha señalado que el reconocimiento de un hijo matrimonial se

realiza en virtud de lo establecido por la presunción pater is est, por lo que en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial se pretende contradecir y destruir dicha presunción y demostrar así que el hijo reconocido por el marido no es realmente hijo de éste.

Es preciso indicar que el Código Civil regula específicamente la acción de negación de la paternidad, la cual es conocida también como acción de contestación de la paternidad de marido, acción de desconocimiento o mayormente conocida en la práctica judicial como impugnación de la paternidad matrimonial. Hinostroza, A. (2012)

Bravo, G. (2016) expresa que más allá de las disímiles formas de nombrar esta acción, resulta ser la misma que pretende esencialmente la exclusión de la paternidad matrimonial o desconocer una filiación legalmente establecida en lo referente a la paternidad requiriendo observar los supuestos de procedencia que establezca la ley.

Es pues, la acción de impugnación aquella destinada a destruir, contradecir y anular una filiación ya establecida o dejar sin efecto una filiación previamente determinada, por no corresponder a la verdadera de paternidad o maternidad, así lo señala López, G. (2001)

Según el Código Civil Peruano, las acciones emergentes de la filiación

matrimonial son: la acción de reclamación de la filiación matrimonial, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial y la acción de impugnación de la maternidad. Entonces, se considera a la acción de impugnación de paternidad como aquella que tiene por objetivo atacar la presunción existente que tiene por padre al marido de la madre, y cuyo efecto es desplazar de estado de padre matrimonial al cónyuge de la madre. Lloveras, N. (2007)

1.2.3.3 Sujetos legitimados en la impugnación de paternidad matrimonial y la posible incorporación del presunto padre biológico

Viale, F. (2013) sostiene que:

La legitimidad para obrar está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en su resultado. La legitimidad para obrar tiene dos aspectos: la legitimidad activa y la legitimidad pasiva, que corresponde, la una, a la parte que sostiene la pretensión, y la otra, a la parte contradictoria. (p. 31)

Según los objetivos de la presente investigación, resulta importante desarrollar la legitimidad activa en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial. El autor Plácido, A. (2002) explica que la legitimación activa para impugnar la

paternidad matrimonial corresponde al marido, sin embargo también la pueden ejercer los herederos o ascendientes de éste, siempre y cuando se presenten dos supuestos, tal como lo establece el artículo 367º del Código Civil:

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado. (p.123)

Dicho dispositivo legal comprende un precepto de naturaleza eminentemente procesal, referido a la legitimidad para obrar en la interposición de la acción de impugnación de paternidad o acción contestatoria, como la denomina también el Código Civil. Esta acción tiene como titular exclusivamente al marido por los siguientes argumentos:

1. El desconocimiento de la paternidad constituye una afirmación de la infidelidad del cónyuge. Ello la convierte en una cuestión de honor en que el marido es el único juez.
2. El esposo es el único afectado por la conducta infiel de su esposa y por ende, se encuentra en condiciones de perdonar. De ahí que no resulte admisible la intervención de terceros en esta decisión.
3. La contestación de la paternidad es un derecho potestativo constituido en exclusivo interés del marido. De ahí que se encuentre en plena libertad de ejercerlo o no.

4. Aún cuando es posible determinar científicamente la paternidad, el interés por sacar a luz la verdad de una situación de hecho debe ceder ante el interés de la familia. En este caso, se otorga al esposo la facultad de apreciar dicho interés. (Muro, M . y Rebaza, A., 2003, p. 697 – 698)

Tales razones o fundamentos que indica la doctrina sobre la regulación normativa de la impugnación de paternidad matrimonial por el Código Civil, pretenden justificar por qué la ley otorga solo al marido la facultad de impugnar el reconocimiento matrimonial, descartando así legitimar a otros posibles sujetos para que acudan a la vía judicial de forma directa e inmediata.

Para Monge, L. (2003)

(...) la filiación matrimonial se justifica en el principio tradicional de que solo el marido tiene legítimo interés para negar la paternidad del hijo de su mujer, por ello se le considera únicamente como el titular principal para interponer la acción correspondiente y destruir la presunción de paternidad. (p. 631)

Cabe precisar que el antes mencionado artículo 364º del mismo cuerpo normativo civil, señala que: “La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de novena días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”. (p. 121)

Al respecto es pertinente indicar que el tema de los plazos establecidos en

materia de filiación ha flexibilizado por la jurisprudencia según cada caso, conforme a los hechos ocurridos y la aplicación del interés superior del niño, buscando resolver en base a la no afectación o menoscabo del derecho a la identidad del menor, por ejemplo:

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en el Fundamento Décimo de la Consulta N° 4666-2012-LAMBAYEQUE, sobre impugnación de paternidad:

Por tanto, esta Sala Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*: de un lado, la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad y, de otro, la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conjunta conforme a la Constitución; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otro de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar noventa días en plazo para contestar la paternidad cuando esta no corresponda a la realidad, en desmedro el derecho constitucional a la identidad del menor, razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada. (p. 4 - 5)

Se observa que la regulación constitucional del derecho a la identidad está sobre

cualquier norma legal, por lo que se resuelve, según sea el caso, omitir el plazo establecido para impugnar la paternidad matrimonial y salvaguardar un derecho reconocido constitucionalmente, el derecho a la identidad del menor de edad.

Méndez, M. (1986) señala que el sujeto con titularidad o legitimidad activa es el marido porque posee innegable derecho para la interposición de la acción, dado que es a quien se le atribuye una paternidad que no le corresponde, será el principal interesado en que ésta se excluya.

Por otro lado, el artículo 363º del Código Civil establece los supuestos en los que procede la acción de impugnación de paternidad matrimonial, los mismos que tienen por objeto enervar la presunción pater is est, siendo éstos los siguientes:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes

cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza." (*) (p. 120)

Es necesario indicar que, parte de la doctrina hace cierta distinción entre la acción de impugnación de paternidad y la denominada por el Código Civil como acción de negación de la paternidad. La primera consiste en que el marido demanda se deje sin efecto la paternidad reconocida al hijo matrimonial, considerando que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa y amparado por la presunción pater is est, no resulta ser su hijo; y la segunda, refiere a que el hijo tenido por el marido, no se encuentra amparado por la presunción pater is est, por lo que el marido niega a dicho hijo. No obstante, en la práctica judicial no existe tal diferencia de denominaciones de las citadas acciones judiciales y se le conoce como impugnación de paternidad, aplicándose para tal fin los supuestos antes señalados. Bustamante, E. (2003)

Siguiendo la estructura sobre la legitimación activa en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial, el Código Civil señala en el artículo 396º que: "El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable" (p. 127); la normatividad civil limita la posibilidad que el presunto progenitor o padre biológico tenga legitimidad activa para impugnar la paternidad determinada por el matrimonio.

Plácido, A. (2003) opina que aquella limitación sobre la legitimidad activa 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.

Los fundamentos de tal solución se encuentran en que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde al marido y, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad; en que se presume que las persona casadas cumplen sus deberes conyugales y se supone, por tanto, que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; en que el matrimonio es la unión de derecho en que se funda la familia y requiere protección; y, en que la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal. (p. 739)

El fundamento del referido artículo 396° del Código Civil, se encuentra amparado en el sistema constitucional anterior, el cual proscribía cualquier tipo de actividad dirigida a descubrir la verdad biológica, tal como se señala:

Este artículo fue elaborado teniendo como fuente principal a la derogada Carta Magna de 1979; en donde imperaba el principio de protección del matrimonio, el derecho a la intimidad de los progenitores sobre el derecho de los menores

de edad a conocer su origen biológico, y en el que era inexistente el derecho a la identidad. De esta forma, se proscribía cualquier tipo de intervención estatal en el descubrimiento de la real paternidad o maternidad de una persona natural sobre la base del artículo 6 de la Constitución Política del Perú de 1979 que prescribía el principio de la paternidad responsable, pues se consideraba que en la filiación solo concurrían intereses privados. (Plácido, A., 1997, p. 139 - 140)

En ese sentido, Cornejo, H. (1985) sostiene que:

Así, el supuesto de hecho previsto en el artículo 396 del Código Civil se sustenta en el principio favor legitimitatis, este se funda sobre la base del deber de fidelidad y el derecho al débito sexual de los cónyuges y en la presunción de paternidad matrimonial. De esta forma, se parte de la siguiente premisa: “se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido”; por consiguiente, este será el padre de los hijos que alumbre aquella, pese a la existencia de pruebas que demuestren lo contrario. (p. 13 - 14)

En consecuencia, los fundamentos que recoge la creación del artículo 396° del Código Civil, no se encuentran basados en lo que establece la actual Constitución Política del Perú, pues ésta ampara nuevos principios y derechos sobre el Derecho de Familia que buscan no solo proteger al matrimonio como la única fuente generadora de familia, sino también protege a las uniones de hecho; reconoce además expresamente el derecho a la identidad de la persona, lo cual

permite que así se adopten restricciones al derecho a la intimidad de los cónyuges para favorecer otros derechos de los menores de edad, como el derecho a conocer su origen biológico.

Al respecto, Cillero, M. (2007) agrega que:

No obstante, con los nuevos principios y derechos introducidos al ordenamiento jurídico peruano a través de la vigente Carta Magna, concluimos que dicha proscripción ya no puede seguir manteniéndose; pues frente a la presunción de paternidad matrimonial, el principio *favor legitimitatis* y el derecho a la intimidad de los cónyuges, que son el sustento del artículo 396 del Código Civil, existen derechos constitucional y fundamentales que necesitan de una protección especial por parte del Estado peruano – por estar íntimamente enlazados al interés superior de los menores de edad (principio *favor filii*) (p. 134)

Entonces, se puede señalar que el actual sistema constitucional permite que todo menor de edad conozca su origen o verdad biológica, lo que implica salvaguardar su derecho a la identidad.

Asimismo, el artículo 404^o del Código Civil también limita o condiciona la libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, al señalar que: “Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. (p. 129)

La norma limita que la paternidad del hijo matrimonial pueda impugnarse por el verdadero padre biológico. Toda la potestad otorgada al marido surge en base a la presunción pater is est, la cual se ha amparado en los deberes, conductas y responsabilidades conyugales así como en el reconocimiento del hijo matrimonial acorde a su concepción producto de la unión matrimonial y durante el lapso vigente de ésta; sin considerar que pueden existir otros supuestos de hecho que desvirtúen o sean contrarios a todo lo que comprende la presunción de paternidad matrimonial y por ende, que otros sujetos, como el presunto padre biológico sea sujeto legitimado para demandar la impugnación de paternidad matrimonial; situación que impide la libre investigación de la paternidad del hijo reconocido legalmente dentro del matrimonio y afecta su derecho fundamental a la identidad.

Sullón, I. (2015) afirma que “con respecto al padre biológico, con obvio y evidente legítimo interés al saberse progenitor debe reconocérsele el derecho de acción a fin de establecer la biológica del menor lográndose una coincidencia con el vínculo jurídico”. (p. 70)

El fondo de los procesos de impugnación de paternidad es determinar la verdad biológica del menor en aras de su derecho a la identidad, el cual debe protegerse como un derecho fundamental de toda persona, por lo que es importante que la ley reconozca al presunto padre biológico como sujeto legitimado y éste pueda realizar la investigación de la paternidad del menor sin límite, condición o restricción legal alguna.

Señala además Sullón, I. (2015) que:

En el ordenamiento peruano, es el marido el legitimado para impugnar la paternidad matrimonial y refutar la presunción de paternidad que impone el ordenamiento peruano. Dicha legitimación es excluyente y cuasi exclusiva, lo que puede generar un conflicto de derechos o más bien la afectación de los derechos del hijo en concreto, el derecho a la identidad. (p. 66)

Asimismo, en mérito a la protección del derecho a la identidad del menor, se sostiene que:

En efecto, se ha dicho que a la luz del derecho constitucional y la protección tuitiva que otorga el derecho de familia a los hijos, el objeto principal de protección de tal instituto es el derecho a la identidad del hijo de mujer casada y en ese sentido, el sujeto directamente vinculado por tal presunción no solo es el padre o marido sino principalmente el hijo. (...). Ello cobra razón de ser cuando la presunción no se corresponde con la realidad y termina afectando el derecho a la identidad del hijo que en sus componentes incluye a la verdad biológica. (Vargas, R., 2011, p. 176 - 177)

En las diferentes situaciones que pueda presentar la realidad social sobre la discusión de su filiación, la defensa del derecho a la identidad del menor recibe una protección especial debido a la importancia que tiene dicho derecho para el desarrollo del menor, pues conocer su verdadero origen biológico forma parte de su derecho a la identidad.

Entonces, otorgar al presunto padre biológico la facultad para impugnar la paternidad reconocida por el marido, tiene como base el interés de alcanzar el emplazamiento de familia a fin que lo ubique en su lugar de padre legal y, al mismo tiempo, garantizar el derecho del niño de acceder a la verdad de su origen biológico, que es lo esencial de dicha acción judicial. Krasnow, A. (2008)

Sobre la legitimidad del presunto padre biológico, existe jurisprudencia en el Perú que ha resuelto admitirlo como sujeto para impugnar la paternidad matrimonial en interés del hijo, aún cuando esta no haya sido contestada previamente por el marido de la madre como lo establece el artículo 396º del Código Civil anteriormente señalado. Tal es el caso recaído en la Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, sobre impugnación de paternidad matrimonial, en el cual la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en su Fundamento Décimo cuarto indicó que:

(...) resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal. (p. 8 - 9)

En el caso concreto, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y nulo el auto de vista, confirmando la sentencia de primera instancia que estimó amparar la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por el presunto padre biológico contra la madre y el marido de ésta, declarando inaplicable lo previsto en el artículo 396º y 404º del Código Civil, todo ello en razón a la protección del derecho a la identidad del menor, fundamentado a su vez en el principio del interés superior del niño.

Vargas, R. (2011) manifiesta que:

En efecto, la protección de la familia se conjuga con los principios de dignidad, igualdad, libre investigación de la paternidad, equidad de género, interés superior del niño, entre otros que dibujan el propio contenido de dicho interés constitucional (...). Entonces, si la protección de la familia es un fin legítimo, la restricción establecida para los hijos matrimoniales, en parte desnaturaliza el propio contenido de tal norma jurídica constitucional, en la medida que el medio confirma o más bien está orientado hacia una concepción ya desfasada del concepto de protección o interés familiar. (p. 193)

Tal como se ha señalado anteriormente, el principio de protección de la familia debe entenderse que trata de amparar tanto la familia que tiene su origen en el acto matrimonial como la unión de hecho que es de tipo extramatrimonial, lo cual se centra en tener un fin legítimo basado en la protección de los miembros de la familia y sobre todo de los hijos, los cuales merecen recibir la protección y el

cumplimiento de sus derechos fundamentales sin restricción o límite legal alguno. Por lo expuesto, es necesario un cambio legislativo sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial regulada en el Código Civil, el cual esté basado en que el fin principal de la presunción pater is est es proteger el derecho a la identidad del niño, y en mérito a ello se incorpore al presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial con todos los presupuestos procesales posibles y sin límite legal alguno a fin de determinar la verdad biológica del menor y establecer su vínculo paterno filial.

1.2.3.4 La prueba biológica de ADN

En todo proceso judicial sobre materia de filiación se discute la determinación de la existencia del vínculo biológico entre el hijo y su presunto padre biológico a fin de establecer jurídicamente el nexo filial, para lo cual se acude a la realización de la prueba biológica de ADN.

Mojica, L. (2003) sostiene que:

El derecho a conocer la verdadera filiación es el derecho a la identidad de la persona humana; en la actualidad y gracias a la ciencia el concepto jurídico de filiación legítima, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se encuentra ligado y al alcance de la verdadera y única realidad biológica.

El establecimiento con certeza de una paternidad o de una maternidad, ante las

instancias judiciales, reclama la existencia de normas que permitan que todo individuo sea tenido como hijo de quien biológicamente lo procreó o fecundó. En este orden de ideas, todo ordenamiento legal que obstruya el derecho a la verdad en los asuntos de filiación, atenta contra los derechos constitucionales. Conocer la verdad biológica frente a una supuesta paternidad o maternidad es un derecho y para ello se debe acudir al estudio científico que permite despejar toda duda con certeza absoluta. (p. 250 – 251)

La citada autora, señala además que:

El problema de la determinación de la paternidad es tan antiguo como la humanidad, y hasta 1900 el único criterio que permitía establecerla o negarla era el parecido físico, a todas luces un medio poco idóneo y totalmente arbitrario, que conducía a resultados subjetivos carentes de fiabilidad, y de todo fundamento legal y fáctico. (...)

Con los avances a los que ha permitido llegar la ciencia, la técnica ADN se utilizó por primera vez en 1987, en los Estados Unidos de Norteamérica, por un tribunal de la Florida. Esta técnica consiste en un estudio molecular que permite generar perfiles genéticos para así establecer si el presunto padre o madre debe ser incluido o excluido. La exclusión de la paternidad o de la maternidad mediante la técnica ADN es irrefutable. (p. 251 – 252)

Sin duda, la ciencia ha destacado por sus grandes avances y logros que

coadyuvan a esclarecer determinados hechos en materia jurídica con simplicidad y certeza, permitiendo otorgar convicción y confiabilidad en las decisiones de los órganos jurisdiccionales encargados de resolver estos tipos de procesos judiciales.

En ese sentido, Vargas, R. (2010) indica lo siguiente:

La prueba genética en términos generales, tiene por objeto establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial, que supone o que argumenta cualquier investigación paterno filial independientemente de la causa que se alegue, ya para establecer la filiación, ya para impugnarla, esto es, para ejercer cualquiera de las dos acciones que tiene el estado civil de una persona. (...) Precisamente, ese carácter científico del cual hoy está dotada la prueba genética, es materializado en los exámenes de ADN practicados a un individuo para determinar su compatibilidad genética con el presunto padre y además, si su determinación arroja una probabilidad superior al 99.9%. (...) (p. 129)

Por tales razones, la realización de la prueba genética de ADN cumple un papel indispensable como medio de prueba dentro de cualquier proceso de filiación, en este caso, en la impugnación de paternidad matrimonial, he ahí la importancia de su actuación en sede judicial.

La técnica genética se ha convertido en una prueba determinante en la decisión judicial que logra con el nivel científico que tiene desplazar la presunción de paternidad matrimonial o cualquier controversia sobre el vínculo filial de una

persona, demostrando de manera biológica quién es el padre o, en su caso, quién no lo es. Este tipo de pruebas tiene la naturaleza jurídica de carácter pericial debido a que se encuentra sustentada en un informe elaborado por un experto o especializado en la materia biológica. Varsi, E. (2004)

Así, Zapata, R. (2011) sostiene que:

La experiencia genética de investigación de paternidad no tiene un lugar específico dentro de la clasificación procesal de las pruebas, sin embargo mucho tiene que ver con la pericia por el hecho de ser realizada por terceros que gozan de conocimientos científicos, solvencia moral, ajenos al litigio y porque esclarecen al juzgador su razonamiento sobre puntos técnicos. (...)

El juzgador no puede reemplazar al técnico especializado e incursionar en un terreno tan espinoso, como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, desestimando los principios biológicos en los cuales se sustenta el informe pericial. (...) (p. 281)

Por tal razón, la aplicación de la prueba de ADN en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial otorga un resultado único e indubitable que genera convicción en el jugador para poder resolver la litis y determinar el verdadero vínculo filial del menor en aras de su derecho a la identidad.

También, Varsi, E. (1999) señala que en el sistema procesal civil peruano, la pericia es más que un medio de prueba que permite la obtención de elementos

que esclarezcan hechos controvertidos en el proceso, por lo que el juzgador se encarga de valorar dicho medio probatorio que resulta de gran importancia para resolver casos en materia de filiación. Por ello, la utilidad y aplicación de dicha prueba biológica en el ámbito de la investigación de la paternidad es indiscutida, puesto que, se ha llegado a considerar que es la única prueba de certidumbre, capaz de esclarecer dudas sobre el problema de parentesco consanguíneo.

Huerta, N. (2015) concluye lo siguiente sobre la regulación de la prueba de ADN en la normatividad jurídica civil peruana:

Está probado que con la integración de la prueba de ADN a nuestro ordenamiento Civil, se han modificado los criterios de determinación de la filiación. Hoy se puede establecer la filiación de una manera científica y segura, porque con el avance de la ciencia se han descubierto nuevas técnicas para determinar la paternidad, dentro de las que se encuentra la prueba del ADN; que provee certeza absoluta respecto del padre o madre biológico con una aproximación científica del 99.9%. En nuestro país con la dación de la Ley 27048 se admitió la prueba de ADN para reclamar la filiación extramatrimonial o negar por parte del marido la filiación matrimonial. (p. 145)

Mediante la ciencia biogenética se ha logrado descubrir y perfeccionar técnicas para investigar biológicamente la filiación de una persona. La prueba biológica de ADN tiene como sustento el análisis de los marcadores genéticos conformados por los cromosomas, el ácido desoxirribonucleico y genes. Esta prueba genética

es una gran molécula que representa la primera célula de identidad, un verdadero documento biológico que identifica a cada ser humano como único, por lo que los resultados obtenidos logran determinar con certeza absoluta la paternidad o la no paternidad, lo que se conoce como exclusión. Macedo, R. (2016)

Es pues, la prueba biológica de ADN un aporte científico que identifica la herencia biológica de cada persona, la configuración genética de sus progenitores y toda la información sobre sus características genéticas; lo cual sirve para determinar el vínculo consanguíneo entre personas y así poder establecer posteriormente el vínculo jurídico filial correspondiente.

Aguilar, B. (2016) expone los pasos de la realización de la prueba biológica de ADN:

Para realizar las pruebas de paternidad por medio del estudio del ADN, se utilizan de preferencia las células de la sangre por ser fáciles de obtener en buena cantidad, sin embargo se puede estudiar en cualquier otro tejido del organismo como raspado de mucosa oral, raíces del pelo, etc. Se requiere de preferencia una muestra de sangre de cada una de las 3 personas involucradas, madre, hijo y posible padre. Analizando este ADN como métodos de ingeniería genética, se obtiene un patrón de marcas o fragmentos de ADN específicas para cada persona. Este patrón se parece al código de barras de los productos. Se compara el patrón del hijo con el de la madre y del posible

padre. Cada una de las marcas del hijo tiene que encontrarse en el patrón de la madre o del padre. La prueba consiste en aparear las marcas del niño con las de la madre y del posible padre, si el niño tiene marcas que no tiene la madre ni el posible padre queda descartada su paternidad y maternidad, en cambio si tiene marcas que tiene el padre, entonces queda demostrado la paternidad.
(p. 378)

El ordenamiento jurídico peruano regula la carga de la prueba en relación a la acción de impugnación de paternidad matrimonial, mediante el artículo 370º del Código Civil:

La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. (...)
(p. 122)

Se ha señalado anteriormente que el artículo 363º del Código Civil establece supuestos o causales en los que procede la acción de impugnación de paternidad matrimonial, en base a ello, el marido presenta los medios de prueba pertinentes y necesarios para el proceso; siendo el último supuesto el referido a la prueba genética de ADN o cualquier otra prueba de validez científica, la misma que debe ser ofrecida por el marido con la finalidad de establecer la existencia de la filiación biológica del hijo de la mujer casada con el marido impugnante.

Este medio de prueba podrá ser ofrecido para sustentar cualquiera de los demás supuestos del artículo 363º del Código Civil. Bustamante, E. (2003)

El citado artículo 370º del Código Civil establece que la carga de la prueba en la impugnación de paternidad matrimonial le corresponde al marido; sin embargo, la incorporación en el Código Civil del presunto padre biológico como sujeto legitimado activo para la impugnación de paternidad matrimonial, sin restricción o límite legal expreso alguno y; lograr así un sistema de investigación de paternidad libre para los hijos reconocidos dentro del matrimonio, se ve restringido o limitado con lo establecido en el artículo 402º inciso 6, al regular lo siguiente:

Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

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

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. (p. 128)

Es preciso señalar que el artículo 402º del Código Civil refiere la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, la cual es solicitada como pretensión accesoria dentro del proceso de impugnación de paternidad

matrimonial. Este es un artículo que establece expresamente la prohibición de investigar la filiación del hijo de mujer casada, salvo que el marido hubiera contestado o impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable.

Aguilar, B. (2016) considera que toda normatividad debería tener en cuenta el presupuesto biológico de la procreación del hijo, que puede ser afirmado cuando se reclama, y negado cuando se impugna la paternidad. Con el logro de las pruebas biológicas se permite determinar positivamente y descartar con una certidumbre absoluta la paternidad. Asimismo, manifiesta que lo dispuesto en el artículo 402º inciso 6 del Código Civil es una reafirmación de la presunción paterna, lo cual va contra el derecho constitucional a la identidad; no se permite en estos casos demostrar la filiación de una persona superada por la verdad científica que produce el ADN.

Asimismo, Puga, M. (2015) refiere que con la disposición legal establecida en el artículo 402º inciso 6 del Código Civil, nuevamente, se estaría produciendo una afectación a derechos humanos concretos de los miembros de la familia, como lo son el derecho fundamental a la identidad del menor. Si bien la presunción paterna puede ser útil para determinados casos, el sistema jurídico civil debería estar acorde con el contexto actual y no ser restringido; ya que está afectando el derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial.

Por su parte, la jurisprudencia ha resuelto que la verdad biológica prevalece por la aplicación de la prueba biológica de ADN, amparando así el reconocimiento de

por parte del padre biológico, este es el de la Consulta N° 370-2005 – CHIMBOTE sobre impugnación de paternidad matrimonial, en el cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República indicó en el Fundamento Octavo, lo siguiente:

Que si bien no aparece de los presentes actuados que el codemandado don Antonio Modesto Hurtado Maringota haya iniciado la acción contestatoria de paternidad y que hubiera obtenido sentencia favorable, sin embargo, se ha sometido a la prueba de ADN con el objeto de llegar a la verdad de los hechos, habiéndose establecido que no es el padre biológico de la menor habida dentro del matrimonio con su cónyuge la codemandada, sino que resulta ser el actor.

(p. 2)

Por lo expuesto, la prueba biológica de ADN resulta ser un elemento probatorio de carácter indispensable en el marco de la investigación de la paternidad, debido a su alto nivel de aporte científico que otorga sobre la herencia genética de una persona. Por ello, la aplicación de dicha prueba dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial conlleva a ejercer una libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, y en tal sentido se realizaría la prueba de ADN a los justiciables sin restricción o limitación legal alguna a fin de desvirtuar con plena exactitud la presunción de paternidad matrimonial, conocer la verdad biológica del menor y reconocerle su verdadera filiación y en esencia, su derecho a la identidad.

1.2.3.5 Regulación Normativa de la impugnación de paternidad matrimonial en el derecho comparado

Como se ha sostenido anteriormente, la acción de impugnación de paternidad matrimonial es aquella que tiene por objetivo desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial pater is est mediante el desplazamiento o exclusión de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, la misma que puede ser interpuesta por el marido o también en ciertos casos por sus herederos o ascendientes, siempre y cuando se cumpla con cualquiera de los supuestos o causales establecidas por el Código Civil Peruano y con la carga de la prueba.

En virtud a ello, se ha considerado importante analizar la regulación normativa de la acción de impugnación de paternidad matrimonial de algunas legislaciones a fin tener conocimiento de la protección y defensa del derecho a la identidad del menor mediante esta acción de filiación matrimonial. De esa manera, se procedió a revisar la regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en los Códigos Civiles de los países de Argentina, Venezuela, Costa Rica, Chile y Colombia; de los cuales se observará cómo regulan la presunción de paternidad matrimonial, los sujetos activos de la acción de impugnación matrimonial y el medio de prueba.

En el país de Argentina, el Código Civil regula la presunción de paternidad matrimonial de la siguiente forma:

Artículo 566º.- Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. (...) (p. 101)

Sobre la prueba en contrario que señala el citado artículo, surge la acción de impugnación de paternidad matrimonial; la misma que se dirige a desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial y está regulada mediante los siguientes artículos del Código Civil Argentino:

Artículo 589º.- El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos. (p. 104)

Artículo 590º.- La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por

cualquier tercero que invoque un interés legítimo. (p. 104)

Se observa que la acción de impugnación de paternidad matrimonial puede interponerse en base a dos motivos: alegando que el marido no es el padre del hijo reconocido dentro del matrimonio o por la existencia de pruebas que acreditan la exclusión de la paternidad establecida, utilizando las pruebas que el impugnante crea conveniente o amparado en el interés del menor. Se legitima activamente al marido, a la madre, al hijo y hasta a un tercero que invoque interés legítimo; lo cual permite que la verdad biológica del menor sea impugnada por personas que tienen una necesidad o interés jurídico legítimo sobre la filiación del menor, como el presunto padre biológico, y así con aquella investigación de paternidad sin límite, restricción o condición legal alguna, se ampara de forma efectiva el derecho a la identidad del menor.

Sobre el medio de prueba, el Código Civil Argentino regula, entre otras pruebas, de forma expresa a la prueba genética para todas las acciones de filiación:

Artículo 579º.- En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte. Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos. Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente. (p. 103)

Con el establecimiento expreso de la prueba genética para cualquier acción de filiación, se entabla un proceso judicial que garantice ante todo el derecho a la identidad del menor debido a que se determinará su verdadero origen biológico a través de la aplicación de la prueba genética, la cual resulta ser la más idónea para estos tipos de procesos judiciales.

Por otro lado, en la legislación civil de Venezuela se regula a la presunción de paternidad matrimonial en el siguiente artículo:

Artículo 201°.- El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquel, o que en ese mismo período vivía separado de ella.
(p. 29)

Esta paternidad matrimonial está basada en una presunción y en una negación de la misma, mediante la prueba de la imposibilidad de acceso físico entre los cónyuges en el tiempo de concepción del hijo. En mérito a dicha presunción de paternidad matrimonial, el Código Civil regula la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial o denominada también impugnación. Lloveras, N. (2007)

Artículo 202º.- Si el hijo nació antes de que hubiesen transcurrido ciento ochenta (180) días después de la celebración del matrimonio, el marido y después de su muerte, sus herederos, podrán desconocerlo con la simple prueba de la fecha del matrimonio y la del parto, salvo en los casos siguientes:

1º Si el marido supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa.

2º Si después del nacimiento el marido ha admitido al hijo como suyo, asistiendo personalmente o por medio de mandatario especial a la formación del acta del nacimiento, o comportándose como padre de cualquier otra manera.

3º Cuando el hijo no nació vivo. (p. 29)

En este caso, se aprecia que el Código Civil Venezolano establece como titular de la acción de impugnación de paternidad matrimonial al marido, y después de su muerte, a sus herederos; sujetos que no serían los únicos que ostenten un interés legítimo para impugnar la paternidad matrimonial como se ha señalado antes, por lo que se puede afirmar que al imponer expresamente que solo de ellos depende establecer la verdadera filiación del hijo, se estaría vulnerando su derecho fundamental a la identidad. Respecto al medio probatorio que corresponde aportar en el proceso de impugnación, la legislación civil venezolana no especifica con exactitud el medio de prueba, solo indica que el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquel, o que en ese mismo período vivía separado de ella, por lo que queda a criterio

del marido cómo probar que el hijo reconocido como suyo no es de él.

Según Baquero. I. y Cruz, C. (2002) señalan que toda legislación establece lo que es la filiación matrimonial y regula todo lo pertinente sobre este tipo de filiación, sin embargo en los Códigos Civiles de Argentina y Venezuela se advierte que no se hace de manera expresa, aunque en estos existen normas legales de las cuales permiten inferir el significado de la filiación matrimonial y los diferentes aspectos de su regulación normativa.

Se ha indicado que en la filiación matrimonial surge una relación paterno filial derivada de la institución matrimonial, la cual es regulada por cada ordenamiento jurídico civil, pero existen ciertas legislaciones civiles como Argentina y Venezuela que no especifican expresamente todo lo que comprende la regulación de dicha institución jurídica, a comparación del Código Civil Peruano que establece dentro de una sección todo lo concerniente a la filiación matrimonial.

Por su parte, el país de Costa Rica regula a la relación paterno filial dentro del Código de Familia y establece a la presunción de paternidad matrimonial en el siguiente artículo:

Artículo 69º.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la

reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

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

- a) Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal. (p. 12)

Artículo 70º.- En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo. (...) (p. 12)

Aquí, se establece más supuestos sobre la presunción de paternidad matrimonial, admitiendo igual prueba en contrario que logre desvirtuar dicha presunción como en las demás legislaciones, para lo cual se ejercita la acción de impugnación de paternidad que pretende el desplazamiento del marido que reconoció al hijo, la misma que se encuentra regulada en el siguiente artículo:

Artículo 72º.- La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, por sus herederos en

los casos previstos en el artículo 74, excepto lo dicho en el artículo anterior.

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

Artículo 73º.- La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador. (p. 13)

Artículo 92º.- La calidad de padre o madre se puede establecer mediante la posesión notoria de estado del hijo por parte del presunto padre o madre, o por cualquier otro medio de prueba.

Se presume la paternidad del hombre que, durante el periodo de la concepción, haya convivido, en unión de hecho, de conformidad con lo indicado en el Título VII de este Código. (p. 16)

Para esta acción judicial, el Código de Familia de Costa Rica otorga la facultad como sujeto activo al marido o a su apoderado, herederos y hasta a un curador

según los supuestos descritos. Sobre la prueba, se admite cualquier medio de prueba, pero le otorga a la posesión notoria de estado una especial consideración. Además, la convivencia durante el tiempo de la concepción haría presumir la paternidad. Lloveras, N. (2007)

En esta legislación, si bien se permite el ofrecimiento de cualquier prueba que acredite o desvirtúe la paternidad del menor reconocido dentro del matrimonio, no se ha regulado al presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar dicha paternidad reconocida por el marido, lo cual limita la realización de la investigación de la paternidad del hijo matrimonial y proteger así el derecho a la identidad del menor al no considerar que posiblemente pueda presentarse el supuesto de hecho referido a que el presunto padre biológico tenga la legitimidad o capacidad legal como titular del derecho para impugnar la paternidad matrimonial.

De otro lado, el Código Civil Chileno regula la presunción de paternidad matrimonial en el siguiente artículo:

Artículo 184°.- Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o el divorcio de los cónyuges. No se aplicará esta presunción respecto del que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si el marido no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente su paternidad. La acción se ejercerá en el

plazo y forma que se expresa en los artículos 212 y siguientes. Con todo, el marido no podrá ejercerla si por actos positivos ha reconocido al hijo después de nacido. (p. 28)

Al respecto, Sánchez, V. (2009) indica que el marido puede desconocer la paternidad por vía de la acción de impugnación:

1. Cuando el hijo nace dentro de los 180 días siguientes al matrimonio. En este caso el marido tiene la acción de desconocimiento de la paternidad, que es una acción de impugnación de la paternidad de corto tiempo que debe interponerse dentro de los 180 días siguientes, fundada en que el marido no tenía conocimiento del estado de embarazo de la mujer al momento de casarse, así lo dispone el artículo 184, inciso 2º, del Código Civil: “no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse y desconoce judicialmente la paternidad”.
2. Respecto de los hijos que nacen después de los 300 días de decretado el divorcio o separación judicial de los padres. (p. 55)

Aquellos dos supuestos son los que se pueden alegar y comprobar para excluir la paternidad matrimonial reconocida a través de la acción de impugnación regulada en los siguientes artículos:

Artículo 212º.- La paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio podrá ser impugnada por el marido dentro de los ciento ochenta días siguientes

al día en que tuvo conocimiento del parto, o dentro del plazo de un año, contado desde esa misma fecha, si prueba que a la época del parto se encontraba separado de hecho de la mujer. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente; a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto. Si al tiempo del nacimiento se hallaba el marido ausente, se presumirá que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de la mujer; salvo el caso de ocultación mencionado en el inciso precedente. (p. 31)

Artículo 213º.- Si el marido muere sin conocer el parto, o antes de vencido el término para impugnar señalado en el artículo anterior, la acción corresponderá a sus herederos, y en general, a toda persona a quien la pretendida paternidad irrogare perjuicio actual, por ese mismo plazo, o el tiempo que faltare para completarlo. Cesará este derecho, si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento público. (p. 31)

Artículo 214º.- La paternidad a que se refiere el artículo 212 también podrá ser impugnada por el representante legal del hijo incapaz, en interés de éste, durante el año siguiente al nacimiento. El hijo, por sí, podrá interponer la acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad. (p. 31)

La legislación civil de Chile regula como sujeto legitimado para interponer la acción de impugnación de paternidad matrimonial al marido o a sus herederos y

a cualquier otra persona que le cause perjuicio la incertidumbre de la filiación, siempre y cuando el marido hubiese fallecido. También se regula al representante legal del hijo declarado incapaz a fin que proceda a interponer la acción de impugnación en interés y protección del menor, dicha consideración legal permite salvaguardar el derecho a la identidad del menor, sin embargo, se considera que dicho sistema civil no permite del todo una investigación de paternidad del hijo reconocido como matrimonial.

Acerca de los medios probatorios, el Código Civil Chileno ha establecido lo siguiente:

Artículo 198º.- En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte. (p. 30)

Artículo 199º.- Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico. La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil. (p. 30)

La actividad probatoria regulada para estos tipos de procesos judiciales no tiene restricción alguna, las partes procesales pueden ofrecer o presentar los medios

probatorios que consideren necesarios y pertinentes. Se ha regulado además, la prueba genética de ADN como pericia biológica y su realización en el Servicio Médico Legal o en otro laboratorio encargado de llevar a cabo dicha pericia. Tales disposiciones legales establecen libertad probatoria para las diferentes acciones de filiación que regula el Código Civil y permite que se realice un proceso de impugnación de paternidad con garantías procesales eficientes para determinar la verdad biológica del menor y otorgarle la debida protección a su derecho a la identidad; no obstante difiere con la regulación de los sujetos legitimados para el ejercicio de dicha acción de impugnación de paternidad matrimonial.

Finalmente, en la legislación del país de Colombia, mediante la Ley N° 1060 de 2006, la presunción de paternidad matrimonial ha sido establecida de la siguiente manera:

Artículo 213º.- El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad.

Artículo 214º.- El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001. (p. 1)

Como toda presunción matrimonial, admite prueba en contrario, es ahí donde surge la acción de impugnación de paternidad matrimonial, la cual se encuentra regulada por los siguientes artículos:

Artículo 217º.- El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Artículo 218º.- El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la

presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre. (p. 2)

El ordenamiento jurídico de Colombia ha marcado una gran diferencia legislativa en materia de filiación, pues a diferencia de otros países, la legislación colombiana establece expresamente que el presunto padre biológico pueda impugnar la paternidad ya determinada por el marido. Así también, considera a la prueba científica como medio idóneo y eficaz para la resolución de dicho proceso judicial; todo ello se ha regulado con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del menor.

En definitiva, se puede afirmar que la mayoría de las legislaciones civiles mantienen en vigencia, cada una bajo sus propios lineamientos legales, la presunción de paternidad matrimonial *pater is est*, la misma que admite prueba en contrario y, para ello se ejerce la acción de impugnación de paternidad matrimonial; la cual es regulada por cada Código Civil, con sus respectivas diferencias, pero con el mismo fin de excluir o desvirtuar la paternidad matrimonial reconocida o determinada por el marido. La importancia radica en la regulación de ciertos Códigos Civiles como el Código Civil de Argentina y Colombia, sobre la aplicación de la prueba biológica de ADN u cualquier otra prueba genética y el reconocimiento legal expreso del sujeto legitimado activo concedido a cualquier persona que tenga interés legítimo, entre los cuales puede incluirse al padre biológico, quien puede entenderse como un tercero con interés legítimo; sin estar restringido o limitado procesalmente por la presunción *pater is*

est; con ello se logrará una auténtica y máxima protección jurídica del derecho a la identidad del menor.

1.3 DEFINICIONES DE TÉRMINOS BÁSICOS

- **Derecho a la Identidad:** El autor Flores, P. (2014) señala lo siguiente:

El derecho a la identidad reconocido universalmente como derecho fundamental del ser humano, engloba una conjunción de rasgos particulares y únicos que definen a la persona como un ser existente y aceptado dentro de un determinado campo social y real. (p. 5)

- **Filiación:** Según el autor Nina, V. (2011) manifiesta que:

La filiación es una institución del derecho de Familia que consiste en la relación paterno y materno filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La Filiación, sin embargo debe de ser entendida como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos. (p.15)

- **Filiación Matrimonial:** Según el autor Varsi, E. (2013):

Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles no. (p. 125)

- **Impugnación de Paternidad Matrimonial:** La autora Lloveras, N. (2007) afirma:

La acción de impugnación de la paternidad tiene como objetivo atacar las presunciones existentes por padre al marido de la madre, y cuyo efecto es desplazar del estado de padre matrimonial al cónyuge de la madre. La legitimación activa corresponde al marido, los herederos del esposo, los ascendientes de esposo. (p. 314)

- **Presunción de Paternidad:** Conforme señala Cornejo, H. (1999):

El Derecho afronta la primera hipótesis con una antigua presunción, según la cual *pater is esst quem nuptiae demonstrant*, o, dicho en otros términos, el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido. De aquí que la presunción sea *juris tantum* solamente en los casos y circunstancias en que la ley permite la impugnación por el marido. (p. 366)

- **Verdad Biológica:** Según Wong, J. (2016) es:

El derecho a la verdad biológica lo podemos entender como aquel que nos asiste para conocer nuestro origen e identidad filiatoria. En tal sentido, un medio probatorio esencial para establecer la verdad biológica, como es fácil imaginar, resulta ser la prueba de ADN. (p. 135)

- **Sujeto legitimado:** Según Viale, F. (2013) señala que:

Trata sobre la legitimidad para obrar referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en su resultado. (p. 31)

- **Investigación de la paternidad:** Según Guzmán, M. (1996) es la acción que doctrinariamente se le reconoce como un derecho inherente a la persona, el cual permite a una persona indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación.

CAPÍTULO II

FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

2.1 Hipótesis Principal:

La normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor mediante límites legales expresos referidos al titular de la acción procesal y a la aplicación de la prueba de ADN.

2.2 Hipótesis secundarias

- El accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil en base a la existencia restrictiva de la presunción pater is est.
- La limitación de la aplicación de la prueba de ADN por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico no es razonable debido al alto nivel científico que tiene dicho medio de prueba para resolver estos tipos de casos.
- Es necesario permitir la regulación del presunto padre biológico como sujeto legitimado para accionar la impugnación de paternidad matrimonial sin ningún límite legal.

CAPÍTULO III

DISEÑO METODOLÓGICO

3.1 Diseño de la investigación

- **DISEÑO:** El diseño que se desarrolló y aplicó en la presente investigación consistió en un diseño no experimental, debido a que solo se ha observado aspectos legales, doctrinarios y casuísticos sobre el tema materia de investigación, con la finalidad de analizarlos.
- **NIVEL:** La presente investigación es de nivel documental porque se reunió, seleccionó y analizó datos que han estado en documentos producidos por la sociedad. Es también de nivel descriptivo, debido a que se ha realizado una descripción de la realidad en todos sus componentes principales y, finalmente es de nivel propositivo, porque se buscó brindar una propuesta normativa que permita regular, de la manera más adecuada, los casos donde se presente el supuesto de hecho planteado sobre impugnación de paternidad matrimonial.
- **TIPO:** De acuerdo al enfoque metodológico, la presente tesis es de tipo básico porque es una investigación fundamental en teorías, dedicada al desarrollo de principios y leyes. Asimismo, es de tipo cualitativo debido a

que se analizó la legislación civil y constitucional peruana, así como otros textos legales y casos judiciales sobre el tema de investigación.

- **MÉTODO:** El método que se utilizó fue el método mixto, puesto que se partió de casos particulares para llegar a conocimientos generales sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia del tema estudiado en la presente investigación, así como se analizó teorías y principios jurídicos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios.

3.1 Técnicas para la Recolección de Datos

3.2.1 Descripción de las técnicas e instrumentos

Las técnicas o herramientas para la recolección de la información en la presente investigación, fueron la Técnica de la Observación Directa y la Técnica de Análisis de Contenido, las mismas que resultaron ser idóneas para lograr el cumplimiento de los objetivos establecidos. En tal virtud, permitieron recolectar los datos precisos para lograr los objetivos de la investigación.

Es preciso señalar que, la Técnica de la Observación consistió en que el investigadora examinó un hecho o fenómeno a fin de analizar las diferentes características del acontecimiento a investigar, siendo partícipe directo de lo que sucede dentro de un contexto determinado. Mientras que la Técnica de Análisis de Contenido consistió en que el investigadora estableció las características de

un documento fuente de información y en base a ello analizó la información existente sobre el tema, mediante fichas de resumen para ordenar y clasificar el material recopilado.

3.2.2 Confiabilidad y Validez del instrumento

Las técnicas de recolección de datos antes indicadas, han sido aplicadas y desarrolladas personal y directamente por la investigadora durante todo el desarrollo del proceso de la presente investigación, lo cual representó validez y confiabilidad.

3.3 Aspectos éticos

El trabajo de investigación se realizó con el debido respeto a la propiedad intelectual, por lo que se cumplió con elaborar las citas y referencias bibliográficas correspondientes de todos los autores consultados.

CAPÍTULO IV

LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR RECONOCIDO COMO HIJO MATRIMONIAL POR EL CÓDIGO CIVIL

Conforme al análisis teórico desarrollado en la presente investigación, se ha señalado que el derecho a la identidad constituye uno de los derechos fundamentales de la persona, el cual se encuentra ligado estrechamente con el establecimiento de la relación paterno filial, generándose así una serie de efectos jurídicos que comprende tanto derechos como deberes de índole familiar que resultan ser importantes para la persona.

El establecimiento de la relación paterno filial tiene como objeto determinar quiénes son los progenitores de una persona, es decir, el origen biológico o la ascendencia y descendencia genética de una persona. Siendo que, en estos casos, se encuentra de por medio, la determinación de la filiación de un menor de edad, un niño o un adolescente, que, en mérito del conocimiento de su origen biológico, se busca garantizar el derecho a su identidad y, por ende, otros derechos derivados de éste, así como los efectos o consecuencias jurídicas propias de la relación paterno filial.

Cuando la filiación del menor es discutida es sede judicial, se pretende unificar la verdad o realidad biológica con el vínculo jurídico filial. Así, Bravo, G. (2016) señala que:

En las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial, entre los derechos del niño involucrados y sobre los que debe tratarse para delimitar una fórmula que asegure su cumplimiento y su prevalencia en la controversia, se identifican el derecho a la identidad, proyectado en la Convención a través del derecho del niño a conocer a sus padres (artículo 7 CDN) y a preservar su identidad (artículo 8 CDN); y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez (artículo 12 CDN).
(p. 81 - 82)

El derecho a la identidad del menor es el derecho esencialmente analizado dentro de un proceso judicial sobre la materia de filiación, pues éste está involucrado dentro de la determinación de la filiación de una persona, exactamente este derecho forma parte de la filiación. En ese sentido, a nivel internacional, a través de la Convención de los Derechos del Niño, se ha reconocido el derecho a la identidad del menor, tratando de conseguir su máxima protección ante cualquier situación donde sea expuesto tal derecho. Dicha Convención señala expresamente el reconocimiento del derecho del niño a conocer a sus padres, el cual está comprendido dentro del derecho a la identidad y, señala además, que se debe respetar el derecho del niño a preservar su identidad, lo cual permite entender que resulta de gran importancia que el derecho a la identidad del menor sea protegido y privilegiado ante toda situación.

4.1 El derecho a la identidad del menor en su dimensión estática

Se ha afirmado que el derecho a la identidad goza de un contenido amplio y

complejo, ya que es un derecho que comprende todos aquellos rasgos o atributos de diferentes aspectos que caracterizan a una persona y que sirven para reconocerla como única e individualizarla o identificarla dentro de la sociedad. Se ha señalado además, la importancia que tiene este derecho debido a que permite lograr una plena realización de la persona y por ello recibe una amplia protección del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dentro de todo ese contenido que comprende el derecho a la identidad, la doctrina apunta en distinguirlo en dos dimensiones: dimensión estática y dimensión dinámica. Aquí es importante señalar lo sostenido por Fernández, C. (1992), el cual indica que la identidad estática, llamada también primaria o física es aquella referida a los primeros rasgos personales visibles y que generan una primera e inmediata visión de cada individuo, tales como la identidad genética o filiación, nombre, nacionalidad, sexo, imagen y otras características físicas que distingan a una determinada persona de las demás, atributos que no varían con el tiempo; aunque excepcionalmente, podrían llegar a modificarse mediante pronunciamiento judicial, como por ejemplo el cambio de nombre. Esta dimensión se relaciona básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto y son estables durante toda la existencia de la persona. Por otro lado, la identidad dinámica es aquella que se refiere a los atributos vinculados a la posición profesional, religiosa, ética, política, así como los rasgos psicológicos y valores de cada persona, es decir todo lo asociado a su plan de vida relacionado a la identificación personal del sujeto proyectado hacia el exterior. Esta faceta de la identidad complementa a la identidad estática y varía según el desarrollo personal y la maduración de la persona.

Esta doble vertiente o dimensión abarca todos los atributos o particularidades que pueden identificar a una persona como tal dentro de la sociedad, los cuales le permiten definir su desarrollo personal y lograr la plena satisfacción de este derecho y otros derechos derivados como el derecho al nombre, que todo menor conozca a sus progenitores, la ciudadanía, entre otros. Es por ello que, el derecho a la identidad es un derecho inherente a la personalidad del ser humano.

En este trabajo de investigación se pretende defender el derecho a la identidad del menor discutido dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial, es decir, se analiza desde el punto de vista de la dimensión estática, puesto que ésta implica lo que es el conocimiento de la verdad biológica del menor o de sus progenitores a fin de establecer su adecuada filiación, una relación jurídica filial que vaya acorde con su realidad biológica, garantizando así el derecho que tiene todo menor de conocer a sus progenitores, para ser cuidados por ellos y recibir de éstos, todos los derechos que se generan de la institución jurídica de la filiación. La importancia de la dimensión estática radica en que proteger el derecho que tiene todo menor de conocer a sus verdaderos padres, conocer el origen genético o biológico con la finalidad de determinar correctamente los efectos legales que le corresponden tanto a los padres como al hijo.

De esa manera, Bravo, G. (2016) sostiene que:

Partiendo de la idea de que la identidad del individuo posee una configuración dual, no puede considerarse que una de sus dimensiones excluya a la otra, es

decir, que la identidad de origen o estática prevalezca en importancia a la identidad que se adquiere en el devenir histórico del individuo. (p. 83)

Al comprender la identidad de la persona diversos elementos que la individualizan como tal dentro de la sociedad y debido a la existencia de diferentes casos donde se discute la filiación del menor como se ha referido anteriormente en las bases teóricas, se llega a afirmar no siempre prevalece o se hace cumplir el derecho a la identidad visto desde la dimensión estático, debido a que cada caso en particular presenta diferentes hechos que pueden permitir u obstaculizar que se concrete el conocimiento del verdadero origen genético del menor. He ahí la actuación discrecional del juzgador para determinar qué es lo mejor para el derecho a la identidad, en beneficio del menor.

Por otra parte, Plácido, A. (2008) señala lo siguiente:

A la identidad estática que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de esta (...).

Uno de esos elementos dinámicos es el referido a las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. (p. 55)

Desde el inicio de la vida humana surgen los rasgos característicos de la persona que desarrolla la identidad estática, entre ellos, el conocimiento del origen biológico del menor o su filiación; y, con el transcurrir del tiempo, el menor va adquiriendo otros rasgos que permitirán desarrollar su personalidad y que están comprendidos dentro de la dimensión dinámica. Dentro de estos rasgos dinámicos, se puede apreciar que se encuentran las relaciones familiares, las cuales surgen tras el conocimiento de quiénes son los padres del menor, pues es la manera ideal de formar la unión de lazos familiares y de relaciones parentales que consolidan a la familia.

El derecho a la identidad del menor recibe una amplia protección desde el enfoque de la dimensión estática, pues es un factor elemental y trascendental para el menor, el conocer a sus progenitores, a ello se agrega, el surgimiento de las relaciones familiares, especialmente, la relación paterno filial, y las demás consecuencias jurídicas producto de dicha relación.

Garriga, A. citado por Vargas, R. (2011) sostiene que:

(...) el derecho a conocer la filiación de origen es inherente a la persona en la medida que se encuentra vinculada con la identidad, que es el conjunto de caracteres por los cuales el individuo define su personalidad propia y se distingue de sus semejantes, por lo cual, privar a un individuo del conocimiento de su origen supone negarle uno de los elementos que constituyen su identidad, a partir del cual se distingue de los demás y que le permite individualizarse con relación con aquellos de los que proviene. (p. 116)

Debido al contenido que engloba la dimensión estática, es que la filiación está relacionada íntegramente con el derecho a la identidad del menor; es por ello que cuando se discute la filiación del menor se pretende proteger y cumplir un derecho fundamental que permitirá ser base y cooperación de su desarrollo personal. Los casos de filiación implican un asunto delicado por resolver, en el cual es importante hacer prevalecer la protección de este derecho que tiene el menor, realizando un análisis de todo lo que esté a favor y en contra de este derecho que goza el menor, para así otorgarle ante todo, el cumplimiento de su derecho de conocer a sus progenitores y el bienestar de su desarrollo personal.

Así, se afirma también que, ambas dimensiones están relacionadas entre sí y resultan ser importantes por igual, en tanto a que la persona tiene diversos rasgos característicos que permiten identificarla. Siendo que, en cada caso se analizará los hechos expuestos y pruebas presentadas a fin de determinar lo más beneficioso para el menor, buscando siempre salvaguardar su derecho a la identidad sustentado desde su verdadero origen biológico o filiación. La práctica judicial presenta diferentes situaciones sobre la determinación de la filiación de un menor, donde está de por medio el derecho a la identidad del menor claramente desde el punto de vista estático, el cual no se puede ver afectado por aspectos, razones, hechos, otros derechos, etc. Al contrario, cada análisis del caso en materia de filiación, es un tema delicado donde actúa la flexibilidad y criterio pertinente del juez para proteger este derecho fundamental de la persona, sobre todo en estos casos donde está de por medio el desarrollo de la personalidad del menor.

4.2 Reconocimiento jurídico del derecho a la identidad del menor

El derecho a la identidad es reconocido a nivel de derecho fundamental de la persona, siendo que, para el caso del menor de edad, también recibe este derecho una protección especial por parte del ordenamiento jurídico. En tal razón, la protección jurídica que se le otorga a este derecho tiene una superior y valiosa importancia para el desarrollo de la persona, más aún para el beneficio y cumplimiento de los derechos del menor, dado que éste se encuentra en pleno desarrollo de su personalidad.

La actual Constitución Política del Perú reconoce expresamente al derecho a la identidad en el artículo 2º inciso 1, al establecer lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (...)”. (p. 7)

De forma amplia y genérica, la Constitución peruana reconoce al derecho a la identidad, de allí que la importancia de este derecho se ha convertido en grado de derecho fundamental y, en base a ello, debe darse su protección y cumplimiento como derecho esencial para toda persona; lo cual va acorde con el respeto a su dignidad, ya que el derecho a la identidad comprende diversos aspectos que forman la personalidad y caracterizan como tal a un persona dentro de la sociedad. En el caso del menor, el Código de los Niños y Adolescentes, establece en el artículo 6º, que:

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 (...). (p. 715 - 716)

La normatividad civil especializada en el derecho de familia a través del Código de los Niños y Adolescentes, ha consagrado la regulación del derecho a la identidad del menor, señalando expresamente qué es lo que esencialmente éste comprende y, como se aprecia, se encuentra señalado que el menor, en la medida de lo posible conozca a sus padres, debido a que como se ha indicado anteriormente, cada caso de filiación que presenta en la realidad sociojurídica es especial y delicado, por ello se realiza debidamente un análisis con el fin de salvaguardar ante todo el derecho a la identidad del menor.

Asimismo, el derecho a la identidad del menor se encuentra protegido por normas internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual señala en su artículo 7º inciso 1, que:

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
(p. 11)

Este cuerpo normativo internacional recoge todos aquellos derechos fundamentales del menor para el adecuado desarrollo de su infancia y que deben ser protegidos por los Estados firmantes, como es el caso del Estado peruano que ha ratificado dicha Convención, por lo que se encuentra obligado a garantizar el cumplimiento del derecho a la identidad del menor. Se busca con ello lograr el beneficio del menor, el mismo que se dará con el cumplimiento de sus derechos reconocidos legalmente.

Tal como se ha indicado, el derecho a conocer a sus padres forma parte del derecho a la identidad y, al ser reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, significa la gran importancia jurídica que impacta este derecho en el desarrollo del menor, por esto, cada caso en concreto donde esté involucrado el menor, corresponde evaluarlo con la debida atención y aplicación de las normas de la materia, así, según sea el caso, se buscará proteger el derecho a la identidad del menor en el aspecto estático del conocimiento de sus progenitores.

También, el artículo 8º del mismo cuerpo normativo señala que:

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

y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

(p. 12)

Para el pleno cumplimiento y protección del derecho a la identidad del menor, el Estado peruano está en toda la potestad de adoptar las medidas necesarias y pertinentes que permitan lograr el respeto de dicho derecho fundamental del menor. Proteger los derechos del menor, genera que se promueva y proteja los derechos que son importantes en la etapa de la infancia, y que posteriormente, conllevarán a una plena y apropiada realización personal de dicho menor. En ese sentido, el derecho a la identidad del menor cumple un rol vital para el desarrollo personal del menor que comienza a formarse durante su infancia, por ello recibe un reconocimiento y protección jurídica especial.

Se afirma entonces, que el derecho a la identidad del menor tiene una amplia protección y reconocimiento jurídico por normas tanto a nivel de derecho interno como a nivel internacional; lo cual conlleva a que el Estado, operadores jurídicos, instituciones, entre otros, respeten tal derecho y ejerzan todo lo posible para su cumplimiento, debido a que el menor de edad merece una protección normativa especial respecto a sus derechos que, desde las etapas de niñez o infancia y adolescencia, necesitan un desarrollo beneficioso y ello se materializa con hacer efectivo el cumplimiento de sus derechos fundamentales como lo es el derecho a la identidad.

4.3 La deficiente regulación normativa civil en relación al derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial

La filiación del menor es un tema que forma parte de su derecho a la identidad, por lo que en toda controversia judicial en materia de filiación deberá buscarse la máxima protección del conocimiento de su origen biológico, conforme a las normas antes señaladas.

Se ha señalado en las bases teóricas, el reconocimiento del hijo matrimonial surge en mérito a la presunción de paternidad matrimonial denominada *pater is est*, la cual se sustenta en que el hijo provenga del matrimonio de sus progenitores y que su nacimiento surja dentro del plazo establecido por ley, es decir, por lo indicado en el artículo 361° del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. (p. 200)

El Código Civil regula la institución jurídica de la filiación y establece que la filiación matrimonial sea determinada por una presunción legal llamada *pater is est* o presunción de paternidad matrimonial, la cual refiere un período para el nacimiento del hijo y así éste sea considerado o reconocido como hijo matrimonial, y sobre ello, es aplicable todos los aspectos regulados por el Código Civil para la filiación matrimonial sobre las acciones judiciales de filiación.

Se ha señalado además que, esta presunción responde a lo que se generaba desde el origen romano, donde la familia matrimonial estaba envuelta de una protección jurídica especial y, consecuentemente, los hijos matrimoniales eran los que recibían un trato normativo importante y regido por teorías, principios, aspectos sociales, deberes conyugales, y sobre todo, por lo establecido por la

presunción de paternidad matrimonial. Sin embargo, el establecimiento de dicha presunción no va más allá de lo que la realidad socio jurídica actual presenta, simplemente trataba de proteger al matrimonio como única fuente generadora de familia.

Al respecto, Vargas, R. (2011) refiere que:

La presunción protegería el derecho a la identidad del hijo, antes que la protección de la familia. Si bien el derecho a la identidad y el principio de protección de la familia tienen sustento constitucional, creemos que la presunción “pater is est” debiera proteger el derecho del niño.

Y es que tenemos que tener en cuenta que la noción de familia como institución permanente integrada por personas cuyos vínculos derivan del matrimonio y el parentesco, ha evolucionado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia señalan la existencia de modelos de familia alternos al tradicional, basado en el matrimonio, la filiación y el parentesco. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la familia, en tanto instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. (p. 153)

Tal como sostiene la citada autora, la institución familiar ha variado con el tiempo respecto a los tipos o modelos de familia que existen, y así surgen de la realidad social nuevos hechos dentro de diferentes contextos donde no resulta correcto que se determine la filiación del menor en base a lo estipulado por una presunción legal.

Si bien es cierto, en un principio, la regulación normativa de la presunción de paternidad matrimonial buscó amparar que bajo la figura matrimonial se proteja a los hijos procreados dentro del matrimonio, no se ha considerado el surgimiento de hechos que ponen en manifiesto que el hijo reconocido como matrimonial no es realmente hijo biológico del marido, es decir, que en base a una presunción legal, se estableció erróneamente el origen biológico o el verdadero progenitor de aquel menor.

Siguiendo esa línea de pensamiento, se puede inferir que la regulación del Código Civil en materia de filiación matrimonial no protege íntegramente el derecho a la identidad del menor. Así, Varsi, E. (2004) sostiene que en el Código Civil existe limitaciones o restricciones establecidas por ciertos dispositivos legales que regulan la acción judicial de filiación matrimonial referida a la impugnación, esto se genera en razón a la presunción de paternidad matrimonial, puesto que su contenido no cumple con proteger del todo el derecho a la identidad del menor que ha sido reconocido como hijo matrimonial, al existir casos o situaciones donde éste no es realmente hijo del marido, pero según dicha presunción, corresponde otorgarle dicha paternidad.

De ese modo, se entiende que, de cierta manera, bajo el sustento de la presunción de paternidad matrimonial, existen dispositivos legales que estarían vulnerando el derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial al desconocer éste a su verdadero progenitor; allí surge la realidad problemática que enfoca este trabajo de investigación.

La postura de la investigadora es defender el derecho a la identidad del menor que ha sido reconocido como hijo matrimonial, el cual su paternidad ha sido asignada al marido cuando realmente a éste no le corresponde biológicamente, creando un vínculo de filiación ficticio, pues la verdad biológica del menor no coincide con el reconocimiento jurídico del marido; y conforme se ha señalado anteriormente, el derecho que tiene el menor de conocer a sus progenitores y que se preserve su derecho a la identidad, no puede verse perjudicado por ocultar su verdadero origen biológico y determinar su paternidad o relación paterno filial a una persona que no lo es.

La presunción paterna es una presunción que admite prueba en contrario según se advierte de la regulación del Código Civil, sin embargo, establece expresamente ciertas limitaciones para la acción de impugnación de paternidad que condicionan el establecimiento de la filiación del hijo matrimonial, desprotegiendo así el derecho a la identidad del menor.

CAPÍTULO V

LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

La normatividad jurídica civil establece las acciones judiciales correspondientes tanto para la filiación matrimonial como para la extramatrimonial. El presente trabajo de investigación analiza la acción de impugnación de paternidad regulada para la filiación matrimonial, básicamente dos aspectos procesales de esta acción judicial que se encuentran limitados o condicionados por ciertos dispositivos legales, los cuales afectan el derecho a la identidad del menor que ha sido reconocido como hijo matrimonial, estos son: la legitimación activa y el medio de prueba de ADN.

Sobre la impugnación de paternidad matrimonial, el autor Varsi, E. (2004) expresa que:

Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción pater is est, pues existe una verdad biológica probable. Se presume que el marido tenía relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción. (p. 142)

Asimismo, se ha señalado que:

La impugnación de la paternidad está orientada a contradecir la presunción de paternidad del marido (alegando ausencia, enfermedad, accidente, impotencia, etc). Aquí el marido no solo debe probar lo relacionado con las fechas entre las cuales transcurrieron los 121 días de los 300 anteriores al nacimiento, sino deberá además demostrar que en dicho lapso no tuvo acceso carnal con su mujer. (Vásquez, Y., 1998, p. 525)

Esta acción judicial está referida a desvirtuar o contradecir el contenido establecido por la presunción de paternidad matrimonial, con la finalidad de dejar sin efecto la paternidad matrimonial reconocida. Debiendo tomarse en cuenta el plazo que indica el artículo 361° del Código Civil antes citado, así como los demás artículos regulados sobre la impugnación de paternidad matrimonial.

Se aprecia que los citados autores afirman que el marido es quien interpone esta acción judicial, el cual en base a cualquier supuesto de procedencia, sustenta que no le corresponde la paternidad del hijo que ha reconocido como hijo matrimonial y solicita se deje sin efecto tal reconocimiento. Es pues, el marido, quien en razón de la presunción pater is est, se le considera como la persona con interés legítimo para demandar la impugnación del hijo reconocido como matrimonial, lo cual no garantiza la protección del derecho a la identidad del menor, ya que como se ha indicado, existen dispositivos legales en el Código Civil que bajo la presunción pater is est afectan el establecimiento de la paternidad del hijo matrimonial, en otras palabras, el derecho a la identidad del menor.

5.1 La legitimación activa en la impugnación de paternidad matrimonial

Sobre la legitimidad activa del proceso de impugnación de paternidad matrimonial, el autor Plácido, A. (2002) explica que la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial corresponde al marido, sin embargo también la pueden ejercer los herederos o ascendientes de éste, siempre y cuando se presenten dos supuestos, tal como lo establece el artículo 367º del Código Civil:

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado. (p.123)

La titularidad o potestad procesal activa para esta acción judicial recae en el marido, el cual es considerado exclusivamente por la actual normatividad jurídica civil como aquel sujeto que tiene legítimo interés para interponer la acción de impugnación de paternidad matrimonial. Los artículos antes citados otorgan expresamente dicha legitimada activa al marido, y en ciertos casos, a sus herederos o ascendientes.

La legislación civil no ha estimado la existencia de otros sujetos involucrados directamente con la filiación del menor, como lo es el presunto padre biológico, el mismo que tiene todo el interés legítimo para cuestionar la paternidad de un menor que considera que es su hijo. Este sujeto, resulta ser también el indicado para sustentar vía impugnación y bajo las pruebas necesarias, que el hijo

reconocido como matrimonial no es hijo del marido, solicitando así la reclamación de la filiación extramatrimonial del menor. Según Monge, L. (2003)

(...) la filiación matrimonial se justifica en el principio tradicional de que solo el marido tiene legítimo interés para negar la paternidad del hijo de su mujer, por ello se le considera únicamente como el titular principal para interponer la acción correspondiente y destruir la presunción de paternidad que se deriva del matrimonio. (p. 631)

Tal como se ha señalado, la determinación de la paternidad matrimonial está amparada por la presunción pater is est y así el Código Civil legitima exclusivamente al marido como titular de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, concediéndole la facultad jurídica de desvirtuar o eliminar la presunción de paternidad matrimonial destinada a su persona, al considerar que el hijo reconocido como su hijo matrimonial, no es verdaderamente su hijo, por lo que mediante dicha acción judicial busca se declare sin efecto la paternidad del menor reconocida.

Aquí, resulta importante señalar que el Código Civil establece en el artículo 396º que: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable” (p. 127)

Se aprecia que la regulación del mencionado artículo limita o condiciona la posibilidad que otro sujeto como el presunto progenitor o padre biológico pueda acceder al órgano jurisdiccional como sujeto legitimado activo impugnar la

paternidad determinada por el matrimonio, puesto que tiene que suceder primero que el marido niegue la paternidad reconocida y obtenga sentencia favorable al respecto; situación que vulnera el derecho a la identidad del menor, pues no se permite una libre investigación de la paternidad para el establecimiento de su filiación, al estar su procedencia restringida o condicionada.

Se debe tomar en cuenta que, la determinación de la filiación es un tema delicado que debe analizarse debidamente a fin de establecer correctamente la relación paterno filial basada en el vínculo biológico del menor, más aún cuando en los casos se encuentra de por medio determinar la filiación de un niño o adolescente, es su derecho a la identidad el que se afecta directamente, por lo que cada caso debe el vínculo biológico filial debe estar acorde con el jurídico filial, sin restricciones, limitaciones o condiciones legales expresas que impidan que otros sujetos con interés legítimo directo como el presunto padre biológico pueda acudir a la vía judicial y demandar la filiación de un menor.

El fundamento del referido artículo, se encuentra en lo establecido por el sistema constitucional anterior, el cual proscribía cualquier tipo de actividad dirigida a descubrir la verdad biológica, tal como se señala:

Este artículo fue elaborado teniendo como fuente principal a la derogada Carta Magna de 1979; en donde imperaba el principio de protección del matrimonio, el derecho a la intimidad de los progenitores sobre el derecho de los menores de edad a conocer su origen biológico, y en el que era inexistente el derecho a la identidad. De esta forma, se proscribía cualquier tipo de intervención estatal

en el descubrimiento de la real paternidad o maternidad de una persona natural sobre la base del artículo 6 de la Constitución Política del Perú de 1979 que prescribía el principio de la paternidad responsable, pues se consideraba que en la filiación solo concurrían intereses privados. (Plácido, A., 1997,p. 139 -140)

La Constitución de 1979 fue un tanto restringida en el aspecto filial, considera solo al matrimonio como el único modelo de familia que merecía protección y reconocimiento jurídico ante la sociedad; de esa manera, la paternidad del marido es establecida por ley y no existía forma de cómo modificar dicha paternidad atribuida.

Cornejo, H. (1985) sostiene que:

Así, el supuesto de hecho previsto en el artículo 396 del Código Civil se sustenta en el principio favor legitimitatis, este se funda sobre la base del deber de fidelidad y el derecho al débito sexual de los cónyuges y en la presunción de paternidad matrimonial. De esta forma, se parte de la siguiente premisa: “se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido”; por consiguiente, este será el padre de los hijos que alumbre aquella, pese a la existencia de pruebas que demuestren lo contrario. (p. 13 - 14)

En consecuencia, el sustento de la creación del artículo 396° del Código Civil, no se encuentran basados en lo que establece la actual Constitución Política del Perú, pues ésta ampara nuevos principios y derechos sobre el derecho de familia que buscan no solo proteger al matrimonio como la única fuente generadora de

familia, sino también, se reconoce a la unión de hecho y además, de forma expresa, el derecho a la identidad de la persona. Entonces, se puede señalar que el actual sistema constitucional permite que todo menor de edad conozca su origen biológico, lo que implica salvaguardar su derecho a la identidad. El conocimiento de los progenitores del menor se discute en este proceso de filiación, y, establecer solo al marido como sujeto legitimado, restringiendo el libre acceso de otros sujetos; perjudica el derecho a la identidad del menor consistente en el conocimiento de su verdad biológica.

Otro artículo que también limita o condiciona la libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, es el artículo 404^º del Código Civil al señalar que: “Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. (p. 129)

De ello se comprende que la regulación civil actual sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial no protege el derecho a la identidad del menor. La norma civil limita o condiciona que la paternidad del hijo matrimonial pueda impugnarse por el verdadero padre biológico; situación que impide la libre investigación de la paternidad del hijo reconocido legalmente dentro del matrimonio y afecta su derecho fundamental a la identidad.

Todo menor goza de una especial protección legal de sus derechos fundamentales, por lo que frente a una acción o controversia judicial no se puede afectar sus derechos.

Sullón, I. (2015) refiere que “con respecto al padre biológico, con obvio y evidente legítimo interés al saberse progenitor debe reconocérsele el derecho de acción a fin de establecer la biológica del menor lográndose una coincidencia con el vínculo jurídico”. (p. 70)

Se puede afirmar entonces que, el presunto padre biológico es un sujeto que merece recibir el mismo reconocimiento normativo expreso que tiene el marido sobre la legitimidad activa para demandar la impugnación de paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio. Esto permitirá que se logre una eficiente protección del derecho a la identidad del menor porque es establecimiento de su paternidad no estará delimitada por una presunción legal o condicionada por la forma en cómo se regula la acción de impugnación de paternidad matrimonial.

En tal sentido, la legitimidad activa del presunto padre biológico se inclina por salvaguardar el derecho a la identidad del menor, porque mediante el libre acceso de dicho sujeto para impugnar la paternidad del hijo matrimonial, se permitirá realizar la investigación de la paternidad del hijo matrimonial a fin de establecer correctamente su vínculo paterno filial.

5.2 La prevalencia de la prueba biológica de ADN

Todo proceso judicial en materia de filiación discute la determinación de la existencia del vínculo biológico entre el hijo y su presunto padre biológico a fin de establecer jurídicamente el nexo filial, para lo cual se acude a la realización de la prueba biológica de ADN, medio de prueba que resulta ser el más preciso,

objetivo y oportuno para descartar y/o establecer la paternidad del menor.

Vargas, R. (2010) indica lo siguiente:

La prueba genética en términos generales, tiene por objeto establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial, que supone o que argumenta cualquier investigación paterno filial independientemente de la causa que se alegue, ya para establecer la filiación, ya para impugnarla, esto es, para ejercer cualquiera de las dos acciones que tiene el estado civil de una persona. (...)

Precisamente, ese carácter científico del cual hoy está dotada la prueba genética, es materializado en los exámenes de ADN practicados a un individuo para determinar su compatibilidad genética con el presunto padre y además, si su determinación arroja una probabilidad superior al 99.9%. (...) (p. 129)

La prueba biológica de ADN es considerada como la prueba más eficiente para determinar objetivamente la paternidad de un sujeto, por lo que resulta ser una prueba esencial dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial, debido al nivel técnico científico que posee, es una prueba que coadyuva a establecer con certeza el vínculo paterno filial.

De esa manera, la realización de la prueba biológica de ADN tiene una función indispensable como medio de prueba dentro de cualquier proceso de filiación, en este caso, en la impugnación de paternidad matrimonial. La aplicación de esta prueba en el proceso de impugnación de paternidad matrimonial otorga un resultado único e indubitable que permite generar convicción en el juez para

poder resolver la litis y determinar el verdadero vínculo filial del menor en aras de su derecho a la identidad.

Así, se puede afirmar que, mediante la utilidad y aplicación de dicha prueba biológica en el ámbito de la investigación de la paternidad del menor indiscutida en sede judicial, se ha llegado a considerar que es la única prueba que genera una total certidumbre, capaz de esclarecer con exactitud a quien le corresponde el vínculo filial del menor.

De la revisión de la normativa jurídica civil, se advierte que el artículo 402º inciso 6, es otro de los cuales limitan o condicionan que la paternidad del hijo matrimonial sea impugnada directamente por otro sujeto que no sea el marido, al regular lo siguiente:

Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

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

El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. (p. 128)

Es preciso señalar que el artículo 402º del Código Civil refiere la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial, la cual sería solicitada por el padre

biológico del menor como pretensión accesoria dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial. Sin embargo, este dispositivo legal establece expresamente la prohibición de investigar la filiación del hijo de mujer casada, salvo que el marido hubiera contestado o impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable. El Código Civil no ha previsto que existen otros sujetos legitimados como el presunto padre biológico, y al conceder toda la titularidad exclusivamente al marido, ha limitado que se pueda realizar una libre investigación y establecimiento de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, vulnerando así el derecho a la identidad del menor.

Aguilar, B. (2016) manifiesta que lo dispuesto en el artículo 402º inciso 6 del Código Civil es una reafirmación de la presunción pater is est, lo cual va contra el derecho constitucional a la identidad; no se permite en estos casos demostrar la filiación de una persona superada por la verdad científica que produce el ADN.

Asimismo, Puga, M. (2015) refiere que con la disposición legal establecida en el artículo 402º inciso 6 del Código Civil, nuevamente, se estaría produciendo una afectación a derechos humanos concretos de los miembros de la familia, como lo son el derecho fundamental a la identidad del menor. Si bien la presunción pater is est puede ser útil para determinados casos, el sistema jurídico civil debería estar acorde con el contexto actual y no ser restringido; ya que está afectando el derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial.

Ante lo expuesto, se puede sostener que la prueba biológica de ADN resulta ser un elemento probatorio de carácter indispensable en el marco de la investigación

de la paternidad, el cual no debe estar limitado para ningún tipo de filiación, debido a su alto nivel de aporte científico que otorga sobre la existencia de la herencia genética de una persona. Así, la aplicación de dicha prueba dentro del proceso de impugnación de paternidad matrimonial permite ejercer una libre investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, la cual se realizaría a los justiciables, sin restricción o limitación legal alguna a fin de desvirtuar con plena exactitud la presunción de paternidad matrimonial, conocer la verdad biológica del menor y reconocerle su verdadera filiación y en esencia, amparar su derecho a la identidad.

Este aspecto procesal es importante para determinar la verdad biológica del menor, es una prueba que se considera especial para todo tipo de proceso judicial en materia de filiación, pues se refiere a establecer un vínculo biológico filial que corresponde entre dos personas, el cual es base para posteriormente asignar el vínculo jurídico y con ello, surgirán todas las consecuencias jurídicas de la relación paterno filial. Asimismo, con la aplicación de dicho medio probatorio se protegerá el derecho a la identidad del menor al permitírsele a éste conocer a su progenitor, su verdadero origen biológico o verdad biológica. Siendo así, la necesidad de aplicar este medio de prueba sin limitación legal expresa, es una razón importante que proteger el derecho a la identidad del menor.

CAPÍTULO VI

LA IMPORTANCIA DE MODIFICAR EL CÓDIGO CIVIL EN EL EXTREMO DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Habiéndose analizado los dos aspectos procesales de la impugnación de paternidad matrimonial que actualmente regula la normatividad jurídica civil sin haber previsto que implícitamente se está vulnerando el derecho a la identidad del menor reconocido dentro del matrimonio, corresponde señalar que, en virtud a la defensa y protección máxima del derecho a la identidad del menor; es necesario que se realice una modificatoria en el Código Civil sobre la regulación de dicha acción judicial.

6.1 La investigación de paternidad e interés superior del niño

Los principios investigación de la paternidad e interés superior del niño, los cuales se encuentran relacionados con la filiación y son el sustento de la modificatoria que se realizaría en el Código Civil para lograr una eficiente regulación sobre la impugnación de paternidad matrimonial, la misma que debe tener como objeto de protección, el derecho a la identidad del menor.

El principio de la investigación de la paternidad está referido a la indagación biológica de la paternidad realizada dentro de un proceso judicial de filiación, este

principio señala que toda persona tiene la facultad de iniciar las acciones legales pertinentes con el propósito de conocer y establecer su verdadero origen biológico o identidad filial, resulta ser importante proteger y dar cumplimiento al derecho a la identidad del menor.

Plácido, A. (2008) expresa que “la investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión”. (p. 56)

La finalidad del principio de investigación de la paternidad consiste en que a través de la libre facultad que tiene una persona para indagar su origen biológico, se le permita conocer sus relaciones familiares e indentificarse con ellas. De ahí pues que se presenta como un principio considerablemente esencial para determinar la filiación del hijo. La investigación de la paternidad es el principio que tiene como finalidad averiguar y establecer la verdad biológica judicialmente, dicha averiguación ejercida vía proceso judicial por la persona cuyo interés y legitimidad ostente, deberá realizarse con el debido sustento fáctico y legal, pues estará en controversia el derecho fundamental a la identidad del menor, siendo aquél el sujeto principalmente beneficiado con la aplicación de este principio.

La Constitución no reconoce de forma expresa el principio de investigación de la paternidad; sin embargo mediante el derecho a conocer a los padres amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño antes citado, se promueve el ejercicio de un sistema libre sobre la investigación de filiación y se otorga primacía

a la protección de dicho derecho fundamental del niño. Mientras que desde el Código Civil de 1936, se admitió la aplicación de este principio aunque solo para los casos de filiación extramatrimonial. Cornejo, H. (1999)

A partir de allí, se aprecia un clara restricción de este principio para los casos de los hijos reconocidos como matrimoniales, situación que desprotege el derecho a la identidad del menor que es considerado legalmente como matrimonial. No existe fundamento alguno que amerite hacer una distinción entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales para la aplicación de este principio, pues el principio de investigación de la paternidad es, sin duda, importante para lograr el establecimiento de la filiación del menor.

Tal restricción se aprecia en la regulación actual que el Código Civil mediante los artículos anteriormente citados, los cuales refieren los aspectos procesales de la legitimidad activa y el medio de prueba para la impugnación de paternidad matrimonial. Por lo tanto, el principio de libre investigación de la paternidad se aplica, de ser necesario, para todos los casos de filiación y no solo para los casos del hijo extramatrimonial, pues determinar la identidad filial es un aspecto indiscutible y esencial de toda persona y en ese sentido no se contrapondría al derecho constitucional de la identidad.

Entonces, como se aprecia el principio de investigación de la paternidad tiene una gran importancia dentro de la filiación de todo hijo, dado que a través de este principio se logra conocer el origen filiatorio de la persona y con ello proteger su derecho a la identidad, así como poder ejercer otros derechos derivados y propios

del vínculo filial.

Plácido, A. (2008) afirma que la investigación de la filiación busca garantizar el derecho que tiene todo niño de conocer a sus padres y de esa manera, establecer el vínculo filial mediante el descubrimiento de la verdad biológica, sin restricciones que se centran en obstaculizar la protección de los intereses del menor.

Evidentemente, el principio de la investigación de la paternidad busca amparar la verdadera filiación del menor, lo cual permite proteger el derecho a su identidad, ya que mediante su aplicación se logra conseguir el conocimiento de la verdad biológica del menor, por ello no debe encontrarse restringido para ningún tipo de filiación. La regulación normativa civil para el caso de los hijos matrimoniales limita la aplicación de este principio, lo cual debe superarse a fin de brindar una protección íntegra al derecho a la identidad del menor.

Por otro lado, el principio del interés superior del niño consiste en cumplir y proteger a todos los derechos del menor, buscando su bienestar dentro de cualquier situación o contexto donde se desenvuelva, principio que también tiene como objetivo amparar el derecho a la identidad del menor; por lo que su aplicación de este principio también resulta importante para el establecimiento de la filiación del menor.

Al respecto, Pinella, V. (2014) señala que el interés superior del niño debe ser entendido como la tutela del niño y adolescente, en cuanto al goce de sus derechos fundamentales, desarrollo integral y autorrealización; priorizando su

bienestar en toda situación donde el menor se encuentre involucrado.

Es preciso señalar entonces que, este principio debe aplicarse en toda situación, adoptándose toda medida necesaria para proteger la filiación del menor en situaciones donde se encuentre de por medio la protección del bienestar del niño y adolescente, bienestar que está por encima de cualquier interés particular que se invoque.

Según Grosman, C. citado por Velarde, R. (2011) indica que:

El concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará de su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. (p. 23)

Todo menor merece recibir una protección especial por la misma condición de dependencia que tiene por ser menor de edad, y debido a la existencia de este principio, se busca proteger sus derechos y todo su bienestar para su desarrollo personal adecuado. El menor de edad no tiene la potestad para defender sus derechos y su bienestar por sí solo como lo tiene un adulto, por lo que ante cualquier supuesto que tenga que tomarse una decisión sobre la situación del

niño debe aplicarse el principio del interés superior del niño.

Este principio sí está regulado expresamente en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el cual señala lo siguiente:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos. (p. 714)

El interés superior del niño significaría que todo niño debe gozar una protección especial, recibiendo de todo ente o autoridad los medios necesarios con la finalidad que pueda desarrollarse plenamente en todos los aspectos: físico, mental, moral, espiritual, socialmente, entre otros; así pues todos los órganos deberán aplicar este principio en las decisiones que emitan en situaciones o controversias donde se encuentre un menor de edad.

En atención a dicho interés debe primar lo que sea más beneficioso para el menor al momento de resolver cuestiones que puedan afectar su cuidado, desarrollo integral y derechos fundamentales. Es claro que, este principio garantiza la protección del menor de edad, la tutela de sus derechos fundamentales y todo aquello que sea parte consustancial de su vida, sobre todo aquello que sea un aporte para el bienestar del menor en todos los ámbitos de su vida.

En ese sentido, la regulación civil en materia de impugnación de paternidad matrimonial debería tomar en cuenta también la aplicación de este principio, pues éste permitirá que se logre una plena protección del derecho a la identidad del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño también regula este principio en el artículo 3º inciso 1:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 10)

En suma, el principio de interés superior del niño busca la protección de los derechos fundamentales del menor de edad y con ello proteger su desarrollo íntegro, considerándolo como sujeto especial de la sociedad. Este interés está basado en la satisfacción de sus derechos, lo que requiere una interpretación sistemática de los derechos previstos en la Convención sobre los Derechos del Niño, asegurando la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del menor.

Por tal motivo, se debe priorizar todo aquello que le resulte provechoso al niño se realiza por lograr su bienestar y el respeto de sus derechos, ante toda situación se debe velar porque prime el interés del niño por encima de otros intereses que también son legitimados y protegidos por la ley, pero que no minimizan ni

destruyen al del niño. En el aspecto del establecimiento de su filiación, este principio resulta importante para otorgar al menor el conocimiento de sus verdaderos progenitores. Por ello, cada caso donde esté involucrado un menor de edad debe ser analizado desde una perspectiva que garantice la protección de su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos fundamentales. El conocer nuestro vínculo filiatorio se relaciona con el principio del interés superior del niño dado que resulta de vital importancia que el menor de edad conozca su verdadero origen biológico.

6.2 La identidad del menor como objeto central de la modificatoria normativa civil

Todo lo anteriormente sostenido, tiene como objeto principal proteger el derecho a la identidad del menor reconocido como hijo matrimonial, desde el aspecto estático que comprende el conocimiento de su origen biológico.

La investigadora considera que los dos aspectos procesales analizados de la regulación actual de la impugnación de paternidad matrimonial deberían ser modificados en mérito a la aplicación de los principios de investigación de paternidad matrimonial e interés superior del niño, así como por el reconocimiento legal interno e internacional del derecho a la identidad del menor.

La identidad del menor está necesariamente vinculada con su filiación, así Vargas, R. (2011) indica que “la identidad es un derecho fundamental de primer orden en el ordenamiento jurídico peruano, el cual debe garantizarse a todas las personas, entre las que se encuentran niños y adolescentes en tanto son

reconocidos como sujetos de derecho”. (p. 113)

Considerar que la protección del derecho a la identidad del menor es el fundamento para la modificatoria de la regulación civil actual sobre la impugnación de paternidad matrimonial, el cambio legislativo se aplicaría en los dispositivos legales antes que limitan o condicionan la libre investigación de la paternidad del hijo matrimonial, los cuales estarían referidos a la legitimidad activa y al medio de prueba de ADN.

La finalidad de dicha modificación legal, comprendería que se legisle al padre biológico como sujeto activo para impugnar la paternidad matrimonial del hijo que ha sido reconocido por el marido.

Asimismo, la modificación se daría en la aplicación del medio probatorio del ADN, el cual podría ser presentado en autos por el padre biológico sin restricción o condición alguna.

Como se ha señalado, el contenido del derecho a la identidad de la persona comprende diversos elementos que se complementan entre sí para desarrollar la personalidad, defender que el menor conozca a sus progenitores implica el elemento estático de determinar su verdadera filiación, lo cual es de suma importancia para su desarrollo personal. Por ello, se busca contar con una normativa civil acorde con hechos que presenta la realidad social, ir más allá de una presunción legal de paternidad y proteger ante todo el derecho a la identidad del menor.

En ese sentido, Gutiérrez, J. (2011) señala que:

(...) el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, tiene una faz positiva y otra negativa; así, por un lado se busca el acceso a la identidad, la formación de la misma, la individualización de la persona en formación, y de otro, se busca proteger la identidad ya lograda. No debe perderse de vista que la identidad de una persona no se forja solo a través del nombre, la identidad es saber quién es uno, de dónde proviene, y dónde se desarrollará, bajo qué influencias. (p. 61)

(...) el reconocimiento de paternidad conforme a las normas de filiación del Libro de Derecho de Familia, no solo busca los beneficios que otorga esta legislación; lo que se alega es que existe un derecho mayor: a la identidad, y dentro de sus alcances el derecho a conocer quiénes son nuestros progenitores. (p. 64)

De acuerdo a lo sostenido, se entiende que, en los casos de impugnación de paternidad se pone en controversia un derecho fundamental del menor de edad, el derecho a la identidad, el mismo que debe prevalecer ante toda situación, sin prescindir la realización de un análisis del caso en concreto, considerándose el principio de interés superior del niño y habiéndose averiguado la paternidad del menor conforme a ley, lo cual se valora junto con los hechos expuestos por las partes procesales y las pruebas presentadas por las mismas. La filiación del menor forma parte de su derecho a la identidad, son casos que buscan el bienestar del menor, el conocimiento de su verdad biológica y así, amparar su

derecho fundamental a la identidad para lograr su adecuado desarrollo personal.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez realizada la investigación, es importante señalar que, habiéndose desarrollado el análisis del tema conforme a lo estructurado por el enfoque metodológico, se ha logrado alcanzar en buen término y de una manera plena todos los objetivos propuestos. De esa manera, corresponde ahora precisar las siguientes conclusiones y recomendaciones que confirman las hipótesis planteadas.

CONCLUSIONES:

1. La filiación es aquella institución jurídica más importante del derecho de familia, mediante la cual se establece un vínculo jurídico entre cada persona y sus respectivos ascendientes y descendientes, especialmente, entre el hijo con sus progenitores, y en ese sentido, se genera una serie de derechos y obligaciones de índole familiar
2. La relación paterno filial dentro del matrimonio es determinada por la presunción de paternidad matrimonial denominada pater is est, la cual establece un plazo para el nacimiento del hijo y en base a ello se le considera hijo matrimonial. Dicha presunción proviene desde el Derecho Romano y desde entonces su objetivo ha sido proteger a la familia

derivada del matrimonio y la imagen del marido ante cualquier hecho que atentara contra su paternidad. Por ello, la ley faculta con exclusividad al marido como titular de la acción para desconocer, negar o impugnar su paternidad atribuida sobre el hijo de su esposa.

3. Al otorgar la normatividad jurídica civil la titularidad de la acción de impugnación de paternidad matrimonial exclusivamente al marido, bajo el fundamento de la presunción pater is est; se está vulnerando el derecho a la identidad del menor, puesto que la libre investigación de la paternidad y el posible reconocimiento del padre biológico queda supeditado al accionar judicial del marido.
4. La regulación civil actual de la acción de impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor al existir ciertos dispositivos legales que limitan la investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, pues no se ha regulado la existencia de otro sujeto que está involucrado directamente como lo es el padre biológico, así como la aplicación de la prueba biológica de ADN dentro del proceso interpuesto por éste a fin que reclame su paternidad correspondiente; por el contrario, el Código Civil condiciona la procedencia de la impugnación de la paternidad del hijo matrimonial.
5. El derecho a la identidad del menor es un derecho fundamental, reconocido no solo por el ordenamiento jurídico peruano, sino también por normas de nivel internacional. Es un derecho que debe ser comprendido en sus dos dimensiones por tener un contenido complejo, y de acuerdo con ello, en toda controversia donde se discuta el derecho a

la identidad del menor, se deberá otorgar ante todo, la debida protección de su identidad biológica; analizando cada caso en concreto conforme al principio del interés superior del niño.

6. Dentro del derecho a la identidad se encuentra la verdad biológica o el conocimiento de los progenitores de una persona, por tal motivo guarda una estrecha relación con la filiación. Es pues, un derecho esencial para la formación y desarrollo íntegro de la personalidad del menor, por lo que es un derecho que debe ser protegido ante cualquier conflicto, otorgando prevalencia a la defensa de dicho derecho fundamental del menor.

7. En el derecho comparado, existen legislaciones donde se regula o se permite libremente la legitimidad activa de otros sujetos como el padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, así como la aplicación de la prueba biológica de ADN para todos los casos de filiación, sin límite o condición legal alguna.

RECOMENDACIONES:

1. Que se legisle la acción de impugnación de paternidad matrimonial, tanto en los sujetos legitimados para obrar, así como en el medio de prueba, lo cual deberá estar en armonía con el interés superior del niño a fin de lograr una protección integral del derecho a la identidad del menor ante cualquier conflicto donde se discuta su filiación.

2. Que se proteja el derecho a la identidad del menor reconocido dentro del matrimonio, permitiendo la investigación de su paternidad sin límite legal alguno y así se determine su verdad biológica a efectos de establecer su verdadera identidad genética.
3. Que se analice cada caso en concreto conforme al principio del interés superior del niño, ya que es el principio que tiene por objeto lograr el bienestar del niño en toda situación donde éste se vea involucrado; con la finalidad de lograr la correcta protección del derecho a la identidad del menor.
4. Que se implemente la modificación de los artículos 363°, 364°, 367°, 370°, 376° y derogatoria de los artículos 396°, 402° segundo párrafo del inciso 6 y 404° del Código Civil, los cuales se proponen en el proyecto ley, efectuándose un diagnóstico situacional sobre el impacto social que provocaría su aprobación, estando así la normatividad jurídica civil acorde con el derecho fundamental a la identidad establecido por la actual Constitución Política del Perú.
5. Que se aplique todos los presupuestos normativos procesales necesarios para la correcta y adecuada investigación de la paternidad del hijo reconocido dentro del matrimonio, lo cual va más allá de lo dispuesto por la presunción pater is est, implica pues, una regulación sobre la impugnación de paternidad matrimonial que tenga como objetivo salvaguardar el derecho a la identidad del menor.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas:

Aguilar Llanos, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Perú: Lex & Iuris.

Arias Schreiber , M. (2011). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica.

Azpiri, J. (2000). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi S.R.L.

Barbero, O. (2003). *Orden Público y Derecho de Familia*. Buenos Aires: Zeus S.R.L.

Barletta Villarán, M. (2011). La aplicación del principio jurídico de interés superior del niño en los casos de "hijos" alimentitas. *Diálogo con la Jurisprudencia: Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial - Especial*, 27.

Bautista Toma, P., & Herrero Pons, J. (2006). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Bavio, P. S. (2013). Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa. *Diálogo con la Jurisprudencia N° 179*, 21.

Bermúdez Tapia, M. (2010). El derecho a la identidad en el ámbito jurisdiccional. *Actualidad Civil y Registral*, 70.

Bernales Ballesteros, E. (1998). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Instituto Constitución y Sociedad - Segunda Edición. Lima: Editora RAO S.R.L.

Bustamante Oyague, E. (2003). *Presunción de filiación matrimonial. en: Código Civil Comentado- tomo II derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Cea, J. (2008). *Derecho Constitucional Chileno - Tomo I*. Santiago de Chile: Editorial UC.

Cillero Bruñol, M. (2004). *El interés superior del niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Bogotá: Temis S.A.

Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Cornejo Chávez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano - Tomo II*. Lima: Librería Studium Ediciones

Encinas Zevallos, D. (2011). El "interés superior del niño" en la legislación comparada. En *Suplemento de Análisis Legal* (pág. 6). Lima: El Peruano.

Famá, M. (2009). *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Fernández Revoredo, M. (2003). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Galindo Garfias, I. (1981). *Estudios de Derecho Civil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas

Gamarra Rubio, F. (2003). Interés superior del niño: Estudio doctrinal y normativo. En *Normas Legales: Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica* (pág. 56). Lima: Normas Legales SAC.

García Sarmiento, E. (1999). *Elementos de Derecho de Familia*. Bogotá: Facultad de Derecho.

García Toma, V. (2001). *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Lima: Gráfica Horizonte.

Garriga Gorrina, M. (2000). *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial*. Madrid: Aranzandi S.A.

Gómez de la Torre Vargas, M. (2000). *El interés superior del niño*. Santiago de Chile : Gaceta Jurídica N°238.

González Pérez De Castro, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: DYKINSON S.L.

González Contró, M. (2011). Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIV, núm. 130, 110.

Gutierrez Camacho, W. (2005). *La Constitución Comentada - Tomo I*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez de la Cruz, J. (2011). El derecho a la identidad a partir de la Ley N° 29715. *Actualidad Jurídica N°212 - Especial ADN y Simplificación del Proceso de Filiación*, 64.

Guzmán Zapater, M. (1996). *El derecho a la investigación de la paternidad*. Madrid: Civitas.

Hawie Lora, I. (2015). *Manual de jurisprudencia de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hinostroza Minguez, A. (2012). *Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia - Segunda Edición*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C.

Juárez Muñoz, C. (2010). Dimensión del Interés Superior del Niño. *Revista Jurídica del Perú - Derecho Privado y Público*, 233 - 234.

Krasnow, A. (2008). Una solución que responde mejor al interés del niño.

Lacruz Berdejo, J. (2010). *Elementos de Derecho Civil IV Familia*. Madrid: DYKINSON.

- Lloveras, N. (2007). *La Filiación en Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y el Perú*. Buenos Aires: UNIVERSIDAD S.R.L.
- López Rivera, G. (2001). *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*. Santiago de Chile: ConoSur Ltda.
- Lorenzo de Ferrando, M. R. (1984). *Derecho de Familia - Tomo II*. Buenos Aires : Rubinzal y Culzoni S.C.C.
- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2013). La Filiación, entre biología y derecho. *Prudentia Iuris*, 82.
- Mazzinghi, J. A. (1998). *Derecho de Familia - Tomo 4*. Buenos Aires: Ábao de Rodolfo Depalma.
- Mella Baldovino, A. (2013). Derecho a la identidad prima sobre normas de paternidad matrimonial. *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 179, 20.
- Mendez Costa , M. J. (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires : Rubinzal – Culzoni Editores.
- Méndez Costa, M. (1986). *La Filiación*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- Méndez Costa, M. J. (2000). *Derecho de Familia - Tomo II*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Mendoza Rodriguez, J. (2015). *Protección del Derecho a la Identidad Biológica con la Impugnación de Paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica*. Trujillo.
- Monge Talavera, L. (2003). Código Civil Comentado - tomo II derecho de familia. Lima: Gaceta Jurídica.

- Muro Rojo, M., & Rebaza Gonzáles, A. (2003). *Presunción de filiación matrimonial. en: Código Civil Comentado - tomo II derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Pereira Coelho, F. (2006). *Curso de direito da família - Vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora Lda.
- Plácido V., A. (2006). *El "interés superior del niño" en la interpretación del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (1997). *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Lima: RODHAS.
- Plácido Vilcachagua, A. (2002). *Manual de Derecho de Familia: Un nuevo enfoque de estudio de derecho de familia - Segunda Edición*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2003). *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (2015). *Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Plácido Vilcachagua, A. F. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, A. (1997). *Ensayos sobre derecho de familia*. Lima: RODHAS
- Posada Posada, Y. (s.f.). *Derecho a la identidad: Por el acceso a todos los derechos*.
- Ríos Patio, G. (2017). *¡Hagamos juntos tu tesis de derecho! - Teoría y Práctica*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Rivera Fernández, F. (2000). *Interés del menor*. Santiago de Chile: Editorial

DYKINSON.

Rueda Esteban, L. (2001). La Filiación. *Instituciones de Derecho Privado*, 505.

Rueda Esteban, L. (2001). La Filiación. *Instituciones de Derecho Privado - Vol. 4 - Tomo 1*, 31.

Soto Lamadrid, M. Á. (1990). *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea de A. y R. Depalma.

Torres Santomé, N. (2008). *La identidad y la filiación*. Buenos Aires: Suplemento Actualidad.

Vargas Ávila, R. (2010). La valoración de la prueba científica de AND en el proceso penal. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 129.

Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética*. Lima: Fondo de Cultura Económica.

Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, V. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2002). La Filiación ¡No es cuestión de sexo, es cuestión de piel! *Gaceta Jurídica*.

Vásquez García, Y. (1998). *Derecho de Familia - Teórico Práctico Tomo I - Sociedad Conyugal*. Lima: Huallaga.

Velarde Bolaños, R. (2011). ¿Cabe la aplicación aislada del principio del interés superior del niño? *Diálogo con la Jurisprudencia: Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial - Especial*, 23.

Velásquez Rodríguez, T. (2005). ¿Se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial? *Derecho y Sociedad: Asociación Civil*, 383.

Wong Abad, J. (2016). La verdad biológica y el interés superior del niño. *Gaceta Civil y Procesal Civil - Familia Análisis Jurídico*, 135.

Zannoni, E. (1997). Identidad personal y pruebas biológicas. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 159.

Zannoni, E. (1998). *Derecho de Familia - Tomo 2*. Buenos Aires: Asrtrea

Zannoni, E. (2006). *Derecho de Familia - Tomo 2*. Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, E., & Bossert, G. (2000). *Manual de derecho de familia - 5ta edición*.

Buenos Aires: Astrea.

Tesis:

Baquero Vega, I., & Cruz González, C. (2002). *La Filiación a la luz del Derecho Colombiano, Chileno, Argentino, Venezolano y Peruano*. Bogotá.

Bravo Cuayla, G. K. (2016). *Regulación de la Impugnación de Paternidad Matrimonial Matrimonial: Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño y Propuesta de Modificación Normativa*". Puno.

Flores Flores, P. J. (2014). El Reconocimiento Extramatrimonial del hijo de la mujer casada. Análisis y Nueva Perspectiva. *Trabajos de Investigación Científica*.

Huerta Lozano, N. (2015). *Inaplicabilidad de la presunción de paternidad por la prevalencia de la prueba de ADN*. Lima

Macedo Pérez, R. (2016). *El reconocimiento del padre biológico a hijo de mujer casada y la vulneración constitucional del derecho a la identidad del menor*.

Casación N° 2726-2012-DEL SANTA-Caso:Nolberto Hugo Roca Maza. Loreto:
TESIS UCP.

Mestanza Gonzáles, L. E. (2016). *Determinación de filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada. Cusco.*

Moscol Borrero, M. (2016). *Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional recaída en el Exp. 00550-2008-PA/TC. Piura:*

Puga Villanueva, M. G. (2015). *La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada . Lima:*

Ruiz Pereda, D., & Vizconde Cipriano, H. (2016). *Derecho a la identidad como objeto de protección de la ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Trujillo*

Sánchez Guzmán, V. (2009). *Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: Un estudio doctrinario y jurisprudencial. Santiago*

Sullón Silupú, I. (2015). *Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada. Piura*

Vargas Morales, R. d. (2011). *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est . Lima*

Vassallo Cruz, K., & Muga Gonzáles, R. (2012). *Nuevos derechos y exigencias para el derecho de la familia en el Perú. Chiclayo*

Zapata Durán, R. (2011). *La prueba en los procesos de filiación. Salamanca*

Referencias Hemerográficas:

Celis Vásquez, M. (2008). Régimen legal de la filiación y el derecho a la identidad. *Vox Iudex: La auténtica expresión del Derecho - Revista de la Corte Superior de Justicia de La Libertad*, 12.

Cicu, A. (1930). La Filiación, traducción de Faustino Giménez Tejeiro Arnau y José Santacruz Tejeiro. *Revista de Derecho Privado*, 18.

Díaz Sánchez, R. (2011). El respeto a la formación de la identidad como un elemento esencial del derecho humano a la identidad de las personas menores. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Vol. 22*, 84-86.

Fernández Sessarego, C. (1992). Daño a la identidad personal. *THEMIS - Revista de Derecho*, 248.

Jiménez Valencia, F. (1998). La protección integral de la familia desde una perspectiva constitucional. *Revista de Derecho Privado N° 22*, 31 internet.

Lando, J. (2010). La institución del matrimonio. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo N° 60*, 5.

Nina Cohaila, V. (2011). El Derecho de Filiación: En el Sistema Legal Peruano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna*.

Viale Salazar, F. (2013). Legitimidad para obrar. *Derecho PUCP - Revista de la Facultad de Derecho*, 31.

Referencias Electrónicas:

Castellanos Hernández y otros, E. (2011). El derecho a la identidad como derecho humano. Obtenido de http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf

Corral Talciani, H. (2003). La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*, 4(7), 241 – 262. Obtenido de <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacionmatrimonial.pdf> Humanos, C. I. (s.f.). Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/biblioteca/biblioteca-tesauro>

Mojica Gómez, L. (05 de 04 de 2003). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. Obtenido de Sistema de Información Científica Redalyc: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73350108>

Morandini, N. (2016). Obtenido de http://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/identidad_biolologica.pdf de Octubre de 2016). Obervatorio de Derechos Humanos H. Senda de la Nación: Derecho a la identidad biológica.

Plácido Vilcachagua, A. (2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. *Actualidad Jurídica: Información especializada para abogados y jueces - Tomo 181*, 47-60. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/09/la-evidencia-biologica-y-lapresuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-delhijo-de-mujer-casada-3/>

Ynchausti Pérez, C., & García Martínez, D. (2012). Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal. *Derecho y Cambio Social*. Obtenido de <http://www.eumed.net/rev/cccsc/19/ypgm.html>

ANEXOS

ANEXO 1. MATRIZ DE CONSISTENCIA

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS GENERAL
¿La normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor?	Establecer si la normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor.	La normatividad jurídica civil sobre impugnación de paternidad matrimonial vulnera el derecho a la identidad del menor mediante límites legales expresos referidos al titular de la acción procesal y a la aplicación de la prueba de ADN.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS
¿El accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil?	Determinar si el accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil.	El accionar procesal del presunto padre biológico como sujeto legitimado para impugnar la paternidad matrimonial se encuentra limitado por la normatividad jurídica civil en base a la existencia restrictiva de la presunción pater is est.
¿Es razonable que la aplicación de la prueba de ADN sea limitada por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico?	Determinar si es razonable que la aplicación de la prueba de ADN sea limitada por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico.	La limitación de la aplicación de la prueba de ADN por el Código Civil en la impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el presunto padre biológico no es razonable debido al alto nivel científico que tiene dicho medio de prueba para resolver estos tipos de casos.
¿Cuál podría ser la propuesta normativa que permita salvaguardar el derecho a la identidad del menor ante las deficiencias legales existentes sobre los casos de impugnación de paternidad matrimonial?	Establecer una propuesta normativa que permita salvaguardar el derecho a la identidad del menor ante las deficiencias legales existentes sobre los casos de impugnación de paternidad matrimonial.	Es necesario permitir la regulación del presunto padre biológico como sujeto legitimado para accionar la impugnación de paternidad matrimonial sin ningún límite legal.

ANEXO 2. PROYECTO DE LEY

Para la elaboración de la presente propuesta normativa se ha considerado como referencia el modelo de proyecto de ley realizado por la autora Bravo, G. (2016).

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDOS A LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

PRIMERO: La regulación de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, tanto en la previsión de los supuestos de impugnación y de admisibilidad, los sujetos legitimados para obrar y el medio probatorio actuado en dicho proceso judicial, deben relacionarse y garantizar la protección del derecho a la identidad del menor.

SEGUNDO: Como lineamientos a observar en la regulación de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, debe considerarse fundamentalmente la aplicación del principio de investigación de la paternidad y del interés superior del

niño; buscando así, según sea el caso, establecer jurídicamente la paternidad legal atendiendo a la realidad genética; y en ese sentido la existencia de otro sujeto legitimado e involucrado directamente, siendo éste, el padre biológico, del cual su accionar debe ser permitido por la normatividad jurídica civil.

TERCERO: De tal manera deben distinguirse dentro de los supuestos de negación o impugnación de paternidad matrimonial, que lo que determinan las pruebas biológicas resultan ser de contenido esencial como medio probatorio para la resolución del proceso de impugnación de paternidad matrimonial, optando por un sistema abierto; en el cual se incorpore como sujeto legitimado al padre biológico, limitando su actuación a demostrar en base a la prueba biológica de ADN, que se busca salvaguardar el derecho a la identidad del menor. Así, se promoverá adecuado establecimiento de la filiación es respecto del menor, la protección de un derecho fundamental como lo es el derecho la identidad; el mismo que debe regularse y cumplirse tomando en cuenta el principio de interés superior del niño.

CUARTO: El derecho a la identidad está reconocido por el ordenamiento constitucional peruano, en el siguiente artículo:

Artículo 2º inciso 1.- Toda persona tiene derecho a la identidad. (...) (p. 7)

Específicamente, el derecho a la identidad del menor se encuentra amparado por el Código de los Niños y Adolescentes, mediante el siguiente artículo:

Artículo 6º.-

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 (...). (p. 715 - 716)

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente protege el derecho a la identidad del menor, a través de los siguientes artículos:

Artículo 3º.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de

su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (p. 10)

Artículo 7°.-

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

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. (p. 11)

QUINTO: En ese sentido, el Estado Peruano tiene la obligación de proteger al menor ante toda situación donde se encuentre en discusión sus derechos fundamentales. En las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial, el derecho del menor involucrado, es el derecho a su identidad, por lo que en la regulación de la acción de impugnación de paternidad matrimonial debe lograrse una protección integral del menor, primando su interés por sobre el de los demás sujetos involucrados en dicho proceso judicial. Se trata de asegurar que en cualquier toma de decisiones que afecte a un niño o adolescente, se tome en cuenta en forma prioritaria sus intereses así como el cumplimiento y protección de su derecho a la identidad.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El Perú se encuentra necesariamente obligado a replantear el contenido de las normas en materia de filiación en mérito a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, a fin que la acción de impugnación de paternidad matrimonial garantice la protección del derecho a la identidad del menor, sin límite o restricción legal alguna, la paternidad del menor reconocido dentro del matrimonio sea investigada en la vía judicial y se ampare la determinación de su verdad biológica.

El efecto de la presente norma afianzará el cumplimiento del principio del interés superior del niño y la investigación de la paternidad, ello con la finalidad de proteger el derecho a la identidad del menor; cumpliendo el Perú con adecuar el orden normativo interno a los distintos tratados internacionales ratificados, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera gastos al presupuesto público debido a que no se requiere la implementación de logística adicional a partir del aparato judicial existente, estando su beneficio dirigido a la protección y fortalecimiento del derecho a la identidad del menor, bajo la aplicación de los principios del principio del interés superior del niño e investigación de la paternidad.

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDOS A LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Artículo 1.- Modifíquense los artículos: 363º, 364º, 367º, 370º, 376º del Código Civil promulgado por Decreto Legislativo N° 295, en los términos siguientes:

“Negación de la paternidad”

Artículo 363º.- La acción de impugnación de paternidad matrimonial procede en los siguientes casos:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que el marido haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
- 3.- Cuando el marido está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4.- Cuando el marido adolezca de impotencia absoluta.

5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

“Plazo de acción contestatoria”

Artículo 364º.- La acción de impugnación debe ser interpuesta por el marido, sus herederos y ascendientes o por el padre biológico dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

“Titularidad de la acción contestatoria”

Artículo 367º.- La acción de impugnación de la paternidad puede ser ejercida por:

1. El marido,
2. Los herederos y ascendientes del marido,
3. El padre biológico, quien deberá plantear conjuntamente la acción de reclamación y acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda.

“Carga de la prueba”

Artículo 370º.- La carga de la prueba recae sobre el marido, sus herederos y ascendientes o del padre biológico, quienes probarán respectivamente y con las pruebas que consideren pertinentes la exclusión de la paternidad del hijo matrimonial, conforme a los supuestos establecidos en el artículo 363º. Resulta necesaria la aplicación de la prueba biológica de ADN.

Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el Artículo 363º, inciso 3, o en el Artículo 366º.

“Impugnabilidad de la filiación matrimonial”

Artículo 376º.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo. Salvo que mediante prueba biológica de ADN se demuestre la exclusión de la paternidad del marido y conforme al interés superior del niño, según sea el caso, se podrá establecer jurídicamente la verdadera filiación del hijo.

Artículo 2.- Deróguense los artículos 396º, 402º, segundo párrafo del inciso 6 y, 404º, del Código Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 295.

Artículo 3.- La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.