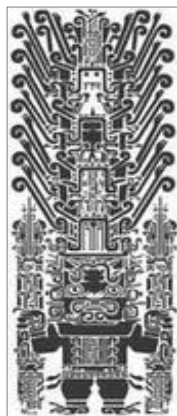


UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLARREAL
ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL



TESIS

**“EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y EL
RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU DESCENDIENTE
FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA”**

PRESENTADO POR:

DIANA CAROLINA ROJAS CURIÑAHUI

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

LIMA – PERÚ

2015

ÍNDICE

TÍTULO	
AUTOR	
RESUMEN (PALABRAS CLAVES)	4
ABSTRACT (KEY WORDS)	6
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	09
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA	16
1.3. OBJETIVOS	16
1.4. JUSTIFICACIÓN	17
1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES	18
1.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES	19
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN (Nacional/extranjera)	23
2.2. BASES TEÓRICAS	35
2.2.1. SUB CAPITULO I: LA FILIACIÓN	
2.2.1.1. LA FILIACION COMO INSTITUCION DEL DERECHO DE FAMILIA	
2.2.1.2. CONCEPTO DE FILIACION	
2.2.2. SUB CAPITULO II: PRINCIPIOS DE LA FILIACION EN EL DERECHO PERUANO	
2.2.3. SUB CAPITULO III: LA IDENTIDAD	
2.2.3.1. DEFINICIÓN	
2.2.3.2. EL DERECHO AL NOMBRE	
2.2.3.3. EL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES	
2.2.3.4. LA LIBRE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD	
2.2.4. SUB CAPITULO IV: LA PRESUNCION PATER IS EST.	
2.2.4.1. LA FILIACION COMO DERECHO	
2.2.4.2. LA PRESUNCION PATER IS EST EN LA ACTUALIDAD: SU UTILIDAD PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO	

2.2.5.	SUB CAPITULO V: MARCO NORMATIVO	
2.3.	MARCO CONCEPTUAL	56
2.4.	HIPÓTESIS	56
2.6.	VARIABLES	56

CAPÍTULO III

MÉTODO

3.1.	TIPO DE MÉTODO	61
	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	62
3.2	ESTRATEGIA DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS	64
	POBLACION Y MUESTRA	65
3.3.	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	66
	INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	67
	PROCESMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	71

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN RESULTADOS

4.1.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	76
4.2.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN	78

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

5.1.	DISCUSIÓN	82
5.2.	CONCLUSIONES	83
5.3.	RECOMENDACIONES	85
5.4.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

ANEXOS		156
FICHA TECNICA DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS		

“EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DEL
PADRE A SU DESCENDIENTE FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD
BIOLÓGICA”

AUTORA

DIANA CAROLINA ROJAS CURIÑAHUI

LUGAR

LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

RESUMEN

La presente investigación, referido a la identidad del menor, y al reconocimiento del padre a su descendiente por la prevalencia de la verdad biológica, contraria a la presunción pater is est, permite analizar los constantes cambios en la organización de la familia que se verifica con mayor frecuencia a partir de su mayor publicidad en los últimos tiempos, el referido a la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido de ésta. Así, la tradicional familia basada en el matrimonio y fundada en los deberes de fidelidad y cohabitación entre los cónyuges, no es precisamente una que se verifica siempre en la realidad social.

Esto supone que existen niños y niñas que formalmente tienen por padre al marido de la madre, en razón de la institución de la presunción de paternidad matrimonial o presunción pater is est, pero que en razón a la verdad biológica en algunos casos, tienen

por padre biológico a una persona distinta del marido de la madre; de modo que, esta última figura jurídica no estaría siendo protegida por el Estado y la normatividad vigente; en ese sentido la presente investigación pretende modificar el artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de establecer el derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre biológico a su descendiente a través de la presunción de paternidad biológica, por prevalencia de la verdad biológica.

PALABRAS CLAVES.

La identidad del menor, el reconocimiento del padre, el descendiente, la verdad biológica, la presunción pater is est, el derecho a la identidad, la filiación, el nombre, las relaciones familiares, el padre biológico.

ABSTRACT

For this research, based on the child's identity, and recognition of the father to his offspring, the prevalence of biological truth, this is a legal concept also known as the presumption pater is est, materialized by a number of essential elements corresponding to the right to identity, starting from the affiliation, the name, family relationships, knowing their parents; those involving biological link with the truth; It should also be noted that none of these elements turns out to be decisive on the other to define the content of the identity from the affiliation, but all are equally important; the presumption of paternity is a natural consequence of the institution of marriage, in that sense, under the study and analysis of research topic, it is to raise a number of modifying proposals to the Civil Code, to give children the right to meet his biological father, and the father to recognize his son.

WORDS KEYS

The child's identity, recognition of the father, the offspring, the biological truth, the presumption pater is est, the right to identity, affiliation, name, family relations, the biological father.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación obedece a la inquietud profesional de la graduanda, al considerar que los derechos fundamentales del menor a conocer a su padre biológico y del padre a reconocer a su descendiente, están siendo vulnerados por la misma normatividad; en ese sentido, la presente investigación pretende modificar el artículo 361 del Código Civil vigente, bajo la siguiente estructura:

Capítulo I.- Planteamiento del Problema.

Capítulo II.- Conformada por el marco teórico y sus antecedentes, teorías generales, bases teóricas especializadas, marco conceptual y las hipótesis.

Capítulo III.- Conformada por el método, tipo de investigación, diseño de la investigación, variables, población, muestra, técnicas de la investigación y sus instrumentos de recolección de datos.

Capítulo IV.- Presentación de resultados, contrastación de la hipótesis, análisis e interpretación de la tesis y, finalmente el

Capítulo V.- Contiene la discusión, conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas; así mismo los anexos correspondientes.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. 1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

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

Uno de los cambios en la organización de la familia que se verifica con mayor frecuencia a partir de su mayor publicidad en los últimos tiempos, es el referido a la existencia de niños y niñas nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido de ésta. Así, la tradicional familia basada en el matrimonio y fundada en los deberes de fidelidad y cohabitación entre los cónyuges, no es precisamente una que se verifica siempre en la realidad social.

Esto supone que existen niños y niñas que formalmente tienen por padre al marido de la madre, en razón de la institución de la presunción de paternidad matrimonial o presunción pater is est, pero que en razón a la verdad biológica y

la posesión de estado, en algunos casos, tienen por padre biológico a una persona distinta del marido de la madre.

Entonces, partiendo de las modificaciones que también ha experimentado el derecho de familia, transitando por un proceso de “constitucionalización”, como denomina un sector de la doctrina a este paso del ámbito privatista a uno más publicista o social, en el que el rol del Estado y la noción de derechos fundamentales impregna y determina algunas de las instituciones más emblemáticas del derecho de familia, como la presunción de paternidad matrimonial, creo necesario redimensionarla y permitir al derecho proporcionarle una naturaleza más acorde a su innegable, aunque moderna, vocación protectora y garantista, asignándole como objeto de protección el derecho a la identidad del hijo.

Siendo así, es preciso entonces considerar que si bien la presunción de paternidad matrimonial otorga un nivel de certeza y protección, en efecto, al hijo de mujer casada, quien en situaciones de normalidad se verá absuelta de la obligación de probar que cada hijo que concibe es de su marido; para los casos en que esta mujer concibe un hijo que no es de su marido, será preciso que el derecho, en aras de la protección del derecho a la identidad de estos niños, haga más versátil y permeable la presunción de paternidad matrimonial y permita que ésta ceda a la realidad social y biológica, primando así la verdad biológica, el principio de libre investigación de la paternidad, el derecho a conocer, en la medida de lo posible, a los padres y el ejercicio y vigencia del derecho a la

identidad que contiene a los principios y derechos antes mencionados y que a la luz del principio del interés superior del niño, cobra más vigencia aún en un Estado constitucional de derecho.

Precisamente, en un Estado constitucional de derecho que acrecienta el principio y el derecho a la igualdad, así como la primacía de los derechos fundamentales de la persona, es que considero importante retornar a las instituciones del derecho civil y de familia, en particular, para otorgarles un contenido acorde al derecho constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos.

Este ejercicio supone una labor de jerarquización, aunque también de ponderación, ya que existe una división, aparente en algunos casos, entre el derecho al honor y la intimidad de los padres y el derecho a la verdad biológica y a la identidad del hijo.

Finalmente, todos vistos a la luz del interés superior del niño cobran sentido y cumplen un rol que asegura la garantía que el Estado, a través del derecho, debe brindar a las personas y la comunidad.

1.1.1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIOS

- Dimensión Espacial: Poder Judicial Lima Norte
- Dimensión Social: Los especialistas y magistrados de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.
- Dimensión Temporal: 2013-2015.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación se sustenta en las siguientes preguntas:

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿En qué medida el derecho a identidad del menor y el reconocimiento del padre biológico a su descendiente (presunción de paternidad biológica), por prevalencia de la verdad biológica, se encuentra establecida en la legislación civil peruana?

1.2.1. PROBLEMA ESPECÍFICO

¿Es posible modificar mediante un proyecto de ley el artículo 361 del Código Civil vigente, a fin de a fin de establecer la presunción de paternidad biológica?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si el derecho a identidad del menor y el reconocimiento del padre biológico a su descendiente (presunción de paternidad biológica), por prevalencia de la verdad biológica, se encuentra establecida en la legislación civil peruana vigente.

1.3.2. OBJETIVO ESPECÍFICO

Implementar la modificación del artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de establecer la presunción de paternidad biológica, por prevalencia de la verdad biológica.

1.4. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se justifica en razón de los cinco puntos que a continuación se pasa a desarrollar brevemente, los mismos que sirven de sustento inicial, siendo estos los siguientes:

- a. **Su Interés:** Nos remarcamos al interés del Derecho a la Identidad del hijo y la paternidad correspondiente, donde constantemente se vulneran.
- b. **La conveniencia:** Es conveniente por la misma razón que en nuestra sociedad actual la infidelidad va en crecimiento, más aún si la ley permite que el hijo nacido dentro del matrimonio debe ser reconocida por el esposo, hecho que se aleja del Derecho a la Identidad del hijo y la paternidad biológica.
- c. **Oportunidad:** En esta Investigación el problema presentado resulta oportuno, al saber que nos enmarcamos de un problema latente en nuestra realidad.
- d. **La utilidad:** La elaboración y ejecución del presente proyecto de investigación jurídica social, permitirá a los legisladores y autoridades del

estado, ampliar su forma de interpretación y respetar los derechos fundamentales de los justiciables.

- e. **Trascendencia Jurídica:** La presente investigación reviste especial importancia, ya que conforme se ha enunciado, se busca protección del Derecho a la Identidad del hijo frente a la Presunción Paterisest.

1.4.1. FACTIBILIDAD

La presente investigación es factible por cuanto no va a traer consecuencias negativas, sino por el contrario lo que busca es ayudar a prevalecer uno de los Derechos constitucionales y derechos fundamentales del menor y del padre biológico.

1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES

La presente investigación “EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU DESCENDIENTE FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA”, es viable por la existencia de antecedentes y doctrinas al respecto, así como la relevancia de los hechos.

Las limitaciones han sido de índole material que nos imposibilitó ampliar el estudio a espacios más grandes.

1.6. DEFINICIÓN DE VARIABLES

EL ESTADO

El Estado es el conjunto de instituciones públicas organizadas, conducidas y controladas por los ciudadanos que pertenecen a una misma comunidad política, con la finalidad de administrar sus asuntos públicos. Es por ello que también se dice que el Estado es la sociedad jurídicamente organizada.

EL DERECHO

Es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirada en postulados de justicia y certeza jurídica, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dado. En otras palabras, son conductas dirigidas a la observancia de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos intersubjetivos.

LA IDENTIDAD DEL MENOR

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales.

EL RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU HIJO

Consiste en el reconocimiento voluntario o por declaración judicial del padre a hacia su hijo matrimonial o extramatrimonial.

EL DESCENDIENTE

Es toda persona que desciende de otra por lo tanto, son las generaciones que le siguen en el árbol genealógico: hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Por supuesto, un sujeto puede ser ascendiente o descendente, dependiendo del familiar que se tome en consideración.

LA VERDAD BIOLÓGICA

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico[5]. A través de él nos identificamos con nuestros descendientes por que, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las

coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tienen esa indudable trascendencia a que ya nos habíamos referido al hablar del significado psicosocial de la esterilidad humana.

LA PRESUNCIÓN PATER IS EST

Dicha presunción es entendida, que el marido es el padre legal de los hijos de su esposa.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

La identidad comporta siempre la referencia de “uno mismo” al entorno, al ambiente, ya sea como individuo o como grupo. Podemos decirlo de otra manera, planteado, que la identidad tiene dimensiones, tanto individual como grupal, que a la vez son niveles referenciales para un mismo proceso. Implica una autoimagen, es decir, percepciones, actitudes, opiniones y sentimientos respecto a las propias características, potencialidades, estilo, necesidades, costumbres, ideas, intereses, impulsos, destrezas, historia, proyecto, futuro, sexualidad, inteligencia, vocación, lenguaje, cultura y competencia. Tal autoimagen se va configurando según la percepción e información externa que se obtiene de sí. Más el cumulo de experiencias pasadas. También se relaciona con los valores y creencias que con forman la propia movilidad, cosmovisión, ideología y patrones de enjuiciamiento a la norma; la identidad comporta llegar a saber “qué quiero hacer”, que me gusta” y “para que soy bueno”, en resumen es la opción de vida.

LA FILIACIÓN.

Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados (padres y abuelos) o progenitores. Es la filiación en sentido amplio, general; pero hay también una filiación en sentido más restringido, se refiere a la relación parental entre los padres y los hijos, que es la relación parental más cercana. Esta relación parental que es la que más nos interesa se llama; relación paterno-filial, que vista del lado del hijo se denomina filiación y vista del lado del padre, se llama paternidad o maternidad.

EL PADRE BIOLÓGICO

El padre biológico es el hombre que ha contribuido con la mitad de la estructura genética del niño.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Nacional

En el Código Civil de 1936, sin embargo, el artículo 159 establecía que “los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”, norma que luego ha sido reproducida de forma literal en el Código Civil de 1984: Artículo 361° Presunción de paternidad.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

Ahora bien, el tratamiento jurídico brindado a la potestad del marido respondía a un contexto social e histórico que exigía asegurar una forma de producción y definición de la propiedad que para ser atribuida al varón y su descendencia, precisaba normar la capacidad de disposición de los bienes por parte de la cónyuge, así como también determinar la filiación de los hijos concebidos por ella.

Así, es evidente que en el sustento de la presunción también se incluyen fundamentos económicos. Al respecto, Engels señaló que la presunción paterisest se basaría en la noción de familia monogámica que, a su vez, se funda en el poder del hombre para procrear hijos de manera cierta. Esa paternidad se exige en la medida que esos hijos tendrán calidad de herederos directos y han de entrar en posesión de los bienes de la fortuna paterna.

Igualmente, Grosman indica que “la familia constituía una unidad económica productiva y de consumo, con funciones de gobierno, religiosas, educativas, de

recreación, etc, donde el niño era preparado para la continuación de dicha unidad, por lo cual, la salida del hijo no podía ser simple”.

Sin embargo, además de la finalidad de garantizar el derecho de propiedad de la familia, cuyo jefe era el marido, la presunción de paternidad matrimonial suponía la protección del derecho al honor familiar que bien podía considerarse como el derecho al honor del marido, siendo él quien representaba social y jurídicamente a su cónyuge y sus hijos. Así, la presunción de paternidad matrimonial que pretendía brindar certidumbre respecto de la filiación que correspondía a los hijos nacidos dentro del matrimonio, tenía como centro de protección al marido y los derechos económicos y subjetivos que le eran atribuidos. Entre ellos, su derecho al honor.

Así, cualquier controversia surgida respecto de la paternidad de los hijos procreados por su mujer, correspondía exclusivamente a él, en razón del principio que sólo el marido puede desconocer a los hijos nacidos de ella. El sistema jurídico no podría permitir que la posición del marido al interior de su familia se vea expuesta a acciones públicas que fueren iniciadas por terceros que pretendieran atribuirse la paternidad de un hijo que no podía ser arrancado de una familia constituida en base a la institución del matrimonio.

Al amparo de esta lógica, la doctrina ha ensayado teorías que sustentan la presunción de paternidad. Por ejemplo, Varsi las enumera de la siguiente manera:

- 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.

- 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.

En atención a estas teorías, habría que señalar que su contenido se encuentra desfasado. A la luz del rol de los cónyuges dentro del matrimonio, no podría sostenerse ninguna de estas tesis, que se basan en la preeminencia del marido sobre la mujer o la potestad marital. Hemos indicado que la igualdad de los cónyuges es un principio del ordenamiento peruano y que el supuesto basado en que la mujer funge de hija del marido ha sido desechado a la luz de la perspectiva de género y del derecho a la igualdad.

Antes bien, si se va a seguir considerando o promoviendo la institución que comentamos en nuestro ordenamiento, otros debieran ser los argumentos que sustenten su utilidad. Creo que ello podría ser posible si es que variamos su objeto de protección y sus fundamentos. En las líneas que siguen expondré algunas razones que me permiten apuntar hacia ello.

Con la Revolución Francesa, el derecho constitucional y el derecho civil tenían cada uno su objeto de estudio; el primero la Constitución de 1791, y el segundo el Código Civil de 1804. A pesar de la contemporaneidad de ambos documentos, estos no se relacionaban en modo alguno. Mientras la Constitución regulaba las relaciones entre individuo y Estado, además de ser una mera carta sin fuerza normativa, ni aplicabilidad inmediata; el código civil napoleónico servía para

reglamentar las relaciones entre privados, y protegía la propiedad así como hacía efectivo el principio de libertad de contratar.

Esta etapa ocurre a partir de la segunda mitad del siglo XX. Se ha llevado a cabo con la expansión del modelo de Estado Constitucional, pero también con la internacionalización de los derechos humanos. De acuerdo a Barroso, esta es la etapa de la “despatrimonialización, una repersonalización del derecho civil, con énfasis en valores existenciales y del espíritu, tanto en el reconocimiento de los derechos de la personalidad, como en su dimensión física y psíquica”. Al respecto, la manifestación más clara de esta etapa es la que da cuenta de la APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN a las relaciones horizontales, es decir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

En el mismo sentido, para el TC el fundamento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados también se basa en el principio de dignidad. De esta forma, en sentencia de 13 de marzo de 2003, en el caso Llanos Huayco (Exp. 976-2001-AA/TC), establece que: “(...), esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que „La defensa de la persona humana.

Esta sentencia del TC permite afirmar aquella frase que sintetiza el cambio de visión del concepto de familia: LA FAMILIA PARA EL INDIVIDUO Y NO EL INDIVIDUO PARA LA FAMILIA. Esto quiere decir que hay un cambio, un traspaso de la familia-institución (el matrimonio), que es considerada como un valor en sí mismo, portadora de intereses colectivos que subordinan los individuales, a la “nueva” familia que se define como un espacio de afirmación y realización de la personalidad de los individuos, que busca satisfacer las necesidades de seguridad existencial y de relaciones sociales y emocionales.

“El bloque de constitucionalidad, como ya ha dicho este Colegiado en reiteradas oportunidades (Expedientes Nos 0002-2005-AI/TC; 0013-2003- CC/TC; 0005-2005-CC/TC; 3330-2004-AA/TC), puede ser entendido como aquella “hipótesis de infracción indirecta al parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada. Está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que ésta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango” (STC 0047-2004-AI/TC FJ 128)”.

Extranjera

Los casos a examinar son Argentina, Brasil y Costa Rica. La selección ha sido aleatoria y por el mayor acceso a la información que he podido tener en relación a estos casos. Sin embargo, en todos estos se demuestra la evolución del tratamiento legal de la filiación, la influencia del derecho constitucional y los tratados internacionales en la legislación, y las restricciones aún vigentes en la investigación de la paternidad del hijo matrimonial, o mejor dicho de la acción de impugnación de la filiación matrimonial. Ahora bien, los casos que estudiaremos distinguen la filiación al menos entre filiación matrimonial y extramatrimonial. No obstante ello, Cornejo Chávez indica que la tendencia de reducir la distancia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se hace más patente en el caso de la Constitución Cubana, el Código Civil Cubano, la Constitución Española y el Código Boliviano de Familia, ya que éstos eliminan toda distinción sobre el punto.

En Argentina.- La Constitución de 1994 instauró un paradigma distinto para el derecho de familia en los institutos de la filiación, la patria potestad, entre otros; los mismos que se han erigido en pautas interpretativas e inciden directamente en su regulación legal. De hecho, Lloveras indica que en orden a la filiación, esto implica la observancia del principio de transparencia para la determinación de la misma, así como el respeto del derecho a la identidad. Así, la entrada en

vigencia de esta carta constitucional ha dotado a los tratados de derechos humanos el rango de norma constitucional. De hecho, el artículo 75, inciso 22 indica que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)”.

Brasil.- En el ordenamiento brasilero, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la ley 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial – antes legítima e ilegítima- que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, así como los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos. De hecho, la Constitución de 1988 señala en el artículo 227 el principio de igualdad de los hijos y consagra en el artículo 5 el principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna. Asimismo, el derecho de familia y la filiación en específico encuentran en los tratados de derecho internacional ratificados por Brasil un parámetro de rango equiparable al constitucional que irradia todas las instituciones que tienen una identidad material con los mismos. La enmienda 45 del año 2004, estableció que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, ya que su ingreso al ordenamiento interno tiene el mismo valor de la reforma de la Constitución.

Costa Rica: La filiación tiene un régimen compuesto por la Constitución de 1949 y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable así como el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras. Ahora bien, los tratados conforme a las sentencias N° 3435-92 y su aclaración N° 5759-93 tienen rango por encima de la Constitución. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema indicó que “los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución” (Cordero 2001)

En este sentido, como se observa precedentemente, Desde los orígenes del hombre pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización) primó un derecho materno. La descendencia de la mujer fue siempre identificable (clara, precisa), no así la del hombre.

La ley buscó, sin mucho éxito, dar una respuesta a este tema mediante el establecimiento de reglas en materia de filiación. Se plantearon, a lo largo del tiempo, sin número de teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales, pero la indefinición siguió latente en cuanto al padre; había que buscarle el sustento real, práctico y efectivo. Situación nada fácil. La maternidad es un hecho; la paternidad, siempre fue mera especulación. El compromiso natural de la mujer, la desaprensión personal del hombre fueron, y son, factores que fijan la relación parental.

En Roma la filiación biológica era vista de otro modo, no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que, mediante los ritos de la adopción y la arrogación, se podía transmutar la sangre. Otro tanto podría decirse del paradigma medieval que se retroalimenta en el romano clásico.

Sin embargo, en la era posdarwiniana lo biológico se vuelve supremo. Su razón se debió a la falta de tecnología, cuando en realidad no las motivaba eso, sino la existencia de un paradigma predominante abiológico de la filiación. No existían, además, las herramientas y medios para su averiguación. Lo biológico quedaba en un segundo plano, siendo interpretado por un sistema presuncional en el que se reconoce al matrimonio y la procreación como elementos claves (lo que la Iglesia llama amor unitivo) (Bossert, 1998).

El parentesco primitivo se basaba en la pertenencia a un grupo con sus valores religiosos y morales, y se denomina parentesco agnaticio. Luego, cuando las ideas religiosas fueron cambiando y el culto de los antepasados dejó de ser el elemento de unidad del grupo familiar, se dio relevancia al parentesco de sangre.

Así, es preciso señalar que la institución familiar en su amplio devenir histórico ha transitado por la familia consanguínea, típica del advenimiento de la civilización que descansaba en el principio de la consanguinidad uterina; luego la denominada familia punalúa y la sindiásmica posteriormente.

La familia sindiásmica es la que da paso a la monogamia patriarcal, en la que se reduce el papel de la mujer a madre y servidora en el núcleo familiar y donde el matrimonio y la familia garantizaban la transmisión hereditaria y la legitimidad de la paternidad. Ahora bien, la presunción de paternidad estaba prevista por el derecho clásico romano, específicamente en el Digesto. Ahí se indica que puede entenderse por padre al que resulte aparentemente del matrimonio legítimo con la madre.

Así, se establece: *paterisestquemnuptiaedemonstrant* (una excepción digna de tenerse en cuenta es el hecho de alcanzar cargos sacerdotales) frente a la certeza natural de la madre: *mater sempercertaest*, y teniendo en cuenta la regla complementaria de que se nace dentro del matrimonio cuando los padres llevan

al menos siete meses casados, o cuando se nace antes de los diez meses de cesar el matrimonio”.

Este pasaje representa un importante aporte del derecho romano a la teoría y la historia de la presunción de paternidad legítima. La interpretación que realiza Royo Martínez (citado por Martínez de Moretín) de esta regla es “ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre y es el significado actual” En el derecho romano, esta presunción podía ser desmentida por prueba contraria.

Sin embargo, conviene mencionar que sus fundamentos se basaban en lo que aún hoy se considera como la base de la presunción de paternidad actual:

1. La fidelidad de la mujer;
2. El nacimiento en el *tempus legitimum* o el plazo legal de gestación,
3. la cohabitación entre los esposos.

En concreto, los fines de estos requisitos buscarían evitar que personas ajenas a la familia levantaran contra la mujer sospechas perturbadoras de las relaciones matrimoniales.

Teniendo en cuenta esta información conviene añadir que la presunción de paternidad es una regla que basándose en el principio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), establece legalmente quién es el padre cuando se cumple determinados requisitos.

Ahora bien, la legislación civil basada en el Código Civil Napoleónico como la de Latinoamérica y Europa Meridional coincide en considerar a la presunción de paternidad matrimonial como la institución que permite brindar certeza jurídica respecto del título de filiación que se debe atribuir a los hijos nacidos de mujer casada, cuyo hijo se presume, a partir de esta presunción, como hijo del marido de dicha mujer. Así, reiteramos que la presunción “*paterisest*” que sustenta la

filiación matrimonial se basa en la configuración del matrimonio monógamo, que tiene reconocimiento y protección en el derecho peruano y comparado (Bustamante 2007).

Grosman indica que la presunción de la paternidad del marido de la madre obra en un determinado contexto socio cultural; funciona dentro de la familia organizada de acuerdo con el actual modelo legal y constituye un efecto normal del matrimonio monogámico.

Así, en la legislación peruana se señala que los cónyuges tienen el deber de cohabitar y de fidelidad mutua, ambos presupuestos para la presunción de paternidad. A partir de estos presupuestos, Luz Monge señala que la filiación se funda en los deberes de fidelidad y cohabitación de los cónyuges¹⁴⁸. Igualmente, Cecilia Grosman indica que el presupuesto de la presunción de la paternidad del marido es la cohabitación entre los esposos y el respeto de la mujer al deber de fidelidad: presunción positiva de contacto y presunción negativa de infidelidad.

Considero que esta concepción del presupuesto de la presunción paterisest puede entenderse en el sentido que plantea Grossman, basado en la fidelidad de la mujer, que a su vez encuentra sentido en el concepto de potestad marital y criterios patrimoniales; o en función de los derechos fundamentales del hijo, un sujeto que necesita de una protección tuitiva en el seno de la familia.

En relación al primero de los conceptos, la noción de potestad marital, que supone el ejercicio de un poder jurídico por parte del marido sobre la persona y los bienes de la mujer casada, es el sustento sobre el que se construye la teoría de la presunción de paternidad matrimonial. Así, la potestad se definía como "el dominio o poder que se ejerce sobre una persona o cosa" y esta idea subyacía en toda la normatividad subordinante de la mujer.

En el Código Civil de Napoleón y en la mayoría de los códigos republicanos de América Latina aparecieron dos instituciones jurídicas expresamente tipificadas en la ley bajo la denominación de "potestad". Ellas son la "Potestad Marital" y la "Patria Potestad".

La justificación que avala la existencia de ambas radica en la incapacidad de los menores de edad para disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes en razón de su falta de responsabilidad.

Más allá de referirse a la presunción de paternidad matrimonial y la inaplicación de la misma en el sistema italiano, refleja el poder que tenía el marido respecto de su cónyuge y los hijos concebidos por ella. Otra evidencia del ejercicio de la potestad marital radica en la concepción del deber de fidelidad entre los cónyuges. Por ejemplo, en el Código Civil colombiano de 1887 se señalaba como causal de divorcio “el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido”, lo que significaba que el marido podía tener relaciones ocasionales con otras mujeres, sin constituir esta conducta una causal de divorcio, considerándose una conducta similar, en el caso de la mujer, como supuesto para entablar una acción de divorcio (Cordero 2001).

En mi opinión, este código civil reflejaba la concepción de fidelidad del derecho romano que castigaba severamente el adulterio de la mujer, por cuanto dicha conducta podría suponer la procreación de hijos cuyo padre no era el marido, es decir, ello implicaba “traer sangre extraña al hogar”.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2. SUB CAPITULO I: LA FILIACIÓN

1.2.1. LA FILIACION COMO INSTITUCION DEL DERECHO DE FAMILIA

En este capítulo abordaré, de manera más concreta, algunos principios y derechos que influyen en el derecho de familia del siglo XXI tales como: la igualdad que se traduce en la igualdad entre los hijos, la unidad de la filiación, la protección integral de los derechos del niño, la verdad biológica, entre otros. Todos estos tienen repercusión directa en el instituto de la filiación, regulado en el libro de familia del Código Civil 1984.

1.2.2. CONCEPTO DE FILIACION

Planiol y Ripperit indican que la filiación es el lazo de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra, es decir, establece una relación inmediata entre el padre o la madre y el hijo⁵⁴. Igualmente, Puig Peña señala que la filiación es el nombre jurídico que se brinda a la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra.

Por su parte, Zannoni indica 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 la familia”⁵⁶. Asimismo, el derecho de la filiación, establece el autor, “regula el conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno-materno filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia”. (Zannoni y Bossert, 2003)

De otro lado, en la doctrina nacional, VarsiRopigliosi señala que “la filiación es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

En el mismo sentido, Alex Plácido señala 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”.

De estas definiciones, podemos señalar que:

- a. La filiación se basa fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en un hecho natural. No hay filiación sin un hecho natural de filiación preexistente.
- b. La filiación es un estado, ya que frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un “estado”, es decir, una especial posición ante el orden jurídico, que genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante.
- c. La filiación supone siempre una investidura legal, en la medida que es el derecho el que determina o declara el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación.

Ahora bien, la mayoría de estudios que hemos revisado sobre el tema realiza un examen particularizado de la filiación y la tipología en que se divide. Desde Planiol y Ripert, Puig Peña, Borda y nuestra doctrina nacional podemos observar cómo el derecho comparado establece un cuadro legal de filiaciones.

En efecto, Alex Plácido señala que el modelo de codificación civil decimonónica consagró, conforme a sus inmediatos precedentes históricos, una clasificación de las relaciones de filiación legítima e ilegítima, según procedieran del matrimonio o fuera del mismo. A su vez, la filiación ilegítima se divide en natural y no natural.

La filiación no natural comprendía a la espuria o adulterina, la incestuosa –la habida entre ascendiente y descendiente- y la mancillada –la habida con ramera pública-.

Esta clasificación, tomada del Código de Napoleón, se incorporó al ordenamiento peruano en 1852 y se siguió en parte hasta el código civil de 1936.

Ahora bien, estas distintas clases de filiación generaban situaciones jurídicas muy distintas, en cuanto a los derechos de los hijos legítimos e ilegítimos. En efecto, ello se vislumbraba en los efectos respecto del nombre, alimentos y derechos sucesorios, pues, mientras los legítimos tenían la plenitud de los mismos, los naturales los tenían más reducidos y los no naturales sólo alcanzaban el derecho de alimentos restringido.

En el Perú, esta situación cambió con la Constitución de 1979 que estableció la igualdad de los derechos de los hijos ante sus padres. En efecto, en el párrafo final de su artículo 6, estableció que “Todos los hijos tienen iguales derechos” e igualmente prohibió “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”.

Ya en el Código Civil de 1984 se estableció claramente el principio de igualdad de las filiaciones⁶⁴. En efecto, al amparo de este principio se suprimió la

distinción ente filiación legítima e ilegítima, y la derogación de la “legitimación” por subsiguiente matrimonio de los progenitores o por declaración judicial.

En la actualidad, la filiación se clasifica en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. El reconocimiento legal del vínculo entre padre e hijo genera los mismos derechos para los hijos, independientemente de la filiación de que se trate.

Sin embargo, esta clasificación tiene una razón de ser en el hecho que el Estado promueve el matrimonio y genera a partir de este suceso consecuencias para la esfera de derechos de los cónyuges. Así, el matrimonio es un presupuesto para el establecimiento de la presunción de Paternidad matrimonial, o presunción “*paterisest*”, objeto de nuestro estudio.

En el código civil de 1984, la filiación matrimonial suscita diversas acciones que se dividen entre las de contestación y reclamación. Las acciones de contestación son las de negación o desconocimiento de paternidad, impugnación de la paternidad e impugnación de la maternidad.

En relación a la diferencia entre la acción de negación de paternidad y la impugnación de paternidad, Cornejo Chávez indica que la primera se funda en que el hijo ha nacido antes de cumplidos los 180 días desde la celebración del matrimonio, mientras que la segunda se sustenta en el hecho que el hijo ha nacido luego de este periodo. De otro lado, existe diferencia en razón de la

probanza, ya que mientras en el primer caso la carga de la prueba recae sobre el hijo y la madre, en el segundo caso es el marido quien debe probar la ausencia de paternidad.

Para Cornejo Chávez, el ordenamiento peruano admite las dos posibilidades, ya que si bien en el artículo 361 del código civil se establece que son hijos matrimoniales, es decir que tienen por padre al marido, los nacidos dentro del matrimonio o los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, sin aparente distinción⁶⁶, en el artículo 363 del código civil se impone entre las causales de desconocimiento el hecho que el hijo haya nacido antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

Para otros autores, sin embargo, no hay una bipartición entre acción de negación simple y acción de impugnación de la paternidad y engloban toda la discusión desde el punto de vista de la impugnación de la paternidad. De hecho, yo me adscribo a esta segunda posición, ya que al momento de abordar la presunción paterisest como objeto de estudio asumiremos que en todo momento se aplica tal presunción, conforme lo señala el artículo 361, y que las causales del artículo 363 son de impugnación de la paternidad.

De otro lado, la impugnación de la maternidad matrimonial también se encuentra regulada en el código civil. Sobre el punto, se indica que esta acción es de relevancia en la medida que involucra las otras posibles acciones de filiación. Si

falta el vínculo con la madre, entonces también falta el del padre. Al respecto, el artículo 371 indica que la maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo y el 372 establece que el plazo para interponer la acción es de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. Sus herederos o ascendientes sólo pueden continuar el juicio si aquélla lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.

En relación a la acción de reclamación de filiación matrimonial, el hijo es el legitimado para pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. Dice Cornejo Chávez que en estos casos el supuesto más frecuente es el de un hijo matrimonial que no tiene título ni posesión de estado, o sólo posee este último, o de acuerdo a Puig Peña, porque el hijo ha sido inscrito como de otro matrimonio, como hijo de padres desconocidos, etc.

En relación a la filiación extramatrimonial, Cornejo indica que mientras en el caso del hijo matrimonial el emplazamiento de estado surge del hecho del matrimonio de los padres y de presunciones legales en cuanto a los mínimos y máximos de la gestación, en el caso de esta filiación no existen tales factores y por ende el emplazamiento se logra por medio del reconocimiento voluntario o por la investigación judicial de la paternidad y la maternidad.

Sobre el reconocimiento, éste es un acto de voluntad facultativo, personalísimo e individual que no está sometido a ninguna condición. Asimismo, el reconocimiento en el derecho peruano es un acto irrevocable.

Es un acto personalísimo porque no admite que alguien distinto al progenitor realice el reconocimiento, salvo determinadas excepciones. De otro lado, es voluntario o facultativo, aun cuando la madre esté autorizada para señalar al padre sin la intervención de éste, ya que se pretende que el niño goce de una identidad propia, que no derive únicamente de la madre.

En el código civil se estipulan diversos dispositivos en torno al reconocimiento. Al respecto, se indica que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno sólo de ellos.

Igualmente, se indica que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se encuentren privados de discernimiento o en el caso que el padre o la madre sean sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable o cuando el padre o la madre se encuentran desaparecidos.

También cuando los padres sean menores de catorce años; en este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a

su hijo. En el mismo sentido, el código civil indica que puede reconocerse al hijo que ha muerto dejando descendientes.

La filiación extramatrimonial, además da lugar a las acciones de reclamación y de impugnación, ya que se sostiene en el principio de investigación de la paternidad. En relación a la impugnación del acto de reconocimiento, el artículo 399 del código civil señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395. En ese sentido, señala Cornejo Chávez que se excluye al propio padre reconociente, ya que el acto de reconocimiento es irrevocable.

De hecho, la doctrina señala que pueden impugnar el reconocimiento, el padre reconociente -aunque esto es cuestionable y según Cornejo Chávez la legislación peruana lo impide-, sin embargo, sería posible que el reconociente impugne el reconocimiento alegando vicios de voluntad; el padre incapaz en cuyo nombre el abuelo otorgó el reconocimiento, el verdadero padre o madre; el otro padre, el propio hijo reconocido, entre otros.

Sobre la acción de reclamación de paternidad, el Código Civil plantea una serie de supuestos en los que procedería la apertura de la investigación judicial de paternidad.

Así, el artículo 402 ha señalado 6 tipos de casos en los que procede la declaración judicial de paternidad:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
2. Cuando el hijo se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. *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. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el Artículo 415.*

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 desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Los primeros 5 incisos se pueden calificar como situaciones que permiten abrir el debate y prueba sobre el hecho de la procreación, de modo que no basta que se den los supuestos sino que también es necesario probar. En otras palabras, no se trata de presunciones legales que imponen automáticamente la declaración de dicha paternidad.

Sin embargo, en mi opinión, resultan obsoletos los cinco primeros supuestos en relación al sexto supuesto, ya que éste otorga a la prueba biológica una fuerza y validez que supera los tipos antes mencionados. De hecho, el artículo 402, inciso 6 establece que el juez puede desestimar los cinco primeros supuestos frente a la prueba genética.

En efecto, esta fue una innovación de la ley N° 27048 del año 1999. Según Varsi, esta ley respondió a la necesidad de actualizar las leyes en materia “procreática y genómica”, las que permiten establecer un vínculo biológico entre progenitor e hijo de manera indubitable.

En concreto, la norma en mención introdujo en la legislación nacional la prueba del y otras de igual validez científica, con mayor amplitud y valor probatorio que

la de los grupos sanguíneos, reconocida en el artículo 413 del Código Civil. Ésta estaba limitada en su aplicación a la filiación extramatrimonial dirigida, por su carácter negativo, a desvirtuar las cinco causales de paternidad tipificadas por el artículo 402 del Código Civil y las dos causales de maternidad del artículo 409 del mismo código.

Esta ley otorgó al ADN los caracteres de prueba realmente privilegiada, ya que irrumpió en las áreas de ambas filiaciones para acreditarlas o para desvirtuarlas. Para algún sector de la doctrina los exámenes científicos no serían simples medios probatorios orientados a demostrar los causales materia de los artículos 363, 371, 402 y 409 del Código Civil, sino que se constituyen como una nueva causal, o presunción, de comprobación o de negación, de una u otra filiación, con inevitable tendencia para sustituir o hacer ineficaces las causales materia de las disposiciones antes mencionadas.

Asimismo, en relación al proceso de filiación extramatrimonial, la ley N° 28457 del año 2005 ha modificado el proceso con la finalidad de asegurar el derecho del niño a tener una filiación, a gozar del nombre y de una identidad definida -al menos en relación al inciso 6 del artículo 402-.

De esta forma, se otorgó competencia a los juzgados de paz letrados para conocer las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil, es decir puede resolver casos en los que se acredite el vínculo parental por medio de las pruebas genéticas o científicas mencionadas.

Sobre el punto, VarsiRospigliosi indica que este es un proceso ex code, no tratado en el Código Procesal Civil, ya que ninguno de los procesos del Código cumplían con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN.

El mismo autor cita un párrafo del Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, realizado el 21 de junio de 2005, en el que se acordó por unanimidad:

PRIMERO.- En tanto la Ley N° 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley N° 28457 que modifica el artículo 402 del C.C., es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil.

Asimismo, otra modificación que introduce la ley es el hecho de la legitimación para interponer un proceso de reclamación de filiación extramatrimonial. Al respecto, mientras el artículo 407 establece que es al hijo a quien corresponde de manera exclusiva la acción judicial de paternidad extramatrimonial, y es la madre quien puede accionar en su representación; la ley 28457 establece en el artículo 1 –al menos en lo que se refiere al inciso 6 del artículo 402- que

cualquiera que tenga interés legítimo puede solicitar una declaración judicial de paternidad.

Ahora bien, este proceso representa un cambio significativo en la medida que se busca tutelar ante todo la identidad del niño y acelerar el proceso de filiación. De hecho, la carga de la prueba se invierte y es el padre quien debe probar la inexistencia de un vínculo biológico, con la posibilidad que ante su negativa de realizarse un examen genético se declare la paternidad respecto del niño. En ese sentido, la negativa se establece como una presunción a favor del hijo.

De otro lado, recientemente, en marzo del 2010, el Congreso aprobó una modificación de la ley N° 28457 que establece que los demandados en juicios por filiación de paternidad extramatrimonial pagarán los costos de la prueba biológica de ADN y en caso se rehúsen, el juez declarará la paternidad buscando así garantizar una paternidad responsable.

Esta modificación me parece relevante, ya que busca proteger el interés del niño en medio del proceso de reclamación de filiación extramatrimonial. Y es que en muchos casos la prueba de ADN se hace impracticable por falta de recursos económicos de la madre o del hijo. De hecho, esta es una medida tuitiva que va de la mano con el principio constitucional de protección integral de los niños.

En líneas generales, esta es la configuración actual de la filiación en el Perú, aunque hemos dejado de lado las referencias a la adopción, creemos que el punto

central de las diferencias se expresa entre la matrimonial y la extramatrimonial. En esta situación se admite una reevaluación y reconsideración de lo establecido legalmente en torno a la investigación de la paternidad, los medios probatorios, las causales de impugnación de paternidad matrimonial, los casos que admiten una reclamación matrimonial entre otros temas a la luz de la igualdad y otros principios de derecho constitucional que influyen el derecho de familia.

LA VERDAD BIOLÓGICA.

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico. A través de él nos identificamos con nuestros descendientes por que, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan a la parentalidad natural, tienen esa indudable trascendencia a que ya nos habíamos referido al hablar del significado psicosocial de la esterilidad humana.

Es por eso que el legislador, al fijar las precauciones que conducen al vínculo paterno-filial, o al reglamentar su investigación e impugnación, hace constantes referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos. Es decir, a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno.

2.3. SUB CAPITULO II: PRINCIPIOS DE LA FILIACION EN EL DERECHO PERUANO

• PRINCIPIO DE IGUALDAD

El principio – derecho de igualdad es la “principal piedra angular del constitucionalismo que ha informado los principales cambios históricos, sociales y en consecuencia, normativos en el mundo occidental. Así, desde el siglo XVIII con las revoluciones que pretendieron dotar a los Estado Nación de una Carta Política que rijan las relaciones entre el Estado y el ciudadano, como la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la Constitución de Norte América de 1787, el principio derecho de igualdad ha alumbrado los instrumentos normativos de los Estados Nación. Sin embargo, su complejidad y eventual indeterminación ha obligado a comprender este derecho como uno que se verificará según las circunstancias en que se analice. (Zannoni y Bossert, 2003)

Criterios diversos han tratado de resolver esta dificultad, sin embargo, podemos adoptar lo propuesto por Bobbio quien refiere que para determinar su significado, o si dos entes son iguales o no “es necesario especificar de qué entes se trata y respecto de qué cosas son iguales, o lo que es lo mismo, debe responderse a las preguntas: a) "¿Igualdad entre quiénes?", y b) " ¿Igualdad en qué?"".

Al ser el principio – derecho de igualdad el vértice en el que confluyen todos los otros derechos, éste se expresa como un derecho de carácter relacional. En ese sentido, el TC ha establecido que: “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensables para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales.

Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional (...) “funciona en la medida en que se encuentra conectada con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan”.

• **LA IGUALDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL**

La igualdad en tanto principio es reconocida por nuestra Constitución Política de 1993, así como los tratados de derechos humanos que informan y conforman el denominado bloque de constitucionalidad. Al decir de Alexy, citado por Torres Zúñiga, “la igualdad debe ser entendida como un mandato de optimización, es decir como una norma que ordena que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”.

Este mandato a su vez se erige como criterio de interpretación e integración, que al decir de Bernal Pulido, quien suscribe la tesis de Alexy, puede verificarse en los siguientes sentidos:

“(1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; (2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; (3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); y (4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)”.

• UNIDAD DE LA FILIACION COMO MANIFESTACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Abordar la unidad de la filiación supone un intento por integrar los diversos aspectos que la constituyen como institución, vista ésta desde el derecho internacional de los derechos humanos, los principios constitucionales y la ética que le imprimen los derechos fundamentales implicados en la filiación. Así, al decir de Méndez Costa, la filiación *expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas.*

La filiación vista desde disciplinas como la ética y la moral, así como desde la biología u otras ciencias, ha supuesto diversas aproximaciones según el momento histórico de cada sociedad y su ordenamiento jurídico.

El establecimiento de distinciones para el ejercicio de derechos, según el tipo de filiación asignado a una persona, justifica una discusión en torno a la necesidad de su distinción y la mejor forma de aproximar la filiación al principio de la equidad y el derecho a la igualdad.

Y, es que la igualdad intrínseca de los seres humanos no es una afirmación antigua y su derivación al Derecho tampoco lo es. En tal razón, plantear la unidad de la filiación es una afirmación del derecho a la igualdad de las personas y su exigencia de garantía por parte del Estado y la sociedad.

En particular, para el Derecho de Familia, por ejemplo, *la consideración del hijo extra matrimonial ha supuesto la confirmación de la vigencia de ideologías y concepciones de un determinado medio social y la época para la cual se legisla.*

En el contexto actual, se propugna la unidad de la filiación, lo que supone la igualdad en el tratamiento jurídico de las personas, independientemente del vínculo legal de los progenitores. Esta institucionalización de la unidad de la filiación en razón de la igualdad de las personas, sin embargo, encuentra algunos obstáculos en su materialización.

Por ejemplo, una dificultad ha sido el hecho que el matrimonio confiere certeza al hijo respecto de la paternidad asignada al marido de su madre, facilitando la reclamación de la filiación o su establecimiento cuasi indubitable: la presunción paterisest, establece reglas que dificultan, a su vez, su impugnación.

Apelando a las seguridades que ofrece el matrimonio, hay quienes en la doctrina han distinguido la situación del hijo denominado legítimo, por haber nacido dentro del matrimonio, de la situación del hijo ilegítimo para quien *la condición de hijo natural está dominada por un dato de hecho que el derecho no podría desconocer: ese hijo no nace en una familia organizada para acogerlo y educarlo*. Esta afirmación, sin embargo, considera que sólo las familias basadas en el matrimonio expresan una vocación por acoger a los hijos nacidos de la pareja, situación que no es posible generalizar en la actualidad, debido al debilitamiento que experimenta el matrimonio como institución en tanto forma, antes exclusiva⁹¹, de conformar una familia.

Afirmar que el matrimonio es consustancial al derecho natural, lo vincula al Bien Común y tiene como consecuencia para algunos, la protección de la filiación matrimonial, la que es vista como un medio para la protección de la institución de la familia. Así, puede tener entonces justificación el que la filiación matrimonial resulte más beneficiosa para el ordenamiento jurídico, que la filiación no matrimonial.

En esa línea de pensamiento, Méndez afirma que *el reconocimiento de la intrínseca igualdad humana va siempre acompañado de la valoración de la familia legítimamente constituida como indispensable para el bien personal y el Bien Común*. Pero ésta es una familia matrimonial, que niega las otras formas de familia vigentes en la sociedad contemporánea.

En esa línea de intervención, que equipara la protección de la familia (matrimonial) con el Bien Común y que su falta de protección implica inclusive un atentado a la Nación⁹², resulta legítimo proteger a los hijos nacidos dentro de esta familia y no así a los otros hijos, nacidos fuera de ella.

El riesgo de equiparar el Bien Común a la protección de una institución como la familia, negando la protección expresa a cada uno de sus miembros, conlleva el riesgo de postergar la protección de quienes la conforman y relega el ejercicio de derechos fundamentales de los mismos.

Entonces, el argumento para proteger a los hijos de manera independiente del vínculo legal de sus padres, sustentado en la igualdad de la persona humana, debe relativizarse para algunos, al considerarse que tal equiparación en el tratamiento jurídico a ambas filiaciones conlleva una mella para la institución matrimonial.

Así, algunos están de acuerdo en el establecimiento de distinciones entre ambas filiaciones, imponiendo menores beneficios para los hijos nacidos fuera del matrimonio en torno a los derechos patrimoniales o al vínculo que los hijos

puedan establecer con la familia de sus progenitores, al sostenerse que *el parentesco se propaga, a partir de cualquier clase de filiación, sólo por vía matrimonial.*

En mi opinión, la protección del derecho de los hijos al margen del estatuto jurídico del vínculo entre sus padres no puede ni debe suponer una mella en la protección que se debe brindar a una institución como la familia, la que está constitucionalmente protegida por el Estado peruano. Su promoción y auspicio no debe suponer, a su vez, una desprotección a personas que tienen el derecho a la igualdad simplemente por su condición de tal, no debiendo justificarse en su procedencia u otra razón, alguna distinción en el goce o ejercicio de sus derechos.

Pretender que, en aras de la protección de la familia, se deba limitar el ejercicio del derecho de los niños nacidos fuera de ella, es pretender plantear un conflicto que requiere de una ponderación de derechos. Tal conflicto es, a mi entender, inexistente en tanto el ordenamiento jurídico se cimienta en la protección de derechos fundamentales que a la luz del principio garantista de la Constitución y los tratados de derechos internacionales exige, más bien, una extensión de las protecciones otorgadas por el Estado a la persona humana y restringe cualquier posibilidad de limitación o restricción al ejercicio de derechos.

En esa línea, Barbero opina que la protección de la familia legítima que el Estado debe asumir no exige establecer diferencias que coloquen en situación de

inferioridad a los hijos extra matrimoniales. Dice: *“siendo injusta la desigualdad, no dejaría de serlo aunque se demostrase que es un medio eficaz para proteger a la familia legítima.*

Es más, refiere que con esta afirmación, no debe apelarse a la justificación que se esgrime para la legítima defensa, por ejemplo, cuando se dice que ésta es justificada aún cuando el medio empleado suponga la pérdida de una vida, valor y derecho a la vez. El autor dice que *no se podría decir análogamente que la ley sólo busca proteger la familia legítima, siendo la desigualdad entre los hijos un efecto no querido: habría que demostrar que es el único medio para lograr esa protección.*

Contrariamente, Méndez afirma que la unidad de la filiación sí comporta un grave riesgo para la familia matrimonial al *prescindir de ella para fijar el status del hijo, sí produce la equiparación de las paternidades y de las maternidades y la confusión del parentesco matrimonial y extra matrimonial. Es preciso compensarlo apelando con decisión a desenvolver todas las energías públicas y privadas al servicio del amparo y promoción del matrimonio y de la familia constituida, rodeándola de garantías morales y materiales, desalentando las uniones fuera del matrimonio.*

Siendo el objeto de protección el interés jurídico del hijo, las consideraciones para establecer las consecuencias de la declaración de igualdad entre las

filiaciones no son más el vínculo matrimonial o no de los padres, sino cuanto beneficie y permita el ejercicio de derechos fundamentales de ese hijo.

Conviene exponer algunas consideraciones que formaron parte de ese debate y que bien pueden aclarar la justificación de la defensa de la unidad de la filiación como una defensa del derecho a la dignidad de la persona humana. Con la revalorización de una institución fundamental como la filiación, se aplica un criterio moral y ético al Derecho, el que *no puede ni debe crear ninguna diferencia legal entre los hijos nacidos dentro del matrimonio o fuera de él.*

De otra parte, se indicó que la unidad de la filiación no debilita, por el contrario, fortalece a la familia gracias a una disposición justa basada en la igualdad por el reconocimiento de la dignidad esencial de la persona, avalando así la inexistencia de colisión entre la unidad de la filiación y la defensa de la familia basada en el matrimonio.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano, la unidad de la filiación se encuentra reconocida a partir de la Constitución de 1979, en la Constitución de 1993 y en el Código Civil de 1984. De hecho, éste se reconoce como el principio de igualdad de las filiaciones.

Así, en el artículo 6 de la Constitución de 1993 reconoce el principio de igualdad de los hijos: (...) Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza

de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Ahora bien, a nivel legislativo, la unidad de la filiación se manifiesta en diversos artículos del Código Civil, aunque ello no implica que haya una completa equiparación de las filiaciones. De hecho, ello se hace patente en las restricciones en la legitimación para la impugnación de la paternidad matrimonial del hijo de mujer casada o para que éste inicie una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial cuando aún posee el título de hijo matrimonial. Éste es un punto que abordaremos en el siguiente capítulo.

La influencia más clara de la unidad de la filiación se ha mencionado ya al inicio de este capítulo, y es el cambio en la distinción de las filiaciones que hacía el legislador en función del concepto “legítimo” o “ilegítimo”.

De otro lado, los efectos igualitarios de la filiación conllevan consecuencias en el derecho sucesorio. Por ejemplo, el actual Código Civil de 1984 plantea en el artículo 818, que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres.

En concreto, esta disposición comprende a los hijos matrimoniales y a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos; así como también a los hijos adoptivos.

En el mismo sentido, el artículo 819 continúa señalando que la misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza si concurren solos y por estirpe cuando concurren con hijos del causante.

No obstante, en el derecho sucesorio el artículo 829 del Código Civil se encuentra en abierta discrepancia con el principio de unidad de las filiaciones en la medida que otorga un trato distinto a los medios hermanos respecto de los hermanos de padre y madre, ya que estos reciben una porción doble de la herencia en comparación con los primeros.

Al respecto, Alex Plácido ha señalado que es necesaria la reforma legislativa de tal artículo. Y es que la igualdad jurídica de los hijos tiene influencias en el parentesco en toda la línea ascendente como descendente y la colateral hasta el cuarto grado, por ende, dice el autor, es necesario que la solución al problema suponga que no recaiga sobre los descendientes las consecuencias de las circunstancias fácticas sobre el hecho de su concepción.

Asimismo, los efectos de la unidad de la filiación se extienden al ámbito del derecho alimentario, pues permite la recíproca prestación de alimentos entre progenitores y descendientes y demás ascendientes, así como los colaterales en segundo grado, es decir, los hermanos y los medios hermanos entre sí.

De hecho, el artículo 479, sin hacer referencia al origen de la filiación, indica que entre los ascendientes y los descendientes, la obligación de darse alimentos pasa por causa de pobreza del que debe prestarlos al obligado que le sigue.

De otro lado, Alex Plácido indica que el principio de igualdad de las filiaciones genera como consecuencia la actuación conjunta de los atributos de la patria potestad por ambos padres y que la excepción es la actuación separada para los casos en que se restrinja el ejercicio de la patria potestad.

• **LA PROTECCION DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS**

En el marco de la constitucionalización e internacionalización de los derechos del individuo, los derechos del niño también han adquirido relevancia. De ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos.

En el ordenamiento peruano, los derechos del niño han sido reconocidos en las Constituciones de 1920, 1933, 1979 y 1993. De hecho, ello revela que para el Constitucionalismo eran sujeto de protección, aunque con concepciones distintas del niño – como menor y posteriormente como sujeto de derechos -.

Constitución - Norma:

1920 - El estado cuidará de la protección y el auxilio de la infancia

1933 - 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 amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados.

1979 - El niño y el adolescente son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

1993 - La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente... en situación de abandono (artículo 4).

Así, hemos pasado de la inexistencia de un discurso a favor del niño a la doctrina de la protección irregular y finalmente a la de protección integral del niño. Y es que la noción de niñez y niño, al igual que el de familia, ha sido construida sobre la base de concepciones políticas, económicas, sociales y culturales.

De esta forma, se ha realizado un tránsito del discurso romano que propugnaba al *pater familias* como propietario de los bienes y los hijos al discurso del siglo XXI en el que los niños son sujetos autónomos con titularidad de derechos fundamentales frente al estado y los particulares.

De acuerdo a Gil Domínguez y otros, el régimen patriarcal absoluto de los padres sobre los hijos se quebró cuando la propiedad de la tierra dejó de ser el tronco de la subsistencia del individuo. Así, el proceso de industrialización convirtió a la familia en el reducto individualista de afecto y solidaridad frente a la explotación económica del modelo industrial en el cual el niño es el epicentro del escenario familiar.

Ahora bien, la protección del niño en el Estado Constitucional supone incorporar al tema de análisis la Convención sobre los Derechos del Niño que supone el paso de la doctrina irregular a la de protección integral.

La protección irregular protegía al **menor** en situación de delito o abandono y autorizaba una intervención estatal discrecional, un poder de poner a disposición del estado a todo *menor* considerado en “situación de riesgo moral y material”. Esta doctrina establecía un complejo tutelar (protección) y un sistema correccional (curación) y pone en marcha un conjunto de políticas de institucionalización de los *menores*, que formó parte de un plan de *gubernamentalidad* de las clases inferiores (Castells).

Por su parte, la Convención en mención ha supuesto la consideración del niño como sujeto pleno de derechos, que ya no es visto como un objeto de compasión y que posee derechos universales, los que tienen cierta equivalencia con los derechos de los adultos, aunque especificidades que atiendan a la naturaleza y necesidades del niño.

De esta manera, se deja de considerar al niño o niña como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño o niña.

Por su parte, Ferrajoli señala que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño invierte la vieja relación entre el derecho y los *menores*, pues deja de considerarlos como objeto de derecho, es decir, de tutela y represión para pasar a ser sujetos plenos de derecho.

Es importante mencionar que este proceso de reconocimiento de derechos de los niños va de la mano con la relación entre derecho y democracia, lo que finalmente genera identidad con la categoría de ciudadano. Y es que el principio democrático en tanto fundante del orden constitucional contemporáneo y su vinculación directa con los derechos fundamentales, lleva al reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, lo que en términos de ciencia política se define a partir de la categoría de ciudadano. El niño sujeto de derechos, con acceso a garantías jurídicas de orden constitucional y legal que protegen sus derechos, en términos políticos es un ciudadano.

En concreto, si tenemos en cuenta las características propias de los niños y la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, entonces hablamos de una protección específica para ellos. Es en estos términos que debemos entender el concepto de tratamiento especial.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) menciona una protección especial de acuerdo a sus necesidades y la naturaleza de sus derechos:

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 (El subrayado no es del texto original).

En igual sentido, el preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”.

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también reconoce este principio al señalar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que los “Estados Partes se

comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”.

Partiendo de estas consideraciones, podemos indicar que hay un énfasis tuitivo en relación al niño que se sustenta en su condición de vulnerabilidad para llevar una vida totalmente independiente, de modo que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia de los niños frente a los adultos, se impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo.

En ese sentido, conviene indicar que la situación de protección especial de los niños es distinta a la de las acciones afirmativas a favor de otros grupos en situación de vulnerabilidad, víctimas de discriminación como el de las mujeres e indígenas.

En efecto, mientras el objeto de las acciones afirmativas es la eliminación de toda discriminación de hecho contra grupos históricamente marginados para hacer pleno el concepto de igualdad material; en el caso del niño y adolescente, la protección que el derecho otorga es distinta, pues estos tienen necesidades especiales y diferentes a las de los adultos. Es decir, el derecho no trata de equiparar a los niños con los adultos o eliminar brechas que generan desigualdad en relación a otras poblaciones, sino de atender adecuadamente a las necesidades propias de su edad.

Así, si bien las acciones afirmativas generan un trato desigual a favor de las poblaciones discriminadas por un determinado periodo de tiempo - hasta equiparar materialmente a los sujetos discriminados -, el derecho del niño y del adolescente tiene por objeto únicamente proteger y promover garantías a favor de estos sujetos.

En síntesis, mientras que la acción afirmativa está vinculada al principio de igualdad y no discriminación, el derecho de los niños y adolescentes busca protegerlos en tanto sujetos de derecho plenos, con derecho a la vida, igualdad, integridad, entre otros. Sobre la protección especial, el Tribunal Constitucional indica que el niño tiene derecho a disfrutar de una atención y protección especial y a gozar de las oportunidades para desarrollarse de una manera saludable, integral y normal en condiciones de libertad y de dignidad.

En ese sentido, la consecuencia general de la “protección especial” es que ningún acto legislativo puede desconocer los derechos de los niños ni prever medidas inadecuadas que impidan garantizar su desarrollo integral y armónico, pues en virtud del artículo 4° de la Constitución, el bienestar (físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social) del niño se erige como un objetivo constitucional que tiene que ser realizado por la sociedad, la comunidad, la familia y el Estado.

En líneas generales, al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partimos de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección

especial que se sustenta en el hecho que la protección de los niños tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos.

Ahora bien, con el desarrollo de este acápite quiero dejar sentado que el derecho de familia se encuentra influenciado necesariamente por los derechos del niño. Hemos mencionado que el paradigma del derecho constitucional ha modificado la manera de entender las relaciones en el derecho de familia, y los individuos, antes que la familia como colectivo en sí, pasan a ser el objeto de protección primordial para el derecho, lo que encuentra sentido en la lógica de protección del individuo y la dignidad humana como base fundante del Estado Constitucional. En ese sentido, las instituciones que regula esta rama del derecho necesariamente se irradian de este principio; así en determinados casos, éstas adquieren un contenido de protección orientado hacia la protección del niño.

Al respecto, recordemos que en la propia Convención sobre los Derechos del Niño, se hace referencia a la familia como la unidad central encargada de la integración social primaria del niño. Los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental.

En ese sentido, hay una vinculación directa entre el derecho de familia y los derechos del niño que debemos dejar en evidencia, porque éste es un elemento

fundamental para el análisis de la presunción “paterisest” y su conceptualización en el derecho peruano.

2.4. SUB CAPITULO III: LA IDENTIDAD

2.4.1. DEFINICIÓN

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, 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 (Art. 6 del Código de los Niños y Adolescentes).

Identidad.

La identidad comporta siempre la referencia de “uno mismo” al entorno, al ambiente, ya sea como individuo o como grupo. Podemos decirlo de otra manera, planteado, que la identidad tiene dimensiones, tanto individual como grupal, que a la vez son niveles referenciales para un mismo proceso. Implica una autoimagen, es decir, percepciones, actitudes, opiniones y sentimientos respecto a las propias características, potencialidades, estilo, necesidades, costumbres, ideas, intereses, impulsos, destrezas, historia, proyecto, futuro, sexualidad, inteligencia, vocación, lenguaje, cultura y competencia. Tal autoimagen se va configurando según la percepción e información externa que se obtiene de sí. Más el cumulo de experiencias pasadas. También se relaciona

con los valores y creencias que con forman la propia movilidad, cosmovisión, ideología y patrones de enjuiciamiento a la norma; la identidad comporta llegar a saber “qué quiero hacer”, que me gusta” y “para que soy bueno”, en resumen es la opción de vida.

La identidad individual o personal.

Desde el plano jurídico y dese una perspectiva individual diremos como German Bidart, que cada persona tiene derecho a presentarse en la convivencia societaria como “el que es”, en la ya referida “mismidad” auténtica y, a que así se le reconozca, se le respete y se le tolere. Se comprende que en esta vertiente no aludimos los rasgos físicos, biológicos o estáticos de la persona identificada, sino a una multiplicidad de caracteres dinámicos y manifestaciones concretas que componen un bagaje o patrimonio inmaterial: lo somático, lo espiritual, lo ideológico, lo profesional, lo religioso de cada uno. Con este acervo cada sujeto se distingue de cualquier otro ser humano: es una unidad irrepetible y única, diferente a todo otro prójimo; es lo que le individualiza y lo especifica como “el que es” en su “yo” y en su amistad”. Por eso hablar de la imagen que la identidad personal proyecta, traslada y exhibe hacia afuera, ante los otros, haciendo que el sujeto sea “su uno mismo” y no “uno distinto” u “otro” que, en su verdad personal, no es “el que es”.

Como señala Fernández Sessarego –citando a Roppo-, contrariamente a lo que acontece en otros derechos de la personalidad, el derecho a la identidad personal

no se plantea como un límite en cuanto a la acción de los demás, es decir, en sentido negativo, sino más bien como un requerimiento de la “positiva expresión de la propia personalidad.

La identidad, significa “ser” este y no otro, es un derecho proclamado por la legislación peruana, no obstante ello, miles de peruanos no pueden acreditar su identidad debidamente, es decir, no cuentan con el documento nacional de “identidad”.

El instituto de la filiación, necesariamente encierra un vínculo con el derecho a la identidad. Este principio o derecho se encuentra reconocido en la Constitución de 1993. Igualmente, el artículo 16° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*.

Y el artículo 3° de la CADH: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Asimismo, en el artículo 19 de la CADH se establece 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, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”*. Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: *“Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”*.

En el caso de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú y parte del ordenamiento interno, nos ofrece ciertas luces sobre el tema al señalar en su artículo 8.1 que:

“Los Estados parte se comprometerán 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”.

Igualmente, el Código de los Niños y Adolescentes señalan en el artículo 6 que:

El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente.

De estas normas podemos desprender que el derecho a la identidad tiene una naturaleza compleja, es el continente de otros derechos. Así, el contenido del mismo se define como:

- a. Derecho al nombre
- b. Derecho a la nacionalidad
- c. Derecho a las relaciones familiares (conocer a sus padres y ser cuidado por ellos).

En otro término, la doctrina señala que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad; en suma sería todo aquello que hace que cada cual se “uno mismo” y no “otro”¹⁰⁴. Fernández Sessarego distingue entre la identidad estática y la identidad dinámica.

La primera está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco, en tanto que la identidad dinámica, se encuentra conformada por la edad, el entorno socio familiar, etcétera.

De otro lado, autores como Álex Plácido consideran que el derecho a la identidad personal “*supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación*”.

Zannoni, por su parte, señala que la identidad en términos filiatorios tiene una faz dinámica y otra estática. De esta forma, la ha definido así:

- a. “Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo. O, el presupuesto biológico del vínculo jurídico.
- b. Desde el punto de vista de la existencia de tal presupuesto biológico, la identidad filiatoria, presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos

y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de relaciones familiares (particularmente, es obvio, de las relaciones paterno-filiales)”.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad tiene una dimensión objetiva y otra subjetiva. En ese sentido, reconoce el carácter complejo del derecho en mención. Al respecto lo define de la siguiente manera: “El *derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú comprende un doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia, características corporales, etc.) y por el otro de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos mucho más relevante este último. En este sentido este derecho implica distinguir a una persona a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas pudiendo requerir de referentes más complejos tales como puede ser el caso de costumbres, o creencias, por consiguiente este derecho se concibe de una manera integral*” (Zannoni y Bossert, 2003)

A partir de la concepción interpretativa de las normas, doctrinal y jurisprudencial, podemos deducir 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.

Si bien, el derecho a la identidad ha sido definido en una doble dimensión -ya sea estático-dinámico u objetivo-subjetivo- considero que esta distinción es mecánica e innecesaria y que el contenido del derecho en mención debiera entenderse de manera integral y dinámica en su totalidad.

Ahora bien, en razón de este estudio, 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.

De otro lado, esta opción no nos conduce a excluir otros elementos del derecho a la identidad que se desprenden de la doctrina y otros tratados y principios del derecho, sin embargo, para los efectos de la relación entre filiación e identidad, aquellos dos resultan los preponderantes. En estos términos, se debe definir también los conceptos de nombre y relaciones familiares.

2.4.2. EL DERECHO AL NOMBRE

El nombre, de acuerdo al Comité de Derechos Humanos en su Comentario General No. 17, tiene dos dimensiones: i) elegir y cambiar de nombre y; ii) derecho al apellido de la persona. A partir de esta definición del Comité de Derechos Humanos, Salmón nos indica que “el derecho al nombre podría definirse como aquél que toda persona posee para ser dotada de un nombre (prenombre y apellidos), así como a que no se usurpe dicho nombre”.

Asimismo, en países como el Perú, que han adoptado la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho a las relaciones familiares del hijo, se define como el derecho de éste a conocer a sus padres, reconocido en el artículo 7. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como hemos referido anteriormente.

2.4.3. EL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES

Este derecho se encuentra vinculado a la verdad biológica y al derecho a ser cuidado por los padres. Se encuentra regulado en el artículo 8 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes.

En relación a la verdad biológica, ésta ha sido puesta en relieve a partir del análisis de la institución de la adopción en los distintos sistemas jurídicos. Sin

embargo, aunque partió de la institución de la adopción, la verdad biológica se ha convertido en referente obligado cuando se estudia el derecho a la identidad de los hijos en cualquiera de sus ámbitos de análisis.

Así, la verdad biológica ha adquirido relevancia significativa en los últimos años. Ello se debe a los avances científicos y tecnológicos que permiten determinar con un alto grado de certidumbre la paternidad y maternidad biológica del hijo. En efecto, existen desarrollos sobre derecho y genética a partir de los casos de fertilización asistida, entre otros.

María Corona Quesada González ha indicado la existencia de un derecho fundamental de la persona a la verdad biológica. De hecho, la doctrina alemana empieza a defender la existencia de un derecho fundamental de la persona: "el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular".

Ahora bien, para autores como Ana Garriga, 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.

Igualmente, Díaz-Ambrona da cuenta y acoge lo señalado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres del 29 de marzo de 2001 que señala que “el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscarlo en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad”.

Asimismo, esta discusión ha decantado en pronunciamientos de tribunales jurisdiccionales que reconocen el derecho de las personas a conocer su origen biológico, pues ello es componente de su identidad, de su intimidad y de su vida privada y familiar.

Por ejemplo, en el caso *Gaskin vs. Reino Unido*, el demandante había pasado gran parte de su infancia en instituciones de protección y en familias de acogida y se interesó por conocer su pasado. Su pretensión le fue denegada en todas las instancias nacionales del Reino Unido. Sobre el punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que “los archivos sobre la historia de una persona que ha permanecido bajo tutela de la administración forman parte de su vida privada y familiar y el Convenio Europeo protege el interés de las personas que se hallan en la situación del demandante, a recibir la información necesaria para conocer y comprender su infancia.

Igualmente, en el caso *Odièvre vs. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que el artículo 8 del Convenio de Derechos y Libertades del Hombre protege en concreto “un derecho a la plenitud personal con motivo del cual figuran el establecimiento de los detalles de su identidad como ser humano y el interés vital a obtener las informaciones necesarias para descubrir la verdad sobre un aspecto importante de su identidad personal, por ejemplo, la identidad de sus progenitores”.

Ahora bien, aunque pareciera que la verdad biológica es un elemento fundamental del derecho a la identidad, el mismo no es absoluto y no se encuentra por encima de otras consideraciones que determinan el contenido del derecho continente identidad.

Por ejemplo, a partir de las ficciones que el derecho crea para normar situaciones de la realidad que considera jurídicamente relevantes, la institución de la adopción, prevista en el artículo 377 del Código Civil establece que “por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”. Sin embargo, entre adoptante y adoptado no existe un nexo biológico que determine su vínculo filiatorio.

En igual sentido, para el derecho, la procreación asistida que recurre al gen proporcionado por una persona distinta del cónyuge, supone el establecimiento de un vínculo de filiación distinto al que la verdad biológica determina.

Así, puedo afirmar que si bien la verdad biológica emerge como un derecho que tiene la capacidad de modificar relaciones sociales preestablecidas, no determina la naturaleza de las relaciones familiares, en tanto componente del derecho a la identidad.

En el mismo sentido, existen casos en los que los hijos de mujer casada tienen por padre biológico a un hombre distinto del marido de la madre; frente a ello, aparentemente debiera primar la verdad biológica antes que la conservación de una presunción que se encuentra en conflicto con la realidad.

Sin embargo, la verdad biológica –cuando no es invocada por el marido como causal de impugnación de paternidad matrimonial- puede no ser determinante para cambiar el título y la posesión de estado del hijo de la mujer casada; y tampoco resulta ser preponderante frente a las relaciones familiares que el hijo ha establecido con un entorno familiar al cual el padre biológico no pertenece.

En esa lógica, la verdad biológica entra en conflicto con otros elementos del derecho a la identidad, lo que debe resolverse teniendo en cuenta las consecuencias que puede acarrear en la esfera del libre desarrollo de la personalidad del hijo. En estos casos, se puede hablar de la aplicación del principio del interés superior del niño, para resolver un conflicto de esta envergadura, que llevará a interpretar o a aplicar la norma más protectora o más garantista si de reconocer derechos se trata, o de la norma menos restrictiva

cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos del niño.

Así también encontramos sustento para nuestro planteamiento en la doctrina nacional: Alex Plácido refiere entre las facetas de la identidad de origen, lo que interpreto como “verdad biológica”, el derecho a conocer a los padres: ejercido para determinar la filiación y el mero conocimiento del origen biológico sin que éste establezca un vínculo paterno filial.

Entonces, podemos afirmar que siendo la verdad biológica un derecho que permite cumplir el rol garante del Estado de proteger a la persona, en tanto fin supremo de la sociedad, precisamente en cumplimiento de dicho rol, el sistema jurídico puede y debe relativizar sus efectos cuando la posesión de estado informa que existen relaciones familiares que no se sustentan en aquella.

De otro lado, el otro elemento del derecho a las relaciones familiares se traduce en lo que hemos llamado derecho a ser cuidado por los padres. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño explicita que el niño debe vivir en la medida de lo posible con sus padres (art. 7.1), lo que implica que el Estado deba promover o asegurar el derecho de los niños a tener vínculos con los padres en la medida que ello lo otorga un sustento para la formación de su identidad.

Y es que como venimos sosteniendo a lo largo del texto, la familia cumple un rol preponderante en la protección y cuidado del hijo. Al respecto, Kemelmajer

afirma que la familia ha dejado de cumplir un rol eminentemente productivo para convertirse en un ámbito que integra valores como la solidaridad y el papel de protección y cuidado de los hijos¹²⁰. Por su parte, Díez- Picazo y Ponce de León afirman que los fines asignados a la familia se traducen en la asistencia y socialización de sus miembros.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional Peruano ha indicado que el derecho del niño a tener una familia, o ser cuidado por sus padres es de carácter fundamental y encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1º y 2º, inciso 1) de la Constitución.

Ahora bien, estas consideraciones sobre el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, como elemento del derecho a la identidad, necesariamente se deben sopesar con el principio de verdad biológica.

No necesariamente ambos principios coincidirán en todas las situaciones, en algunas pueden presentarse conflictos como los que hemos explicado respecto de la verdad biológica. De hecho, el derecho a ser cuidado por los padres encierra un contenido vinculado a los lazos afectivos, de desarrollo del niño, de convivencia que terminan dotando de identidad al niño y que van más allá del vínculo sanguíneo. Esto quiere decir que en determinados casos, la posesión de estado, es decir, la relación cercana entre dos individuos que no necesariamente

tienen un nexo biológico, antes que el título de estado - nacido de una presunción legal por ejemplo - termina siendo preponderante al momento de resolver un litigio sobre filiación, al igual que en los casos de adopción.

De hecho, el contenido del derecho a la identidad y la defensa del mismo se presentan ante situaciones límite debido a la complejidad de la realidad social y los casos que imponen los avances tecnológicos. El derecho a la identidad, amplio y complejo, impone un reto a los operadores jurídicos, que supone realizar ejercicios de ponderación entre los principios que lo componen y examinar en cada caso concreto las tensiones pendientes entre el derecho a la verdad biológica o a conocer los orígenes, el derecho al nombre, el derecho a saber, entre otros.

LA FILIACIÓN.

El parentesco vincula a personas diversas, sea por consanguinidad, por afinidad o civilmente o también espiritualmente. Las relaciones de parentesco son múltiples y de diversas naturalezas o intensidad; así, por ejemplo, hay parentesco entre padres e hijos; hay relación parental entre abuelo y nieto; también entre hermanos o entre los hijos de estos hermanos; la hay entre el marido y los padres y hermanos de la esposa o el esposo; entre el bautizado y su padrino.

Sin embargo de todas estas relaciones parentales, la más importante es el parentesco que se denomina filiación o la relación que vincula a una persona con

todos sus antepasados (padres y abuelos) o progenitores. Es la filiación en sentido amplio, general; pero hay también una filiación en sentido más restringido, se refiere a la relación parental entre los padres y los hijos, que es la relación parental más cercana. Esta relación parental que es la que más nos interesa se llama; relación paterno-filial, que vista del lado del hijo se denomina filiación y vista del lado del padre, se llama paternidad o maternidad. Resultan entonces las grandes interrogantes: ¿Cómo acreditar el entroncamiento de una persona con su progenitor inmediato? (padre o madre), ¿qué medios nos brinda la ciencia para demostrar con certeza absoluta la paternidad de una persona? (en el caso de la maternidad requiere otro tratamiento? Como idea preliminar, debemos dejar establecido que las pruebas heredobiológicas, no son otra cosa que la utilización de aquellos métodos biológicos que permiten acreditar la herencia genética. También es importante señalar desde un principio, que hablaremos sobre el uso de estas pruebas en el establecimiento de la paternidad judicial, orientados a tres dimensiones muy concretas: en el caso de la acción declarativa (se solicita que una persona sea declarado padre), en la acción de reclamación (una persona solicita o reclama ser considerado padre), y en la acción de negación o impugnación de paternidad (se solicita se descartado como padre).

Como señala Jossierand, se entiende por filiación el vínculo o lazo jurídico que une a una persona con sus padres o progenitores inmediatos; aunque en la actualidad se viene haciendo el distingo entre progenitor y paternidad, tema que se ha discutido en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia,

(1987), en Cáceres-España, en donde se llegó a mencionar que ser padre no es lo mismo que ser progenitor. Cuando hablamos de paternidad, propiamente, estamos refiriéndonos a la persona que asume con responsabilidad muy definida la tenencia de un hijo, en cambio, el progenitor, muchas veces sólo tiene la vinculación biológica con el hijo muchas veces sin asumir responsabilidades. En la mencionada relación o vínculo de un hijo con sus padres, se da en el campo jurídico, dos situaciones diferentes muy cercanas; en algunos casos los padres se encuentran en la situación de casados y en muchos otros no están en tal situación, de lo que resulta que la filiación en su origen, según el estado civil de los padres, será de matrimonial y extra-matrimonial, y en tal sentido, siempre habrán hijos de padres matrimoniados y otros de padres no matrimoniados. Esta distinción resulta necesaria, para establecer la vinculación o filiación, así se tiene, que respecto a la filiación matrimonial no requiere como regla prueba alguna, por cuanto se dice que dicha filiación es constitutiva y obligatoria (por ejemplo, un marido que no firmó la partida de nacimiento de su hijo habido en dicho matrimonio, no requiere que lo haga para acreditar que es padre, por cuanto el hecho del matrimonio basado en el deber de cohabitación de los cónyuges, se hace que se tenga por padre al marido).

LA GENÉTICA.

Genética. Es la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación. Refiere NOËLE LENOIR, integrante del Consejo Constitucional de Francia y

presidente del Comité Internacional de bioética de la UNESCO, que los progresos de la genética están marcados por el descubrimiento del ADN, la explicación del funcionamiento del ARN mensajero, las técnicas de reproducción humana asistida y la reciente cartografía física y genética.

Así tenemos a la genética es una ciencia que ha cambiado la forma de entender del mundo. Cualquier mal uso o falsa interpretación de la misma representaría un atentado contra la persona.

LAS PRUEBAS BIOGENÉTICAS DE PATERNIDAD:

Las novedosas pruebas de paternidad (paternity test) se sustentan en el análisis de los marcadores genéticos, conformados por los cromosomas, el ADN y los genes que dirigirán la formación y ordenarán las características del futuro ser desde el momento de la fecundación.

El estudio de los materiales genéticos permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo, según sea el caso, con una certeza absoluta, desechando así la prueba hematológica o de los grupos sanguíneos autosómicos amparada por el artículo 413 del Código Civil.

Al mismo tiempo descarta otras pruebas científicas, tales como las de las proteínas séricas y las del sistema de histocompatibilidad (HLA). Todas ellas son efectivas, pero sólo para determinar una imposibilidad o descarte de

paternidad, por el hecho de existir una incompatibilidad en los factores biológicos de los analizados, susceptible de haberse transmitido por medio de las leyes de la herencia.

Las pruebas positivas de paternidad son la de los polimorfismos cromosómicos y el perfil de ADN.

La primera se sustenta en un estudio de las características y conformación de algunos cromosomas, los cuales presentan regiones propias e individuales, identificando la transmisibilidad dominante del polimorfismo de padre a hijo.

La segunda se basa en la descomposición o hibridación de la molécula de ADN para obtener la huella genética o biodigital, conformada por la información génica de las células germinales de los progenitores al momento de la fecundación.

EL BANCO GENÉTICO Y EL DERECHO DE IDENTIDAD.

Definición y aspectos generales.

Banco.

Es el establecimiento público de crédito y de depósito de valores que ejerciendo la tenencia y la custodia de los mismos, realiza, con arreglo a las normas legales vigentes, el tráfico.

Algunos bancos se especializan en determinadas operaciones, lo que permite su designación como banco agropecuario, de crédito, de fomento hipotecario, industrial, etc. La idea de este ítem es generar la noción de banco genético. Genes.

Son moléculas organizadas submicroscópicas cargadas de información, portadas por todas las células humanas, animales, vegetales, bacterianas y virus. Son documentos representativos de los valores físico-químicos que constituyen el substratum material último de la vida.

De los genes depende la “creación” de individuos nuevos, su viabilidad, su tipo, su categoría y su individualidad bioquímica, base cierta, sólida o endeble de su individualidad final integrada, con los cuales los hombres transitan por el espacio y el tiempo, trascienden continentes y perduran por los siglos.

A base de lo expuesto es concebible la necesidad de bancos, sobre los que habrá que legislar y cuya función central sea el depósito y la custodia de genes. Banco Genético.

Es el archivo del material biológico humano (o de procedencia Humana) y de su respectiva información médica que, bajo determinadas restricciones de alcance, acceso, duración en el tiempo y custodia, puede ser consultado y procesado por

la autoridad competente, con fines precisos, sin interferir en los derechos constitucionales de la persona.

De los Principios a la Praxis: Derecho y Bioética en las fronteras de la vida.

Calados en la dimensión particular de la singular problemática de la bioética, los principios generales de los más conocidos sistemas jurídicos conducen, en razón de su diversidad, a proyectar soluciones aplicativas diferentes, a nivel teórico por parte de la doctrina, en la apreciación de casos concretos por la jurisprudencia, y, más raro, por vía legislativa, en consonancia con los modelos constitucionales de referencia.

En los diversos contextos en los cuales emergen cuestiones de bioética, y reglas específicas que no hayan sido formuladas, el recurso a los principios se revela fecundando, en la individualización de respuestas jurídicas coherentes; y, por el otro lado, en el encuentro con praxis, tales principios se enriquecen de nuevos matices.

Banco de prueba privilegiado para una verificación de la praxis en la indicada perspectiva son las cuestiones y los problemas que se ponen en las fronteras de la vida humana. A éstas se dedica una rápida exposición, que no tiene ninguna pretensión de exhaustividad.

2.4.4. LA LIBRE INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

La libre investigación de la paternidad es otro principio vinculado al derecho de filiación. En efecto, este principio es de antigua raigambre y ha estado sometido a los vaivenes de la historia y la construcción y deconstrucción de determinados valores sociales.

En el Perú, el principio de libre investigación de la paternidad no se encuentra reconocido de manera expresa en la Constitución de 1993; sin embargo, el mismo deriva de otras fuentes normativas y tiene un rango de primer orden en el sistema jurídico peruano.

Al respecto, VarsiRospigliosi señala que la investigación de la paternidad es una de las conquistas del derecho contemporáneo, pero actualmente aun se encuentra limitado. Es decir, si bien el legislador no podría prohibir la investigación de la paternidad, sí puede limitarla, aunque ello necesariamente choque con algunos principios y derechos constitucionales.

En el Code de Napoleón se adoptó un criterio prohibitivo de la libre investigación de la paternidad; en concreto, el artículo 342 rezaba así: “que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen por las leyes, padre, madre ni parientes algunos por parte de madre o padre”.

En efecto, Zannoni indica que la Revolución Francesa, reaccionando en un principio contra las discriminaciones, igualó los derechos de todos los hijos; sin embargo el Code de Napoleón significó un retorno a la prohibición de investigación de la paternidad (artículo 342) y del reconocimiento (artículo 335).

La prohibición de la investigación de la paternidad encuentra sus orígenes en el derecho romano, en donde los hijos ilegítimos no tenían derecho al reconocimiento del padre y seguían la condición de la madre; a diferencia de los hijos concubinos que podían ser reconocidos por el padre, gozaban del derecho de alimentos, de un derecho restringido de sucesión ab in testato y podían ser legitimados por sub siguiente matrimonio.(Zannoni y Bossert, 2003)

Ahora bien, esta restricción al principio de libre investigación de la paternidad se ha reproducido durante más de la mitad del siglo XX, lo que luego ha variado desde la lógica del derecho-principio a la igualdad que otorga reconocimiento a los hijos extramatrimoniales legitimidad para reclamar la paternidad y adquirir un título de estado que le da igualdad de derechos en relación a todos los hijos de su progenitor.

Las razones en las que se fundaba la prohibición de la investigación de la paternidad se explican en dos sentidos:

a. La dificultad de la prueba, que se derivaba de las circunstancias de ocultación o disimulo en que comúnmente se desarrollaban las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero también del estado de la ciencia que no permitía acreditar indubitablemente una relación de filiación; y

b. el carácter inmoral de las relaciones extramatrimoniales, como las incestuosas, sacrílegas; cuestión que desaconsejaba la investigación para evitar la vergüenza de los padres y del hijo, pero también para no hacer mella de las creencias religiosas o morales de una organización social o por el daño que se podía ocasionar a la paz de las familias y los derechos de cónyuge e hijos.

En relación a esta tendencia, Cornejo Chávez ha indicado que la investigación de la paternidad estuvo prohibida en el Perú en el Código de 1852, pero que el Código de 1936 y el de 1984 admitieron el principio de libre investigación de la paternidad.

En el Código Civil vigente, la libre investigación de la paternidad se encuentra reconocida en la codificación que el legislador peruano ha realizado respecto de la filiación extra matrimonial.

Así, se ha otorgado al hijo extramatrimonial la legitimación para iniciar un proceso de reclamación y de impugnación de la paternidad. Incluso el artículo 407 del Código Civil señala que éste es el titular de dicha acción, aunque ello no se predica respecto del hijo matrimonial.

Al respecto, Varsi reseña las limitaciones a la investigación de la paternidad que reproduce el Código Civil, las mismas que se encuentran vinculadas a la filiación matrimonial. Al respecto da cuenta de las siguientes:

Artículo 376.- 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.

Artículo 396.- 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.

Artículo 404.- 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.

Una reflexión necesaria a partir de estas consideraciones es que el principio de libre investigación de la paternidad debiera ser de aplicación igualitaria a los hijos en general, independientemente de la calificación de su filiación, ello en concordancia con la unidad de las filiaciones.

Y además porque al principio de libre investigación de la paternidad se encuentra vinculado necesariamente el derecho a la identidad, ya que mediante el primero se permite conocer los orígenes de las personas - elemento de la identidad -. Al respecto, Alex Plácido señala que “el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación”.

En el mismo sentido, VarsiRospigliosi señala que el derecho a la identidad tiene una relación implícita con el principio de libre investigación de la paternidad. Al respecto, este indica que ello se deriva de una interpretación de los artículos 2, incisos 2 y 19, 6, 15, 89 y 183 de la Constitución de 1993.

A la luz de este principio, las restricciones legislativas que menciona Varsi debieran modificarse. De hecho, esto será un punto de discusión en el capítulo 3. Este acápite sirve entonces para poner de relieve el vínculo entre filiación y libre investigación de la paternidad, lo que influye necesariamente en el análisis que realizaremos de la presunción “paterisest”.

- **LA PROTECCION DE LA FAMILIA**

Este principio es relevante para el análisis de mi hipótesis de trabajo. De hecho, en algún momento podría parecer conflictivo con los derechos del individuo o principios que hemos mencionado aquí que están destinados a proteger

básicamente a un sujeto individual. Sin embargo, la protección de la familia, necesariamente influye en el instituto de la filiación.

Se trata entonces de entender este principio en términos del derecho constitucional y la forma en que debe articularse sistemática y unitariamente con el resto de principios constitucionales.

En el Perú, dice Córdova Flores, la Constitución de 1933 fue la primera en recoger una referencia acerca de la protección estatal de la familia. En el artículo 51 se indicaba: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley.” Y con la Constitución de 1979 el reconocimiento de la familia tuvo mayor énfasis ya que se estableció un capítulo especialmente para tratar lo referente a la familia.

Ahora bien, en el ordenamiento peruano vigente la Constitución de 1993 indica en su artículo 4 que “el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Esto significa que existe cierta imperatividad de las normas fundamentales del derecho de familia, ya que éstas encierran una importancia de los intereses públicos y sociales que la familia tiene. En ese sentido, el Estado no puede ser

ajeno al desarrollo de la vida familiar, pues los valores que ventilan no son de índole privada.

Las implicancias de la protección de la familia, entonces, suponen promoverla o ampararla cualquiera sea su conformación. Esto pues, va de la mano con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, así como el 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en ambos se recoge el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia.

En concreto, la protección de la familia implica que hay una preocupación del Estado por su conformación y vigencia en la sociedad peruana, lo que supone entender el concepto de familia a la luz del derecho constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional no ha ensayado un concepto, sí tiene determinados fallos en los que ha reconocido a las familias ensambladas y a otros tipos de familia, conforme lo hemos comentado en el capítulo 1, cuestión que nos lleva a afirmar que en el ordenamiento peruano, la familia se concibe más allá de los términos de la familia matrimonial.

De hecho, el reconocimiento jurisprudencial de diversos tipos de familia es coincidente con la Observación General N° 19 de 1990 que establece que frente a la existencia de diversos tipos de familia, como las familias conformadas por parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Parte deben indicar en qué medida la legislación y

las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

La familia, sea ésta matrimonial, monoparental o ensamblada, tiene una función constitucional. Al respecto, nos parece relevante la definición que de la misma brinda el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 que al respecto señala que la familia es:

“el primer ámbito para promover la equidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y para la niñez, la tercera edad y las poblaciones en situaciones de pobreza extrema, discriminadas y excluidas”.

En ese sentido, se entiende que la familia es un instituto que tiene por objeto principal el desarrollo y protección de los miembros de la misma, a la que contribuyen el Estado y la sociedad. Es el espacio donde se debe promover la dignidad y los derechos del individuo.

La familia tiene como finalidad primordial el bienestar del individuo - que no es un fin privado, sino un fin del Estado y la sociedad -, por ello en su conceptualización se incide en la igualdad de oportunidades de sus miembros, se contribuye a la equidad y el desarrollo pleno de cada persona que pertenece al grupo familiar.

En líneas generales, la protección de la familia en la lógica del Estado Constitucional se sustentan sobre unos presupuestos que privilegian las relaciones personales sobre las patrimoniales, esto la diferencia y la aleja de la concepción de las familias de la etapa preindustrial que asentaban sus relaciones sobre la producción, sea esta agrícola o artesanal, por lo cual, la familia era concebida como una unidad económica.

De esta forma, podemos mirar a la filiación en el marco de un concepto amplio de familia destinado a asegurar el bienestar de sus miembros, en especial la de los hijos y la efectividad de su derecho a la identidad. De hecho, esta es la orientación que tendremos en cuenta en los siguientes capítulos.

2.5. SUB CAPITULO IV: LA PRESUNCION PATER IS EST.

2.5.1. LA FILIACION COMO DERECHO

Este acápite nos permitirá establecer la relación entre los principios estudiados en el marco de lo que se entiende por “derecho a la filiación”. Ahora bien, en algún sector de la doctrina peruana, se señala que existe un derecho fundamental a la filiación.

Por ejemplo, Alex Plácido de manera recurrente hace referencia a la filiación como derecho.

Para determinar si en efecto se trata de un derecho conviene expresar el concepto que tenemos de derecho. Así, un derecho, como definición, tiene diversas acepciones, por ello he optado por una definición formal.

En términos de Ferrajoli el derecho en términos de “derecho subjetivo” se define como cualquier expectativa (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por „status“ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Asimismo, siguiendo a Guastini, un derecho supone que:

1. Es susceptible de tutela jurisdiccional
2. Pueden ser ejercitados frente a un sujeto determinado
3. La obligación de hacer efectivo el derecho

Teniendo en cuenta estas características, las contratamos con el concepto de filiación. Así, decimos que la filiación es un instituto que contiene o envuelve una serie de derechos, expectativas, por lo cual su vigencia en el derecho contemporáneo es de primer orden, aunque no necesariamente ello la define como un derecho.

Ahora bien, el establecimiento de la filiación como tal, encuentra manera de concretarse ya sea por medio del establecimiento de presunciones, por medio del reconocimiento que se torna en un acto irrevocable; y cuando no media presunción alguna o no existe voluntad de reconocimiento, se concreta por medio del derecho a reclamar la filiación, que es uno de los tantos derechos contenidos en la institución que comentamos.

Creo que las consideraciones de la filiación como derecho se hacen más patentes cuando damos una mirada a las acciones de reclamación o de impugnación de la paternidad y maternidad, aunque de los otros supuestos también se entiende que estamos frente a un derecho, por la potencialidad de ser garantizado en la vía jurisdiccional, pero también porque desde la perspectiva del legislador éste se encuentra obligado a garantizarla, pero sobre todo porque encierra vínculos con otros derechos fundamentales.

En concreto, establecida la filiación por medio de la aplicación de presunciones, el reconocimiento voluntario, o el ejercicio de reclamación o de impugnación – que luego da paso a una correspondiente acción de reclamación, un acto voluntario de reconocimiento, o la aplicación de una presunción- se concretiza el ejercicio del derecho a la identidad, que a su vez contiene al nombre, las relaciones familiares, entre otros, así como la generación de obligaciones alimentarias y expectativas patrimoniales, se hace real para el individuo.

Sobre el punto, considero que la filiación no es necesariamente un derecho, pero sí un instituto que tiene como función u objetivo hacer efectivos los derechos mencionados en este acápite. En este sentido, no concuerdo con lo establecido por Álex Plácido respecto del **nomen** que utiliza para hacer referencia a la filiación.

En concreto, considero que existe un derecho a la filiación en la medida que este instituto engloba las acciones de filiación, pero este debe ser un tema independiente de las consideraciones de la filiación como derecho. En todo caso, debiera entenderse que el instituto de la filiación como tal, engloba un derecho a solicitar o a acudir ante la justicia para establecer una filiación.

2.5.2. LA PRESUNCION PATER IS EST EN LA ACTUALIDAD: SU UTILIDAD PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO

Una primera impresión que nos dejan las teorías a las que hemos hecho referencia, nos puede llevar a afirmar que la presunción paterisest resulta obsoleta en nuestros tiempos. En contraste con lo mencionado, considero que en el presente la presunción paterisest sí cumple un papel relevante en el reconocimiento de derechos. En concreto, “satisface una necesidad social: que el niño cuente con un padre cierto desde el momento mismo del nacimiento”.

En efecto, 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 “*paterisest*” 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 parentesco¹⁶⁰. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la familia, en tanto 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”.

En ese sentido, hemos mencionado en capítulos anteriores que el principio de protección de la familia reconocido en el artículo 4 de la Constitución de 1993,

adquiere dimensiones más amplias, pues admite una interpretación que va más allá de la concepción canónica y tradicional de este instituto social y jurídico.

Ahora, esta flexibilización del concepto de familia nos lleva a tener un punto de encuentro con el concepto de filiación. Inicialmente, la familia se concebía en razón del matrimonio y en consecuencia los hijos nacidos en su interior eran parte de ella necesariamente y gozaban de la protección del pater familias¹⁶³. Así, la filiación en gran medida atendía la protección del interés familiar¹⁶⁴, cumpliendo una función garantista sobre la institución de la familia.

De esta forma, considero que la filiación, en efecto, se encuentra vinculada al derecho a la identidad del niño, tal y como se hace patente en los casos de filiación extra matrimonial. Sin embargo, la relación filiación-identidad-interés familiar que plantea algún sector de la doctrina debiera reformularse. En mi opinión, la protección del derecho a la identidad no debiera considerarse un medio para garantizar el interés familiar, sino que se configura como un derecho fundamental de carácter autónomo a la institución de la familia, y en consecuencia, al interés familiar.

Es decir, para proteger el derecho a la identidad del hijo, es preciso concebir el interés familiar como aquél que permita la vigencia de los derechos de los miembros que se consideran parte de una familia, privilegiándose entre ellos al niño en razón del interés superior.

En efecto, la independencia de ambos conceptos se acentúa cuando nos encontramos ante un supuesto de conflicto entre el derecho a la identidad del hijo y el supuesto interés familiar de la familia matrimonial.

Cuando la realidad de los hechos obliga a relativizar el interés familiar basado en la familia matrimonial, que presupone que la familia como colectivo subordina los derechos de sus miembros en función de la misma, se da paso a una concepción de familia más amplia, que no necesariamente responde a la lógica de cónyuges e hijos matrimoniales. Este tema será objeto de discusión en un acápite posterior.

El niño adquiere un papel central como sujeto de protección de la presunción paterisest. En efecto, el derecho a la identidad del hijo se encuentra garantizado mediante la aplicación de dicha presunción. El hijo de la mujer casada tendrá un vínculo paterno filial ya establecido por la ley y en consecuencia, el nombre y el contenido de la identidad que se deriva del título de estado adquirido resultan garantizados.

Entonces, cuando la pareja cumple con los deberes de cohabitación y fidelidad, que se derivan de la institución matrimonial y que fundamentan la presunción paterisest, su aplicación y vigencia opera efectivamente, cumpliendo con garantizar el derecho a la identidad del hijo.

A su vez, la presunción exime a la mujer casada de requerir el reconocimiento por parte de su marido, para cada hijo concebido y alumbrado por ella, es decir, la dispensa de la obligación de probar que sólo cohabitó con su marido y que éste resulta el padre de su hijo.

De esta forma, en los casos en que existe un matrimonio establecido en cumplimiento de los deberes jurídicos de cohabitación y fidelidad, la presunción garantiza que haya un correlato entre el origen biológico y la investidura legal que rodea a la filiación matrimonial.

En ese sentido, el derecho a la identidad garantizado por medio de la presunción “paterisest” además de dar certeza sobre el derecho al nombre, permite el establecimiento de relaciones familiares entre el padre y el hijo a partir del vínculo biológico juridificado que los une.

Y es que si el código civil napoleónico estableció la prohibición de la investigación de la paternidad, con la finalidad de mantener la tranquilidad del hogar y evitar las demandas que tenían por objeto lesionar la honra y el honor del marido o del imputado como supuesto padre. Actualmente, se intenta que la determinación jurídica de la paternidad tenga consonancia con la realidad biológica¹⁶⁶: es decir, se intenta que “la filiación que detenta el niño corresponda con la que genéticamente está inscrita en su cuerpo”.

En líneas generales, la presunción paterisest, si bien tiene vigencia en el ordenamiento y cumple una función importante para la determinación del vínculo de la filiación, también es cierto que ella debe adecuarse a los principios constitucionales también vigentes en el ordenamiento.

Bajo esta consideración, la presunción paterisest se encuentra delimitada por un concepto de familia que protege a sus individuos y sus derechos por encima de cualquier aspecto o situación que impida su libre desarrollo, es decir, el derecho a la identidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad son los principios protegidos de manera primordial por la figura en estudio.

• CAUSALES DE IMPUGNACION DE LA PRESUNCION PATER IN EST

Habiendo admitido la viabilidad de la presunción paterisest en nuestro ordenamiento, considero que podemos evaluar la configuración actual de la misma, sobre todo en lo que atañe a las causales de impugnación.

Como he señalado, la presunción de paternidad desde sus orígenes se ha construido a partir de su refutabilidad.

La impugnación de la paternidad matrimonial, para el objeto de este estudio, debe entenderse como “aquella que tiene por objeto la declaración judicial de que una concreta filiación acreditada por el título que se impugna no coincide con la realidad biológica”.

En el derecho peruano se establecen las causales de impugnación de la paternidad. En el artículo 363 del Código Civil peruano establece taxativamente que:

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

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento 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 desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza."

Sobre la primera causal se ha establecido que es una causal de simple negación de paternidad. Bastaría con acreditar que el hijo ha nacido antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

De acuerdo al artículo 370 y a la doctrina nacional, el hijo tendría que probar que sí existe un vínculo con el marido de su madre. La mujer tiene la carga de la probanza, respecto a que el marido tuvo conocimiento de la preñez o admitió expresa o tácitamente que el hijo era suyo o que el hijo ha muerto conforme al 366 del Código Civil.

En este caso, en concordancia con el artículo 361, no es que se destruya la presunción paterisest con la demanda del marido y su mención al nacimiento antes del periodo establecido, sino que se torna más débil.

En relación a la causal basada en la separación judicial al momento de la concepción, ella sería una causal de simple negación, ya que bastaría al marido probar con la mera presentación de copias certificadas de la resolución judicial de separación, más la partida de nacimiento del hijo, para que su demanda sea amparada (artículo 370 CC.).

Cornejo indica que si excepcionalmente la mujer alega que a pesar de haber estado separados judicialmente, los cónyuges cohabitaron en el periodo de la concepción - los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento-; o que los cónyuges se reconciliaron después de la resolución de separación y el marido

conocía del embarazo de la mujer o admitió tácita o expresamente que le hijo era suyo conforme a lo establecido en el artículo 366 del Código Civil, la mujer debe probar y resurge la presunción de paternidad.

Esta causal se basa en el hecho que durante la separación judicial no existe el deber de “débito conyugal” entre marido y mujer, ya que el efecto principal de este hecho es la suspensión del deber de cohabitación.

Además, este inciso presentaría una complicación ya que no tiene respuesta cuando hay duda respecto del momento de la concepción. De hecho, si el niño nace después de los 300 días de iniciada la separación, entonces la concepción ocurrió durante ella; pero si el niño nace pasados los 180 días y antes de los 300 días de iniciada la separación habrá dudas sobre si el hijo fue concebido antes de la separación o durante ésta. Este punto, dice Cornejo Chávez, se resuelve atendiendo a la prueba que se actúe ante el juez.

Respecto a la imposibilidad de cohabitación, la prueba corresponde al marido (artículo 370 del CC.). De acuerdo a Cornejo Chávez¹⁷¹, ésta es una típica causal de impugnación de paternidad. Igualmente, lo sugiere Bustamante Oyague¹⁷². Aquí, las justificaciones de la contestación del marido son amplias, vale establecer o probar la ausencia, la enfermedad, el accidente, la privación de libertad, entre otros.

En relación al caso de impotencia absoluta, aunque es un caso que se podría encontrar subsumido en el inciso 2° del artículo 363, el legislador lo estableció como una causal específica. Este es otro caso de impugnación de paternidad, cuya prueba corresponde al marido tal y como lo establece el artículo 370 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 363 excluye como causal de impugnación el adulterio de la mujer o el ocultamiento del embarazo como sí lo admitía el artículo 222, inciso 24 del Código Civil de 1936. Mediante esta causal, se sostiene que el marido se encontró en una absoluta imposibilidad física de mantener relaciones sexuales con su mujer en el período de la concepción.

Por otra parte, la ley N° 27048 del año 1999 referida a la aplicación de las pruebas biológicas o genéticas, concretamente la del ADN, incorporó al artículo 463 del Código Civil este examen como una quinta causal, o quinta presunción de inexistencia del vínculo parental o genético, el que se habrá de demostrar mediante la actuación de la prueba del ADN o de otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Ahora bien, tal es el grado de certeza que la Ley N° 27048 atribuye a la prueba del ADN, que es susceptible de desvirtuar cualquiera de las 4 causales o presunciones del artículo 363 del Código Civil, facultando al juez para desestimarlas en el supuesto que aquella prueba genética demuestre lo contrario. Esto es, aún en los casos que se haya probado los hechos sustentatorios de

aquellas cuatro presunciones, el juez establecerá la existencia de vínculo parental genético entre el hijo alumbrado por mujer casada y su marido y resultará consecuentemente infundada la acción de negación o impugnación de la paternidad matrimonial.

Entonces, a la luz de las pruebas científicas que producen certeza respecto de la existencia o no de una relación filial, nos preguntamos: ¿son válidas, a la luz de los avances científicos, los plazos establecidos como causales de impugnación en el Código Civil?

Pues no, considero al ADN como medio de prueba que desplaza las causales en mención, siendo el criterio del juzgador o de quien aplique la norma en función del interés superior del niño quien determinará la constitución de un vínculo de filiación o su desplazamiento.

Al respecto, el acuerdo N° 5 del Pleno Nacional Jurisdiccional de 1999 señala que la prueba de ADN es en efecto una prueba y no una causal de filiación.

“Que pese a que el artículo 402° del Código Civil, mediante la modificación dispuesta por la Ley N° 27048, indebidamente considera al ADN como causal de filiación extramatrimonial, el Juez debe considerarla como una prueba. Que el ADN debe ser considerado como una prueba de carácter pericial, porque es un mecanismo mediante el cual se va a lograr la certeza de la filiación. Que el ADN no puede ser considerado como causal, pues lo que aporta al proceso es la

evidencia biológica. El Pleno por unanimidad acuerda que: el Juez debe considerar al ADN como una prueba”.

Ahora bien, habría que determinar si el ADN funciona como una prueba abierta o sólo está vinculada a las causales mencionadas en el 363, es decir, si sirve únicamente como medio de prueba de estos cuatro supuestos. Sobre el punto, considero que el sistema de impugnación de la paternidad debiera considerarse abierto, y por tal motivo, las causales planteadas en el artículo 363 carecerían de sentido. Ante la existencia de una prueba tan fuerte como la biológica, creo que no hay supuesto establecido por el legislador que valga; por eso, el inciso 5 abre las puertas para eso y deja obsoletos los primeros cuatro.

Aunque el carácter taxativo del artículo 363 buscaría proteger la intimidad de los hogares, alejándolos de los escándalos pero ponderando los intereses del hijo y su derecho a tener una filiación que concuerde con la verdad biológica, el sistema de impugnación debiera ser abierto.

En efecto, comparto lo que establecen Varsi y Siverino respecto del hecho que en la actualidad, la aparición de medios científicos para identificar y comprobar el momento exacto de la concepción permiten dejar de lado los criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en el conteo de los plazos y del establecimiento de presunciones¹⁷³ que, a la luz de los tiempos, pueden ser destruidas por una realidad biológica inminente.

De hecho, los cuatro incisos mencionados tenían razón de ser cuando no existía certeza en los plazos y en la aplicación de los mismos. La realidad puede rebasar los mismos y ante la objetividad y fiabilidad de las pruebas genéticas, éstas cumplen adecuadamente con las expectativas para fijar un vínculo biológico.

En esa línea de razonamiento, considero que las causales antes mencionadas debieran derogarse, para dar paso a un sistema de impugnación de la paternidad que se sustente en medios de validez científica.

• SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL O PATER IS EST EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

MARIDO DE LA MADRE

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 casi 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-.

Asimismo, los herederos del marido, cuando éste ha muerto, pueden impugnar la paternidad del hijo considerado matrimonial. La legitimación que otorga la ley se fundaría en el derecho a proteger el patrimonio y la herencia que ha dejado el

padre, lo que a fin de cuentas tiene un sustento en la protección de la masa hereditaria - carácter patrimonial - que corresponde a los derecho-habientes.

• NECESIDAD DE AMPLIAR EL UNIVERSO DE LOS SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR LA PRESUNCION PATER IS EST

Frente a este universo de sujetos legitimados para impugnar la paternidad matrimonial, conviene preguntarnos si ello va de la mano con la concepción u objeto de protección de dicha presunción. 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.

Ahora bien, resulta coherente, entonces, que si la esfera de derechos del hijo de mujer casada es la que se encuentra directamente afectada por la presunción que venimos estudiando, éste tenga la posibilidad de refutarla, sobre todo teniendo en cuenta si ésta no es absoluta y admite prueba en contrario. 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. (Cordero 2001)

Asimismo, se refuerza en el hecho que un derecho fundamental - como el derecho a la identidad - se caracteriza por tener una relación directa con lo que denominamos GARANTÍA. Así, no sería posible referirse a un derecho, si éste no cuenta con una garantía que permita prevenir, sancionar o reparar las afectaciones a la esfera del individuo.

En la doctrina peruana, Plácido ha referido que el hijo de mujer casada cuyo padre no es el marido de la madre, se enfrenta a una situación en la que se pondera la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii).

Asimismo, autores como Muro Rojo y Rebaza Gonzales señalan que la posibilidad del hijo matrimonial para contestar la paternidad debiera ser admisible en el ordenamiento peruano. En efecto, asumen que ello se basa en criterios como:

1. El nexo biológico es un presupuesto del instituto de la filiación;
2. El derecho a indagar la paternidad se encuentra íntimamente ligado con la naturaleza humana y el derecho a la identidad;

3. La igualdad de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales - principio constitucional -, entre otros.

Igualmente, siguiendo a Arias Schreiber, quien preparó un proyecto de reforma del libro de familia tomando como referencia el anteproyecto del libro III sobre derecho de familia promovido por Lourdes Flores Nano en 1997, los comentarios del autor y de otros miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, se plantea modificar el artículo 367 de la siguiente manera:

“Pueden contestar la paternidad:

a. El marido

b. La madre

c. El hijo

d. El presunto padre

Si ellos hubiesen muerto, sus herederos y ascendientes pueden iniciarla y, en todo caso, continuar el juicio si se hubiese iniciado. En tales casos, el juez dispondrá el estudio de ADN o cualquier otra prueba genética o científica de igual validez, a fin de determinar la paternidad”

De otro lado, si atendemos al principio de unidad de la filiación que implica la equiparación de derechos y obligaciones entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos matrimoniales, nos encontramos ante una situación que

rompe con este principio consagrado en el ordenamiento jurídico peruano - establecido en la Constitución y los Tratados Internacionales -.

En efecto, el Código Civil reconoce al hijo extramatrimonial la posibilidad de iniciar una acción de reclamación de paternidad para proteger sus derechos en el marco de un proceso de filiación y también de desconocimiento de paternidad.

En este último caso nos referimos al artículo 399 que se ha titulado “impugnación del reconocimiento” que establece que el hijo extramatrimonial tiene legitimidad para impugnar el reconocimiento que hubiere realizado su supuesto padre. En efecto, el mencionado dispositivo menciona lo siguiente:

“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395”.

Sobre esta norma conviene mencionar que en el caso de los padres, la legitimidad para impugnar el reconocimiento tiene como condición no haber intervenido en dicho acto de voluntad. En cambio, en el caso del hijo, la legitimidad que el legislador le otorga para impugnar el reconocimiento no está sujeta a ninguna condición.

El hijo matrimonial, por su parte, no puede iniciar una acción de impugnación o desconocimiento de paternidad matrimonial para proteger sus derechos a la identidad, pues el titular de dicha acción, como ya hemos mencionado, es el marido.

Del mismo modo, tampoco tiene posibilidad de realizar una acción de reclamación de paternidad extramatrimonial pues el código establece claramente en el artículo 396 que “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Esta disposición se reitera en el artículo 404 que señala que la declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada sólo procede si el marido ha contestado la paternidad y el fallo judicial le ha sido favorable. En efecto, tal norma señala a la letra: “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”.

En relación a ello, considero que estos vacíos y prohibiciones del Código Civil respecto a la posibilidad que el hijo matrimonial pueda contestar la paternidad del marido de su madre biológica, o al hecho que encuentre limitada su acción de reclamación de paternidad matrimonial aparecen como poco razonables.

En ese sentido, considero que se debiera ampliar los sujetos con legitimidad para impugnar la paternidad del hijo matrimonial.

• SUJETOS PROPUESTOS

HIJO

El hijo considerado como matrimonial debiera tener legitimidad para impugnar el título de estado que lo califica como hijo del marido de la madre, cuando considera que su filiación determinada en virtud de la presunción “paterisest” no se ajusta a la realidad.

Mientras que el Código reconoce al hijo extramatrimonial su capacidad para IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO (artículo 399), o ESTABLECER UNA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA (artículo 402), en el caso del hijo matrimonial, el Código solo le reconoce legitimidad para RECLAMAR LA PATERNIDAD MATRIMONIAL (artículo 373).

Es decir, el hijo matrimonial no puede impugnar la paternidad matrimonial, ya que no existe un artículo similar al 399 del CC, y tampoco reclamar una paternidad que no sea la matrimonial, pues no existe un artículo como el 402 del CC a su favor. En ese sentido, las normas sobre filiación extramatrimonial, contrario sensu, niegan al hijo matrimonial este tipo de acciones; igualmente, la interpretación de la regulación legal de la filiación matrimonial me lleva a afirmar que el legislador deliberadamente prohíbe tales acciones a los hijos matrimoniales.

PRESUNTO PADRE BIOLÓGICO

La legitimidad del presunto padre biológico es un tema poco tratado en la doctrina del derecho de familia. Pareciera que existiera un velo de silencio respecto a este tema, y en la legislación comparada no hemos encontrado referencias directas a la legitimidad del presunto padre biológico.

De acuerdo a Krasnow, el presunto padre biológico, tiene interés en alcanzar un emplazamiento 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. Contar con el estado de familia le permitirá asumir la titularidad de la responsabilidad parental.

Ahora bien, a nivel jurisprudencial, en el Perú se ha admitido que el presunto padre biológico impugne la paternidad matrimonial en interés del hijo, para lo cual se realizó control difuso de determinada normativa del Código Civil que comentaremos en las líneas que siguen.

Este caso es muy relevante, en la medida que es mediante la labor jurisprudencial que se admite la legitimidad del presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial, aún cuando esta no haya sido contestada previamente por el marido de la madre como lo establece el Código Civil en el artículo.

LA MADRE

La posibilidad de que la madre pueda impugnar la paternidad matrimonial se define entre dos posturas. Hay quienes consideran que ella no debiera invocar su propia torpeza o su infidelidad para promover una acción como la que se propone, mientras que existe otro sector que señala que la madre sí debiera tener legitimidad para impugnar la paternidad matrimonial.

Grosman constata, a través del análisis realizado a numerosos casos judiciales, que las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial son iniciadas cuando el vínculo matrimonial ha sufrido ruptura y el hijo ya no goza de la posesión de estado de hijo matrimonial.

En tal caso, la postura que afirma la necesidad de negar la legitimación de la madre para impugnar la paternidad matrimonial, a fin de evitar un resquebrajamiento en la relación matrimonial -consecuencia obvia al admitir la esposa su adulterio para sustentar la impugnación de paternidad matrimonial-, no tiene sustento fáctico.

Las consideraciones destinadas a deslegitimar las posibilidades de accionar de la madre y el hijo, referidas a la conservación de la paz y seguridad familiar, tienen sentido cuando en la realidad ambas se constatan. Sin embargo, cuando la ruptura se produce debiera haber una respuesta legal frente a dicho supuesto de hecho.

En tal sentido, de considerarse que existe una colisión entre el derecho al honor del marido, la protección que merece la familia y la protección del derecho del hijo a conocer su origen e identidad, debiera privilegiarse este último y extenderse la legitimación para obrar a los otros partícipes de la relación filial: la madre y el hijo.

En esta línea argumentativa, Grosman refiere que mantener la exclusividad del derecho del marido a desconocer su paternidad corresponde a la doctrina de la potestad marital, mencionada en capítulos anteriores.

Así, en el contexto actual en el que prima el principio de la igualdad de los cónyuges, ambos podrían tener la facultad de promover una acción de impugnación que suponga el desplazamiento del título de hijo matrimonial, aún cuando, decíamos, ello suponga el reconocimiento por parte de la madre de su adulterio.

Existe, a su vez, una discusión respecto del valor asignado a la confesión de la madre, a la que si bien se niega su condición de sujeto activo para impugnar la paternidad matrimonial, puede dar una versión en sede judicial.

La doctrina afirma, mayoritariamente, que dicha confesión tendrá un valor relativo que se contrastará con otras pruebas presentadas durante el proceso.

Dicho valor relativo se sustenta en que la estabilidad del estado de hijo, se dice, no podría depender del *poder dispositivo* de una de las partes.

Para el sector más conservador, el hecho que la madre impugne la paternidad del marido en función de su infidelidad supone una afectación al derecho al honor de su marido y familia, por lo que el valor asignado a dicha confesión debe corroborarse con otros medios de prueba

Para este sector de la doctrina, el valor que otorgado a la confesión de la madre se sustenta únicamente en la afectación de derechos privados; sin embargo, la acción de impugnación de paternidad matrimonial está vinculada a derechos cuyo interés público es innegable y que sustentan el orden constitucional estatal. Por tal razón, a la confesión de la madre deben sumarse otros medios de prueba –como el ADN que determinarán la valía de su confesión.

Por otra parte, para un sector de la doctrina¹⁹⁶, la madre podría impugnar la paternidad matrimonial en su condición de heredera del marido. Sin embargo, afirman que se le niega esta posibilidad debido a que ella sustentaría la acción en su propia torpeza. Es evidente que estas consideraciones no incorporan la necesidad de proteger el derecho a la identidad del hijo que implica tener la posibilidad real de conocer su origen y que en razón a su minoría de edad u otra imposibilidad, bien pudiera la madre invocar una acción que permita al hijo ejercer ese derecho fundamental.

Considero que la omisión de la ley para otorgar a la madre la facultad de impugnar la paternidad matrimonial, resulta al fin de cuentas una especie de sanción y es discriminatoria por ser en razón del sexo. Creo que por encima de las consideraciones al honor del marido, la paz familiar y la propia torpeza, está la necesidad de reconocer la identidad real del hijo, aunque esto también debiera encontrar las limitaciones de una posesión de estado de hijo como matrimonial. En todo caso, el plazo que la ley pudiera establecer debiera salvaguardar este criterio.

2.6. SUB CAPITULO V: MARCO NORMATIVO

Las relaciones de parentesco, son diversas, como por ejemplo entre el padre y el hijo, entre el tío y el sobrino, etc. La relación de parentesco más importante es la filiación, que vincula a los padres con los hijos, es llamada también Paterno – Filial.

Existen dos clases de filiación: una es la que nace del matrimonio y vincula a los padres con los hijos habidos dentro del matrimonio, a esta se la denomina legítima o matrimonial; otra es la que se genera fuera del matrimonio y se le denomina ilegítima o extramatrimonial.

El C.C. de 1852, hizo una diferencia entre hijos legítimos e ilegítimos, subclasificando a los segundos en naturales y no naturales. Luego estaban los adulterinos, quienes no tenían ningún derecho reconocido a los ilegítimos.

El C.C. de 1936, realizó una nivelación donde se integraba a todos los hijos fuera del matrimonio, dentro del status de ilegítimos. Luego se dio la Ley 14772, que prohibió consignar en los documentos oficiales, expedidos por el Estado, las Municipalidades, las Universidades y otras instituciones, los datos relativos a la filiación legítima o ilegítima, también prohibió que en los colegios se exija a los alumnos la presentación de documentos sobre filiación o despedirlos al constatar su ilegitimidad.

La Constitución de 1979, en su artículo 6°, determina la igualación de la filiación legítima y la ilegítima, al establecer que todos tienen iguales derechos, estando 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.

La Constitución de 1993, reitera el artículo 6° de la constitución antecesora.

El C.C. de 1984, ha tenido que modificar los conceptos de legítimos e ilegítimos por hijos matrimoniales y extramatrimoniales, haciendo que sea más exacta y apropiada, por cuanto la anterior implica estar a favor o en contra de la Ley.

Es claro que las dos filiaciones no se pueden nivelar, pues existen diferencias notables, como el matrimonio civil, la gestación reconocida, y otros aspectos que

2.5. GLOSARIO

En el marco conceptual se brindará el concepto de cada uno de los temas hasta ahora estudiados, conceptos que serán el resultado de la información explicada hasta este punto del proyecto de tesis.

EL DERECHO

Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

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

MENOR

De acuerdo con el derecho internacional, se considera “menor” a todo ser humano de menos de 18 años salvo que la ley aplicable establezca la mayoría de

edad a una edad más baja (en ciertos países, por ejemplo, se alcanza la mayoría de edad a los 16 años). Conforme al derecho internacional, todas las medidas tomadas en relación con un menor, ya sea por instituciones de bienestar social públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos, deben redundar en su beneficio. En tal sentido, los Estados deben asegurarse en todos los casos de que el menor que sea capaz de formarse su propia opinión tenga derecho a expresarla libremente en relación con los asuntos que le atañen.

PRESUNCION PATER IS EST

Esta presunción de paternidad viene desde la antigüedad, y la condensaban los romanos en las siguientes palabras: “Paterisquemnuptiaedemostrant”, que suele presumirse en la Presunción “Paterisest” - El Padre es Aquel.

LA FILIACION

La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico. En términos generales, se puede indicar que comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.

2.6. HIPÓTESIS Y VARIABLES

2.6.1. HIPÓTESIS GENERAL

El estudio y análisis del derecho a identidad del menor y el reconocimiento del padre biológico a su descendiente, concluyó que la legislación civil peruana no establece la figura jurídica de presunción de paternidad biológica, por prevalencia de la verdad biológica; limitándose solo a establecer la presunción Pater Is Est (presunción de paternidad); para lo cual se sugiere la modificación normativa pertinente.

2.6.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICO

Al modificar el artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, existe la posibilidad de eliminar la presunción de paternidad “Presunción Pater Is Est”, mediante una propuesta legislativa, que permita establecer la presunción de paternidad biológica.

2.6.3. VARIABLES

Variable Independiente

La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente

Variable Dependiente

La prevalencia de la verdad biológica

2.7. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES, DIMENSIONES E INDICADORES.

HIPOTESIS GENERAL	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
Al estudiar y analizar el derecho a la identidad del menor, el reconocimiento del padre a su descendiente frente a la presunción de paternidad, se concluyó que existe los mecanismos legales adecuados que permitan establecer la prevalencia de la verdad biológica, a fin de eliminar la presunción Pater Is Est.	<p>V.I.</p> <p>La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente</p> <p>V.D.</p> <p>La prevalencia de la verdad biológica</p>	<p>-El principio Paterisest</p> <p>-La verdad biológica</p>	<p>- El menor</p> <p>- La identidad del menor</p> <p>- El principio Paterisest</p> <p>-El padre biológico</p> <p>-La verdad biológica</p> <p>-La legislación nacional</p>

CAPITULO III

MÉTODO

3.1. TIPO DE MÉTODO

El tipo de investigación es Descriptivo, toda vez que, escriben los hechos como son observados, así mismo el estudio realizado según Hernández y Otros (2010) es de enfoque cuantitativo, que los autores definen como aquel que “Usa la recolección de datos para probar hipótesis, con base en la medición numérica y el análisis estadístico, para establecer patrones de comportamiento y probar teorías” (2010, p.4). Este tipo de investigación tiene un carácter objetivo, ya que los resultados se obtienen a partir de datos recolectados; asimismo, tiene la facultad de generalizar el resultado para la población en estudio, a partir del estudio de la muestra seleccionada dentro de esa población. Esta orientación de investigación usa la lógica o el razonamiento deductivo, que tiene su origen en la teoría, a partir de la cual se elaboran hipótesis que se someten a prueba.

La investigación es de alcance correlacional, lo cual definen Hernández y otros (2010) como investigación que “asocia variables mediante un patrón predecible para un grupo o población” (p.81), y en particular “tiene como finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto en particular” (2010, p.81).

3.1.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Según Hernández y Otros (2010) el diseño es “el plan o estrategia que se desarrolla para obtener la información que se requiere en una investigación” (p. 120).

En este sentido, se determina que el diseño de la investigación es no experimental. De acuerdo a lo mencionado por Hernández y otros (2010) la investigación no experimental corresponde a “estudios que se realizan sin la manipulación deliberada de variables y en las que sólo se observan los fenómenos en su ambiente natural para después analizarlos” (p. 149).

Una vez identificada que la investigación es no experimental, corresponde a su vez señalar que se trata de un diseño de investigación transeccional o transversal; el cual, es definido por Hernández y otros (2010) como aquellos diseños que “recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado” (2010, p.151).

Considerando el carácter no experimental y la particularidad de ser un análisis transversal, corresponde precisar que estamos ante una investigación transeccional correlacional; ya que “estos diseños describen, relaciones entre dos o más categorías, conceptos o variables en un momento determinado” (2010, p.

154; y más precisamente “pueden limitarse a establecer relaciones entre variables sin precisar sentido de causalidad o pretender analizar relaciones causales” (2010, p. 155).

Por lo tanto, para el análisis de la relación entre las variables: La eliminación de la tasación comercial del bien inmueble y la simplificación de los requisitos de la demanda de ejecución de garantías, se realizó una investigación cuantitativa no experimental, transeccional y correlacional.

Unidad de análisis

El objeto de estudio de la presente investigación será la corte superior de justicia de Lima Norte.

3.2. ESTRATEGIA DE LA PRUEBA DE HIPÓTESIS

El procedimiento de la prueba de hipótesis consiste en la contratación de las hipótesis con los datos o hechos de la realidad, específicamente del lugar del estudio y de la muestra poblacional, empleando el análisis lógico, de amplia aplicación en el Derecho y la Jurisprudencia, a fin de generalizar los resultados, complementado con la cuantificación estadística de las frecuencias dado que el cuestionario es de pocos ítems que son muy específicos.

3.2.1. POBLACION Y MUESTRA

3.2.1.1. Población

Se define población como “agregado de elementos respecto del cual se recaba información. Los elementos son unidades elementales sometidas a medición” (Vivanco, 2005, p. 23). En el caso particular de la investigación planteada en la presente tesis, se ha considerado como población a los Especialistas legales y Magistrados de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en un total de 83 profesionales.

Población de profesionales de los Juzgados de Paz Letrado de la CSJLN.

Cargo	Nº
Especialistas Legales	70
Magistrados	13
Total	83

Fuente: Portal de Transparencia del Ministerio de Justicia.
Elaboración Propia

3.2.1.2. Muestra

No aplica ninguna técnica de muestreo ya que el número de población es muy pequeño se estudiará a todos los elementos de la población.

3.3. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

- a) **Técnicas de Recolección de Información Indirecta.-** Se hará mediante la recopilación de información existente en fuentes bibliográficas, hemerográficas y estadísticas; recurriendo a las fuentes originales en lo posible, estas pueden ser en libros, revistas especializadas, periódicos escritos por autores expertos, trabajos de investigaciones anteriores y otros.
- b) **Técnicas de Recolección de Información Directa.-** Este tipo de información se obtendrá mediante la aplicación de cuestionarios estructurados en muestras representativas de la población citada, al mismo tiempo también se aplicarán técnicas de entrevistas y de observación directa con ayuda de una guía debidamente diseñada, es decir, la técnica utilizada en la recolección de datos es la encuesta, que es el adecuado de acuerdo a las variables propuestas en la investigación, así como la metodología del estudio. El instrumento a utilizar es el cuestionario de preguntas cerradas para ambas variables.
- c) **Técnicas de Muestreo.** No se aplica

En este sentido, se ha realizado el levantamiento de información concerniente a la materia en estudio, contrastando los resultados obtenidos en estudios similares realizados tanto a nivel nacional como internacional. Así como, se procedió a realizar un análisis documental de la información orientada a la investigación realizada, centrándonos en las variables en estudio, para lo cual se ha hecho referencia a lo señalado por los estudiosos al respecto en el marco teórico.

d) Técnicas de Procesamiento de Datos

Para el procesamiento de datos se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. Cálculo de las frecuencias
- b. Cálculo de los puntajes obtenidos
- c. Gráficos respectivos.

3.3.1. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Hernández y otros (2010) define como instrumento de medición como aquel “recurso que utiliza el investigador para registrar información o datos sobre las variables que tiene en mente” (p. 200).

El instrumento de recolección de datos utilizado para la presente investigación son dos cuestionarios con preguntas cerradas, conjunto para cada variable de estudio, y se aplicaron a la muestra de la población objetiva.

Se dice que son preguntas cerradas, ya que, “son aquellas que tienen opciones de respuesta previamente delimitadas” (Hernández y otros, 2010, p. 217).

Por lo pronto, se ha aplicado la encuesta a los Especialistas legales y Magistrados de los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con la finalidad de realizar una prueba piloto del cuestionario elaborado y analizar su fiabilidad.

Los cuestionarios tienen como finalidad medir las escalas de actitudes tipo Likert en tres categorías: De acuerdo, en desacuerdo, ni de acuerdo ni en desacuerdo.

Validez del instrumento

Por la característica del estudio, el instrumento se construyó por la autora de la tesis en base a las definiciones y teorías desarrolladas en el marco teórico. La construcción del instrumento se ha realizado, con el debido criterio con la finalidad de que sea pertinente para la investigación realizada, de manera que se realice la recolección de datos adecuada para el análisis correspondiente de la relación de las dos variables planteada en la investigación.

Validación por juicio de expertos

Para la validación de los instrumentos se acudió a expertos con la finalidad de obtener la confiabilidad de los procedimientos de recolección de datos y se contó con la participación del Mag. Hugo Sergio Talledo Chávez, el Dr. Fernando Armas Zarate y el Dr. Marlon Fredy Martínez Andrade, quienes realizaron las observaciones que creían pertinentes sobre los lineamientos metodológicos y estructuración de los ítems, precisando sus observaciones para realizar las correcciones del caso.

Juicio de Expertos

EXPERTO	GRADO	SUFICIENCIA	APLICABLE
Talledo Chavez	Doctor	SI	SI
Armas Zarate	Doctor	SI	SI
Martinez Andrade	Dcotor	SI	SI

Elaboración propia

Se resume el resultado obtenido de la pertinencia del instrumento sometido al análisis del juicio de expertos. Los expertos concluyeron que el instrumento es el adecuado, y por lo tanto, consintieron en que el instrumento es aplicable para medir lo necesario y relevante, de acuerdo a los fines de investigación propuestos.

Prueba de confiabilidad

Con la finalidad de determinar la confiabilidad del instrumento utilizado, este se sometió a una medida de coherencia o consistencia interna, el alfa de Cronbach (desarrollado por J. L. Cronbach). El alfa de Cronbach permite cuantificar el nivel de fiabilidad de una escala de medida para la magnitud inobservable construida a partir de las n variables observadas.

A partir de las varianzas, el alfa de Cronbach se calcula así:

$$\alpha = \left[\frac{k}{k-1} \right] \left[1 - \frac{\sum_{i=1}^k S_i^2}{S_t^2} \right]$$

donde

S_i^2 es la varianza del ítem i ,

S_T^2 es la varianza de los valores totales observados y

k es el número de preguntas o ítems.

Resultados de la prueba estadística de fiabilidad de alfa de Cronbach

Se procesó el alfa de Cronbachs sobre el total de la muestra, utilizando el software estadístico SPSS obteniendo por cada variable el siguiente índice de fiabilidad.

Variable 1: 0,851

Variable 2: 0,914

Alfa de Cronbach: Variable La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.

Alfa de Cronbach	N de elementos
851	30

Fuente: SPSS 21.0

Alfa de Cronbach: Variable de La prevalencia de la verdad biológica.

Alfa de Cronbach	N de elementos
914	20

Fuente: SPSS 21.0

El alfa de Cronbach hallado para cada variable nos confirma la confiabilidad del instrumento utilizado, ya que se considera aceptable, considerando que el valor dicho estadístico oscila entre 0 y 1, y mientras más cercano está del número 1, más fiable se considera el instrumento.

3.3.2. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

a. PROCESAMIENTO DE DATOS

Los datos han sido obtenidos utilizando un cuestionario estructurado con 05 preguntas, los cuales se aplicarán total Magistrados y Especialistas Legales de los Juzgados de Paz letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, cuyas encuestas se realizarán en forma sectorizada territorialmente por 05 encuestadores.

b. ANALISIS DE DATOS.

De acuerdo a la investigación realizada corresponde aplicar el método de análisis cuantitativo, para proceder a realizar análisis estadísticos inferenciales respecto a las hipótesis planteadas. El análisis se realiza tomando en cuenta los niveles de medición de las variables y mediante la estadística, para realizar inferencias que

sirven para estimar parámetros y probar hipótesis. El estadístico adecuado para realizar dichas inferencias se determinará una vez hallado el tipo de distribución muestral de los datos recolectados.

Corresponde, aplicar el test de Kolmogorov – Smirnov para determinar si se aplica el análisis inferencial correspondiente es paramétrico, o sea corresponde a una distribución normal.

Test de Kolmogorov – Smirnov

Este test realiza el supuesto de que la distribución que estamos sometiendo a análisis es normal.

$$H_0: X \equiv N(\mu, \sigma)$$

$$H_1: X \neq N(\mu, \sigma)$$

$$D_n = \text{Sup}_x |F_n(x) - \hat{F}(x)|$$

$$\text{Donde } \hat{F}(x) = N(M, DE)$$

Se rechaza H_0 si supera el valor α_α de la tabla de Lilliefors.

Una vez determinado el test que debemos aplicar para probar la normalidad de la serie de datos de las variables en análisis, procedemos a ingresar la información en el programa estadístico SPSS y Excel, que presentamos los resultados a continuación.

Prueba de normalidad: variable La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.

	Kolmogorov-Smirnov ^a		
	Estadístico	gl	Sig.
<i>Variable</i> La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.	.131	50	.031

a. Corrección de la significación de Lilliefors
Fuente: SPSS 21.0

El análisis de la distribución de la variable La identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente., mediante el estadístico de Kolgomorov – Smirnov, concluye que dicha variable no tiene distribución normal ya que el $p=0.000$ es menor a 0.05, y por lo tanto se rechaza la hipótesis nula que indica que la variable clima organizacional tiene distribución normal.

Prueba de normalidad: variable la prevalencia de la verdad biológica.

	Kolmogorov-Smirnov ^a		
	Estadístico	gl	Sig.
V. la prevalencia de la verdad biológica.	.168	50	.001

a. Corrección de la significación de Lilliefors
Fuente: SPSS 21.0

El análisis de la distribución de la variable La simplificación de los requisitos de la demanda de ejecución de garantías, mediante el estadístico de Kolgomorov – Smirnov, concluye que dicha variable no tiene distribución normal ya que el $p=0.000$ es menor a 0.05, y por lo tanto se rechaza la hipótesis nula que indica que la variable motivación laboral tiene distribución normal.

Sometido a análisis en el paquete estadístico SPSS 21 obtenemos como resultado que se rechaza la hipótesis nula, y se acepta la hipótesis alterna que indica, en el caso de ambas variables en análisis, no tienen distribución normal. De esta manera no corresponde evaluar la correlación entre las variables utilizando métodos paramétricos, y corresponde utilizar la estadística no paramétrica. Por lo tanto, corresponde utilizar el coeficiente de correlación de Spearman para efectuar el análisis inferencial acerca de la relación entre las variables clima organizacional y motivación laboral.

Prueba de Correlación

Una vez demostrado que la distribución de la muestra no es normal, la correlación se determina mediante el coeficiente de correlación de rho de Spearman.

En estadística, el coeficiente de correlación de Spearman, ρ (rho) es una medida de la correlación (la asociación o interdependencia) entre dos variables aleatorias

continuas. Para calcular ρ , los datos son ordenados y reemplazados por su respectivo orden.

El estadístico ρ viene dado por la expresión:

$$\rho = 1 - \frac{6 \sum D^2}{N(N^2 - 1)}$$

Donde D es la diferencia entre los correspondientes estadísticos de orden de x - y. N es el número de parejas.

Se tiene que considerar la existencia de datos idénticos a la hora de ordenarlos, aunque si éstos son pocos, se puede ignorar tal circunstancia.

Nivel de Significancia

Para efectos de la investigación se ha considerado un nivel de significancia de 0.05.

CAPÍTULO IV

4. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La contrastación, como nos dice el epistemólogo Karl Popper, significa probar la validez de las hipótesis con los datos de la realidad, datos que fueron obtenidos mediante los instrumentos de medición en el trabajo de campo.

Los resultados de nuestra encuesta reflejan las tendencias observadas en la muestra población que describimos en el Diseño del Muestreo.

Debiendo establecerse que el estudio del problema planteado en nuestra tesis, por una parte se sustenta en el análisis doctrinal que hacemos desde la descripción y formulación del problema hasta el Marco teórico y la formulación de nuestras hipótesis, partes en las que describimos y explicamos las diversas doctrinas del Derecho que sustentan nuestra tesis referida a “EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR, Y EL RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU DESCENDIENTE FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA”

Prueba de hipótesis

Para determinar la prueba de hipótesis se ha previsto las siguientes medidas:

Nivel de confianza al 95%

Nivel de significancia $\alpha=0,05$

Regla de decisión

$p >,05$ H_0

$p <,05$ H_1

Para la prueba de hipótesis se utilizó la estadística inferencial con el fin de procesar y usar la información de la muestra para describir el estado de la población.

A la premisa formulada sobre la “Posibilidad establecer el derecho a la identidad del menor, y el reconocimiento del padre a su descendiente, a través de la prevalencia de la verdad biológica”.

La hipótesis estadística se llamará la hipótesis nula, y se denota como H_0 , esta premisa se pronuncia sobre la naturaleza de la población.

$H_0 : m \geq 0.05$

Se determinó que H_0 tiene el valor de 0.05, por lo que la hipótesis queda confirmada. Es importante explicar 0.05 vendría hacer el indicador de ineficiencia en la gestión y si la relación es inversamente proporcional el 0.05 denota también el nivel de incidencia en la institucionalidad política.

La premisa alterna a la hipótesis nula se llama hipótesis alterna y se representa por H_1 . Se indica si la H_0 es falsa.

Por lo que, en la presente investigación se confirman las hipótesis, toda vez que, H_0 corresponde 0.05.

4.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Si los datos confirman las hipótesis, entonces con la interpretación se logra la explicación de los resultados, utilizando los criterios dados por la lectura correcta de ellos. Veamos los resultados obtenidos con su análisis e interpretación que se completa en la discusión.

Resultados

Cuadro 1

Cree usted que, debe respetarse el derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
De acuerdo	55	15	70	80
En desacuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 1** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, debe respetarse el derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.

Resultados

Cuadro 2

Cree usted, que debería ser estudiado y analizado la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
De acuerdo	55	15	70	80
En desacuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 2** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, debería ser estudiado y analizado la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente.

Resultados

Cuadro 3

Usted cree, que el Estado tiene implementado normas jurídicas que permiten la aplicación de la Verdad Biológica.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
En desacuerdo	55	15	70	80
De acuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 3** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, el Estado no tiene implementado normas jurídicas que permitan la aplicación de la Verdad Biológica.

Resultados

Cuadro 4

Cree usted que, en nuestro país existen normas jurídicas que permitan el respeto al derecho a la identidad del menor y al reconocimiento de su descendiente, a través de la Verdad Biológica.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
En desacuerdo	55	15	70	80
De acuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 4** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, en nuestro país no existen normas jurídicas que permitan el respeto al derecho a la identidad del menor y el reconocimiento de su descendiente, a través de la Verdad Biológica.

Resultados

Cuadro 5

Cree usted que, al respetar el derecho a la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente, se permitirá la prevalencia de la verdad biológica.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
De acuerdo	55	15	70	80
En desacuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 5** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, al respetar el derecho a la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente, se permitirá la prevalencia de la verdad biológica.

Resultados

Cuadro 6

Cree usted, que debe modificarse el artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de eliminar “Presunción Pater Is Est”, y se permita establecer la presunción de paternidad biológica.

Opinión	Esp. Legales	Magistrados	Nº	%
De acuerdo	55	15	70	80
En desacuerdo	10	3	13	20

Interpretación

En el **cuadro 6** podemos verificar que hay una marcada tendencia de los encuestados al afirmar que, debe modificarse el artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de eliminar “Presunción Pater Is Est”, y se permita establecer la presunción de paternidad biológica.

CAPÍTULO V

5.1. DISCUSIÓN

En esta etapa se efectuó el análisis de la información recabada, con el objeto de comprobar las hipótesis y el logro de los objetivos establecidos, para lo cual se procesó la información empírica, procediéndose de la siguiente forma.

El 80 % frente al 20 % de los encuetados sostienen que debe ser estudiado y analizado el respecto al derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente, a funde establecer la verdad biológica, bajo la modificación del artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capitulo Primero del Código Civil vigente, a pueda eliminarse la “Presunción Pater Is Est”, y establece la presunción de paternidad biológica.

Con la que se confirma nuestra hipótesis planteada.

5.2. CONCLUSIONES

- 1- La presunción pater is est, ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto.
- 2- 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.
- 3- La presunción de paternidad sigue siendo útil y es una consecuencia natural de la institución del matrimonio. En efecto, los deberes del matrimonio son la fidelidad y la cohabitación, pues este se entiende como una unión monógama. En ese sentido, la presunción debiera seguir derivándose de dicha figura.
- 4- En el campo del Derecho Familiar moderno, conviene aclarar que, en el régimen de filiación y el ejercicio del Derecho a la Identidad, prevalece el principio de la verdad biológica.
- 5- La utilización de pruebas biológicas originadas en el Derecho Genético, como el ADN en la determinación de la paternidad o maternidad, deben estar orientados a buscar la verdad biológica del interesado.
- 6- Es preciso aclarar, que en el derecho moderno es injustificable no estudiar al estrecha relación entre la noción conceptual de paternidad y de progenitor biológico.

5.3. RECOMENDACIONES

- 1- Se debe elaborar programas que permitan estudiar y analizar el derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.
- 2- El estado debería implementar normas jurídicas que permitan la aplicación de la Verdad Biológica, dando lugar a la regulación de la presunción de paternidad biológica.
- 3- Es posible que el estado implemente una propuesta de modificación del artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de eliminar la “Presunción Pater Is Est”, y se permita establecer la presunción de paternidad biológica bajo el examen de prueba de ADN, u otras formas de pruebas genéticas.
- 4- Sugerimos a otros investigadores, que el estudio de la presente tesis: “EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU DESCENDIENTE FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA”, está abierto para el enriquecimiento y mejora de la investigación, acorde a los nuevos acontecimientos y el avance científico y tecnológico.

5.4 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Aranibar Fernandez Davila, Gabriela (1996). Instituciones del derecho civil-familia, en Derecho Civil Peruano, Tomo II. Fundacion MJ Bustamante de la Fuente. Lima.

Arias Schreiber, Max (2006). Exégesis del Código Civil Peruano de 1984, tomo III. Gaceta Jurídica. Lima.

Barletta Villaran, Maria Consuelo (2009). Los procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños, en: Materia del curso Derecho de la niñez y adolescencia de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Bossert, Gustavo (1998). Manual de Derecho de Familia. Astrea. Buenos Aires.

Borda, Guillermo (1998). Manual de derecho de familia. 10 edicion. Perrot. Buenos Aires.

Bustamante Oyague, Emilia (2007). Código Civil comentado, comentan 209 especialistas en materias de Derecho Civil, tomo II. Gaceta Jurídica. Lima

Cordero Cutillas, Iciar (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial. Universitat Jaume. España.

Fernandez Sessarego, Carlos (1992). Derecho a la identidad personal. Astrea. Buenos Aires.

Garriga Gorrina, Margarita (2000). La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Aranzandi. España

Monge Talavera, Luz Presunción de filiación matrimonial, en: Código Civil Comentado, tomo II. Gaceta Jurídica. Lima

Varsi Rospigliosi, Enrique (2006). El proceso de filiación extramatrimonial: moderno tratamiento legal según la Ley N° 28457. Gaceta Jurídica. Lima

Zannoni Y Bossert (2003). Manual De Derecho De Familia. Astrea. Buenos Aires

ARTICULOS ELECTRONICOS

Cillero Bruñol, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, disponible en: <http://www.iin.oea.org/iin/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>

Vega Mere, Yuri. La ampliación del concepto de familia por obra del TC. A propósito de la incorporación de la familia ensamblada y de la concesión de mayores derechos a la familia de hecho, disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/2b3dbc748b6bb62663f59958d6207845/Articulo_Yuri.pdf

Plácido Vilcachagua, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (5), disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/item/33274>

Rodríguez Domínguez, Elvito, (2003), “Manual de Derecho Procesal Civil” – Edit. Grijley.

Chiovenda, Giuseppe , (1995), “Curso de Derecho Procesal Civil”, Editorial Pedagógica Americana.

Beltran Quiroga, Jaime, (2005), “Los procesos ejecutivo y de ejecución” publicado en la obra “Aportes para la reforma del proceso laboral peruano” editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social.

Carrion Lugo, Jorge, (2009), “Tratado de Derecho Procesal Civil” Volumen V,
Editora Grijley.

Omar A. Benabentos, (2002), Teoría General del Proceso, Ed, editorial Juris,
Arequipa-Perú.

Enrique Vescovi, (2009), Teoría General del Proceso, 2da ed, Editorial Temis
S.A, Santa Fe de Bogota, Colombia.

Eugenia Ariano Deho, (2003), Problemas del Proceso Civil, Ed, Jurista editores,
Lima-Perú, Octubre.

Hinostroza Minguez Alberto, (2003), Manual de Consulta Rápida del Proceso
Civil, 2da ed, Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

Monroy Galvez, Juan, (1996), Introducción al Proceso Civil, Ed, Tomo I,
Editorial Temis-de Belaunde & Monroy, Santa Fe de bogota, Colombia.

Oswaldo Alfredo, Gozaini, (2005), Elementos de Derecho Procesal Civil,
Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos
Aires, Argentina.

Quintero, Beatriz y Prieto, Eugenio, (1995), Teoría General del Proceso, Editorial Temis S.A, Santa fe de Bogota-Colombia.

Ticona Postigo, Víctor, (1999), El Debido Proceso y la Demanda Civil; 2da ed, Tomo I, RODHAS; Lima-Perú.

Montero Aroca, Juan y otros, (2000), El Nuevo Proceso Civil 2000, Ediciones Tirant Lo Blanc, Valencia, España.

Carrión Lugo, Jorge, (2001), Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen I, Teoría General del Proceso, Editora y Distribuidora GRIJLEY e.i.r.l, 2001.

Elvito A. Rodriguez Dominguez, (2003), Manual de Derecho Procesal Civil, Sexta edición, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2005.

Victor Ticona Postigo, (1999), El Debido Proceso y la Demanda Civil, Tomo I y II, Segunda Edición, Editorial RODHAS, Lima-Perú.

Alberto Hinostroza Mínguez, (2003), Manual de consulta rápida del Proceso Civil, Segunda Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

ANEXOS

a. FICHA TÉCNICA DE LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

Metodología de la Encuesta

Objetivo: evaluar actitudes

A fin de determinar el grado de validez de las hipótesis y de sus variables se organizó esta encuesta para evaluar las actitudes respecto a “EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR Y EL RECONOCIMIENTO DEL PADRE A SU DESCENDIENTE FRENTE PREVALENCIA DE LA VERDAD BIOLÓGICA”, realizada en los Juzgados de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

En la elaboración de la **Escala de Actitudes de Bogardus** se ha considerado las dimensiones: jurídica, administrativa, política y sociológica. Debe tenerse en cuenta que los datos cuantitativos requeridos son los estrictamente necesarios para una encuesta complementaria del estudio cualitativo del Derecho positivo y de la Doctrina jurídica que tiene el centro gravitatorio de nuestra investigación. Y esto debido a que la opinión de un segmento social por muy significativo que sea no produce *per se* el cambio o reforma constitucional que requerimos. La tabla de **Valores de la escala** nos permitió la evaluación de los resultados, tal como se indican en dicha Tabla. Obviamente, los resultados de la encuesta se encuentran en las secciones de Resultados y Discusión de los mismos.

Escala de Evaluación

Puntaje	Evaluación
1	Totalmente en desacuerdo
2	En desacuerdo
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
4	De acuerdo
5	Totalmente de acuerdo

b. CUESTIONARIOS

Encuesta

Escala de valoración de: El derecho a la identidad del menor, y el reconocimiento del padre a su descendiente frente prevalencia de la verdad biológica.

Marque y complete sus datos a continuación:

Nombre y Apellido: _____ Edad: _____

Profesión: _____

Estimado(a) Señor(a), este cuestionario contiene preguntas que pretende medir opiniones sobre la reforma constitucional y la modificación de la ley penal. Ruego responder con la mayor paciencia y sinceridad posible de acuerdo a su punto de vista.

El cuestionario está compuesto por 3 ítems y tiene 5 alternativas. Marque en la casilla adecuada, de acuerdo con su punto de vista (solo marque un casillero por ítem).

Tabla de Valoración	
1	Completamente en desacuerdo
2	En desacuerdo
3	Ni de acuerdo, ni en desacuerdo
4	De acuerdo
5	Completamente de acuerdo

Cuestionario:

N°	ITEMS	CATEGORIA				
		1	2	3	4	5
1	Cree usted que, debe respetarse el derecho a la identidad del menor y el reconocimiento del padre a su descendiente.					
2	Cree usted, que debería ser estudiado y analizado la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente.					
3	Usted cree, que el Estado tiene implementado normas jurídicas que permiten la aplicación de la Verdad Biológica.					
4	Cree usted que, en nuestro país existen normas jurídicas que permitan el respeto al derecho a la identidad del menor y al reconocimiento de su descendiente, a través de la Verdad Biológica.					
5	Cree usted que, al respetar el derecho a la identidad del menor y del padre al reconocimiento de su descendiente, se permitirá la prevalencia de la verdad biológica.					

N°	ITEMS	CATEGORIA				
		1	2	3	4	5
6	Cree usted, que debe modificarse el artículo 361 de la Tercera Sección del Título I, Capítulo Primero del Código Civil vigente, a fin de eliminar “Presunción Pater Is Est”, y se permita establecer la prevalencia de la verdad biológica.					