



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**

ESCUELA DE POST-GRADO

MAESTRIA CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL

**“REESTRUCTURACION DEL REGIMEN PATERNO FILIAL”**

**TESIS**

**Presentada para optar el grado académico de:**

**MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

**AUTOR:**

**PAOLA NAVARRO BENITES**

**LAMBAYEQUE –PERÚ**

**2013**

**REESTRUCTURACION DEL REGIMEN PATERNO FILIAL**

---

**PAOLA NAVARRO BENITES**

**AUTOR**

---

**MONDOÑEDO VALLE AMADOR**

**ASESOR**

**PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO  
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIVIL Y COMERCIAL**

**APROBADA POR UNANIMIDAD**

---

**DR. RENAN ARBILDO PAREDES**

**PRESIDENTE DEL JURADO**

---

**M.S.C CARLOS MANUEL CEVALLOS DE BARRENCHEA**

**SECRETARIO DEL JURADO**

---

**M.S.C. WALTER RAMOS MANAY**

**MIEMBRO DEL JURADO**

**2013**

**DEDICATORIA;**

PARA MI GRAN FAMILIA, AL LADO DE QUIENES

TODO ES POSIBLE.

**AGRADECIMIENTO;**  
A MI ASESOR Y A TODAS AQUELLAS PERSONAS  
QUE HAN CONTRIBUIDO PARA LA CULMINACION  
DE LA PRESENTE TESIS

## TABLA DE CONTENIDO

### SUMARIO

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

Esto tiene consecuencias en términos políticos y jurídico-constitucionales; por lo que nos preguntamos **¿se tendrá que adecuar el sistema normativo a la realidad científica, para proporcionar a los operadores del derecho las herramientas y mecanismos legales para resolver los conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas? esto es la verdadera filiación o identidad biológica.** A fin de; a) reestructurar todo el régimen de la sociedad paterno-filial sustentando en un régimen de determinación abierto; b) Reconocer el derecho que tiene toda persona a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal que corresponda a su filiación real; c) Dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad por ser un rezago del sistema prohibitivo de investigación de la paternidad; d) Lograr el reconocimiento pos-facto de la paternidad extramatrimonial; e) Respetar el derecho del niño a preservar su identidad biológica. Por lo que concluimos que la legislación que impide la investigación de la paternidad, vulnera principios y derechos fundamentales, por lo que requiere de una inmediata reestructuración, a fin de reconocer como único mecanismo para resolver conflictos sobre filiación a las pruebas científicas u otras pruebas genéticas (ADN) con igual o mayor grado de certeza.

## ABSTRACT

The institution that in our society we called paternity is not a monolithic issue but it could be considered as hug dealings or a distinct relation ships conglomerate. In fact, rights and debts include in this status could be segment in several parts: for example, some parent's debts appear as a result of the genetic; other can be originated as a result of being mother's husband; others, as a result of the assumption of social and educational responsibility, and subsequently more.

This assessment would had political and juridical constitutionals effects; that's why we answered ¿Is it necessary to adequate the common system to the cientified reality, in order to provide legal tools to the citizens, in this way they could resolved juridical questions and other conflicts? This is the real filiation or biological identity. As determinations; a) Reengineered all the actual paternity system – filiations in the society, based on a determinate open regimen; b) Recognize citizen's right to obtain legal filiation according to an authentic filiation; c) Let without an effect all the prohibitions that exist about paternity investigations as a consequence of being an exclusion in the actual system; d) Achieve a pos facto standard in extra marriage issue; e) Respect children's right to conserve their biological identity.

We concluded that standards in our legislation that do not permit a paternity research evade citizen's essential principles and rights, that's why it is really important a speedily reengineered in order to recognize it as an exceptional mechanism to resolve filiation conflicts.

## INTRODUCCION

El derecho debe ser concebido como ciencia creada y desarrollada con el objeto de regular la convivencia humana a través de normas de derecho positivo, por ende el derecho no debe ser edificado sobre la base de abstracciones propuestas por los legisladores sino mas bien debe ser construido a partir de los principios de equidad, justicia y con criterio de utilidad para la sociedad y sus integrantes, situación que impone que el derecho se desarrolle de acuerdo a las exigencias sociales, apoyándose en ciencias auxiliares y de esta manera brindar una mejor regulación normativa para “la convivencia social de sus miembros”. Así no podrá concebirse que el derecho desarrolle normas que superen o vayan un paso adelante del desarrollo social, pues ello podría inclusive convertir en arbitraria y falto de utilidad, la producción legislativa; tampoco podría aceptarse que el derecho permanezca estático, esto es que, no se produzcan modificaciones legales, pues su naturaleza científica importa su constante evolución ya sea por la alteración o transformación de nuevas relaciones sociales, que necesariamente deben ser reguladas por las normas del derecho positivo, o por la aparición de nuevos métodos científicos que importan el cuestionamiento de la regulación legislativa sobre determinada realidad social y situación legal existente.

La situación hoy en día es otra. De un lado, a nivel social y jurídico los hijos extramatrimoniales y matrimoniales no están sujetos a las discriminaciones de cómo en otros tiempos. De otro lado, gracias a los avances de la genética, la ciencia ha desarrollado toda una serie de pruebas técnicas (ADN) que permiten establecer, con un alto grado de seguridad, las relaciones de filiación.

Permitiendo conocer su propia génesis, su procedencia, que es aspiración connatural del ser humano.

Con el aporte de la presente investigación se logrará adecuar el sistema normativo a la realidad científica, esto es la verdadera biológica ya que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal.

Así mismo se proporcionará con la presente tesis un enfoque diferente de la institución llamada paternidad concibiéndose como un conglomerado de distintas relaciones que se debieron tener en cuenta al momento de la promulgación de normas que regulan el

sistema filiatorio. De hecho, el haz de derechos y obligaciones que forman parte de este estatus puede desglosarse en varias ramas: por ejemplo, algunos de los deberes del padre derivan del hecho de ser el presunto progenitor del niño; otros pueden emanar de su condición de esposo de la madre; otros, de asumir la responsabilidad social de su educación, y así sucesivamente.

Esto tiene consecuencias en términos políticos y jurídico-constitucionales; por lo que nos preguntamos **¿se tendrá que adecuar el sistema normativo a la realidad científica, para proporcionar a los operadores del derecho las herramientas y mecanismos legales para resolver los conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas? esto es la verdadera filiación o identidad biológica.**

## **OBJETIVOS**

### **Objetivo General**

\*Reestructurar todo el régimen de la sociedad paterno-filial sustentando en un régimen de determinación abierto.

### **Objetivos Específicos**

- \* Reconocer el derecho que tiene toda persona a acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal que corresponda a su filiación real.
- \* Dejar sin efecto la prohibición de investigar la paternidad por ser un rezago del sistema prohibitivo de investigación de la paternidad.
- \*Lograr el reconocimiento pos-facto de la paternidad extramatrimonial.
- \*Respetar el derecho del niño a preservar su identidad biológica.

## **HIPOTESIS**

La legislación que impide la investigación de la paternidad, vulnera Principios y derechos fundamentales, por lo que requiere de una inmediata reestructuración, a fin de reconocer como único mecanismo para resolver conflictos sobre filiación a las pruebas científicas u otras pruebas genéticas(ADN) con igual o mayor grado de certeza.



## **CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO**

### **1.1 UBICACIÓN**

La filiación ha sufrido un acelerado desarrollo en nuestro país durante los últimos años, principalmente a la luz de la internacionalización de los derechos humanos, como consecuencia de la incorporación y de la operatividad que se ha dado a determinados Tratados Internacionales en nuestra Constitución nacional, y del avance tecnológico (ADN). Siendo uno de los hechos relevantes en materia de filiación, que ambas personas, padre legal y padre biológico, ostentan idéntico interés jurídico para poder impugnar la presunción de paternidad. En efecto, ambos buscan desvirtuar una relación de filiación que los afectan, que ha sido presumida por la ley, sin que importe que se sitúen en dos extremos diversos de la relación de filiación.

### **1.2 COMO SURGE EL PROBLEMA.**

Negar la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se le reconozca, lo son por la estrechez procesal. Y ello, aunque esa estrechez figure, no en la ley procesal, sino en el Código Civil.

Esa interpretación aplicativa, lidia con la Constitución y con la Convención sobre los Derechos del Niño. Es así como se adopta el manejo y la aplicación de normas fríamente analizadas en desvinculación de las circunstancias en que ese mismo menor se halla inmerso ante la disputa de quienes lo reclaman para sí. Ningún interés ha de ser superior al del menor que es el centro del problema. Nuestra identidad, lo que somos y lo que queremos ser, nos viene dado en gran parte por la adscripción a un universo familiar determinado.

Ello es así, ya que la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer la identidad de sus padres. A la comunidad toda le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo a conocer la identidad de su padre. Así, el poder legislativo respondiendo a pautas marcadas por la naturaleza humana, y respetando las características de un medio sociocultural dado en tiempo y espacio dicta normas de carácter general; el poder administrador, poder ejecutor de las políticas generales viabiliza e instrumenta el desenvolvimiento de la familia

conforme el perfil delineado por el legislador; y el poder judicial enfrenta el conflicto familiar en particular buscando a través de una sentencia el dictado de la norma aplicable al caso concreto mediante la interpretación y aplicación de las normas generales imponiendo coactivamente las consecuencias previstas por la legislación.

### **1.3 COMO SE MANIFIESTA Y QUE CARACTERISTICAS TIENE.**

Debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social - identidad dinámica- es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto. Ante este caso, el derecho puede resultar eficaz en su función reguladora y sancionadora de conductas, pero se requiere que la norma sea adecuada, que insertada en el contexto normativo armonice con él y no quiebre el sistema vulnerando derechos fundamentales.

Más la familia no está aislada del resto de las instituciones sociales. Sus miembros desarrollan muchas de sus actividades en el exterior, de donde derivan parte de sus valores, además de estar sujetos también al influjo de los medios de comunicación de masas. No obstante la transmisión de dichos valores, el cultivo de la sociabilidad el equilibrio emocional y hasta el espíritu cívico de los individuos dependen en gran medida del ajuste entre demandas y expectativas de los actores familiares, tanto en el interior como en el exterior. Es dentro del seno familiar donde se acunan y se nutren aquellos valores sociales más generales que configuran no solo la identidad personal del individuo sino la identidad cultural del país y la personalidad colectiva.

En todo proceso debe primar la verdad Biológica encima de la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento a través de ritualismos puramente formales que sólo conducen a la frustración de un adecuado servicio de justicia que resulta garantizado por nuestra ley fundamental. En cuanto al entrometimiento del Estado en la faz privada es correcto que el emplazamiento filiatorio no dependa de la voluntad de las personas ni esté sujeta a manifestaciones variables, no resultando idónea para excluir o incluir la filiación de nadie.

Es importante dilucidar la problemática de qué valor tendrá la expresión de voluntad de ese niño de someterse o no a las pruebas médicas, y de querer o no saber su verdad

biológica, con ello se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho personalísimo de saber quién uno es.

#### **1.4 DESCRIPCION DETALLADA DE LA METODOLOGIA EMPLEADA**

##### **1.4.1.-DISEÑO DE CONTRASTACION DE LA HIPÓTESIS:**

Para efectuar la Contratación del problema de la investigación con la hipótesis se obtuvo previamente la información necesaria y el resultado de las encuestas realizadas.

##### **1.4.2.-POBLACION Y MUESTRA:**

1.4.2.1 Población: Distrito Judicial de Lambayeque

1.4.2.2 Muestra: Abogados, litigantes y personal jurisdiccional de los Juzgados de Familia del Chiclayo

##### **1.4.3.-MATERIALES. TÉCNICAS. E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS UTILIZADOS:**

\* Material;

El presente trabajo de investigación se basó en fuentes bibliográficas (libros, separatas, revistas, información obtenida de Internet etc.), así como fuentes empíricas (Cuestionarios).

\*Técnicas.

Se utilizara la

- Técnica del cuestionario (Preguntas mixtas).
- Técnica de la documentación.

##### **1.4.4.-MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS:**

1.4.4.1.-Trabajo de Gabinete.- Se utilizó la técnica del fichaje cuya finalidad es ir registrando aspectos esenciales de los materiales bibliográficos consultados, y que

organizados simultáneamente son de valiosa ayuda como fuente donde se acumulan nuestras experiencias.

Se hizo uso de las siguientes fichas:

- a) Bibliográficas: Que sirvieron para anotar los datos sobre las fuentes consultadas.
- b) Textuales: Se utilizó con la finalidad de reproducir lo dicho por el autor del libro y que sirvió para citarla en la exposición del tema.
- c) De comentario: Se empleó para expresar una opinión referente al tema.
- d) De resumen: Se utilizó para presentar a manera de cuadro sinóptico, el contenido del tema.

Los procedimientos de la técnica del fichaje son:

- Asistencia a las bibliotecas.
- Selección de obras y capítulos.
- Lectura del contenido

#### 1.4.4.2.-Trabajo de Campo:

Se realizó:

##### a) Encuesta:

La encuesta dirigida a los administradores de justicia y público en general de la provincia de Chiclayo, para obtener la información sobre la problemática y vacíos de la normatividad vigente respecto a la filiación en el código civil

Para su elaboración se siguió los siguientes pasos:

- Se seleccionó las preguntas de acuerdo a los objetivos.
- Se coordinó con las personas a quienes se les va a aplicar la encuesta.
- Se aplicó la encuesta teniendo en cuenta que las preguntas tiene respuesta abiertas y cerradas.
- Se tomó en cuenta los conocimientos científicos para la elaboración de la misma.
- La encuesta se realizó a través del dialogo del encuestado con el encuestador, con una duración de 10 a 15 minutos por encuesta.
- El lugar donde se realizó la encuesta es en el Poder Judicial.
- La encuesta se realizó en forma directa, y se evaluó mediante el método de evaluaciones sumadas(Escala de Likert)

##### b) Lista de cotejos:

La lista de cotejos se empleó para obtener información más precisa.

#### **1.4.5.-ANÁLISIS ESTADÍSTICOS DE LOS DATOS :**

La Distribución numérica y porcentual de los datos, se efectuó a través de cuadros estadísticos para medir las encuestas que se efectuaran sobre la aplicación de normas a favor de la investigación de la paternidad.

#### **1.4.6 ASPECTOS ADMINISTRATIVOS:**

1.4.6.1.-Se efectuó un cronograma de Actividades.

1.4.6-2.-Se realizó un presupuesto de los gastos a realizar en la confección de la presente tesis.

1.4.6.3. - Financiamiento. El investigador asumió el presupuesto de la presente investigación.

## MARCO CONCEPTUAL

### CAPITULO II

#### 2.1.-FILIACION:

En sentido genérico, refiere Cornejo Chávez, la filiación es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes, en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos.<sup>1</sup>

Puede ser entendida también como el vínculo jurídico existente entre procreantes y procreados, o producto de la adopción de la cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos.<sup>2</sup>

En general la filiación o relación paterno-filial "es la relación o vínculo que une entre las personas descendientes, bien una de otra, o de un tronco común".<sup>3</sup>

La filiación en sentido estricto será aquella relación parental que vincula a padres e hijos. Sin embargo, es de anotar que a dicha relación se le denomina en forma más apropiada paterno-filial, esto porque desde la posición del hijo está bien llamarla filiación, pero, desde la posición de los padres es llamada paternidad o maternidad.<sup>4</sup>

La filiación significa la procedencia de los hijos respecto a los padres, la descendencia de padres a hijos o la calidad que el hijo tiene con respecto a su padre o madre, por razón de concepción y nacimiento, en relación con el estado civil de los progenitores<sup>5</sup>

#### 2.2.-Filiación matrimonial.

Viene a ser una relación paterno filial que deriva de un casamiento arreglado a ley. En consecuencia, serán hijos matrimoniales los que hubieren nacido durante el matrimonio a pesar de haber sido concebidos antes de éste; así como también lo serán los hijos nacidos en fecha posterior al término del matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él.”<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, 1999 p.357.

<sup>2</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho De Familia. Lima. Idemsa, 2002 p. 345

<sup>3</sup> REYES RIOS Nelson: “La Acción De Estado De Filiación Paterna Extramatrimonial En El Código Civil De Venezuela En El Código Civil Peruano”. En: Libro Homenaje A Rómulo Lanatta Guilhem. Ede Ve. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1986. Pág. 393

<sup>4</sup> HINOSTROZA MINGUES, Alberto. Derecho De Familia, 2da Edición 1997, P226

<sup>5</sup> RAMOS BOHORQUEZ Miguel, Manual De Derecho De Familia ,1º Edición 2002, P116

<sup>6</sup> HINOSTROZA MINGUES, op. Cit., P228

### **2.3.-Filiación adoptiva**

Es el acto Jurídico por el cual se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no tienen por naturaleza; adquiriendo, entonces, el adoptado la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.<sup>7</sup>

### **2.4.-Filiación extramatrimonial.**

Es el vínculo paterno filial que resulta de una unión irregular o no matrimonial.<sup>8</sup> La filiación extramatrimonial o filiación ilegítima o natural, deriva de la unión extramatrimonial. Los hijos nacidos de relaciones sexuales fuera de matrimonio, tienen la condición de extramatrimoniales.<sup>9</sup>

### **2.5.-FILIACION BIOLÓGICA.-**

“... filiación...es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto)”.<sup>10</sup> Nosotros ahora pasamos a entender a la filiación natural (dejando de lado a la adopción) como la filiación biológica, según la cual “todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado... (Hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. De ahí que se diga que la filiación humana está basada, pues, en la aportación del material genético con el que se produce la concepción<sup>11</sup>

### **2.6. LAS ACCIONES DE ESTADO.**

En torno a la filiación legítima pueden suscitarse diversas acciones, según que alguien niegue o impugne la que tiene una persona, o que por contrario, se reclame tal estado para quien, debiendo tenerlo no goza de él.

---

<sup>7</sup> PLACIDO V. Alex F. Manual De Derecho De Familia 2da Edición –GACETA JURIDICA S.A. Octubre 200..p296

<sup>8</sup> PERALTA ANDÍA, op. Cit., p. 348.

<sup>9</sup> RAMOS BOHORQUEZ Miguel, op. Cit. , P116

<sup>10</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “DERECHO FAMILIAR PERUANO”. TOMO II. “SOCIEDAD PATERNO – FILIAL.AMPARO FAMILIAR DEL INCAPAZ”Librería Studiun Ediciones. Lima. 1991. p. 11

<sup>11</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “FILIACIÓN, DERECHO Y GENÉTICA. APROXIMACIONES A LA TEORÍA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA”. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 1999. p.32

**2.6.1.-ACCION DE CONTESTACIÓN** (negación o desconocimiento de la paternidad, impugnación de la paternidad, impugnación de la maternidad, impugnación de la legítima, repudio de la filiación).

**2.6.2 ACCION DE RECLAMACIÓN** (de la paternidad, de la maternidad, de la “legítima”, de la filiación).<sup>12</sup>

## **2.7 LA DETERMINACION DE LA FILIACIÓN**

La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan jurídicamente, determinadas.<sup>13</sup>

## **2.8 PRUEBA DE LA FILIACION**

La prueba viene a ser –como se tiene dicho- la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas establecidas por la ley.<sup>14</sup>

Respecto de la prueba de la filiación, si se trata de la filiación matrimonial ella se probará con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el que se admita expresa o tácitamente la paternidad matrimonial, o por sentencia que desestime la demanda de impugnación de la paternidad.

A falta de esta prueba, la filiación queda acreditada por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado o cualquier medio, siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres. Por su parte, la filiación extramatrimonial se acredita por el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento; o por sentencia dictada en juicio de filiación.<sup>15</sup>

## **2.9 RECONOCIMIENTO DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.**

Reconocimiento es el acto jurídico por el cual una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra.<sup>16</sup>

Se trata de un acto jurídico unilateral, de forma prescripta y de Carácter irrevocable, por el que se admiten la paternidad o la maternidad extramatrimonial.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor op. Cit. p.376

<sup>13</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit.. p275

<sup>14</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. op. Cit., p. 366.

<sup>15</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit.. p276

<sup>16</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor op. Cit. p.442



## **2.10 SUJETOS DE RECONOCIMIENTO:**

**2.10.1. SUJETO ACTIVO.** Es la persona del reconocimiento y tal, como se dijo- por regla general- es un acto personal de éste, pero que también puede ser efectuado mediante mandatario con poder especial.<sup>18</sup>

**2.10.2 SUJETO PASIVO.** Es la persona del reconocido, cuya voluntad no cuenta para este acto, razón por la cual se puede realizar sin su concurso y si no coincidiera con su verdadera filiación podría ser impugnado.<sup>19</sup>

## **2.11 DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR**

Consiste el derecho a la intimidad personal en el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en el y de darle publicidad que no desee el interesado.

Todo aquello que sucede en el ámbito restringido de la vida familiar, aún cuando en algunos casos pudiera tener cierta repercusión pública, debe quedar excluido de la curiosidad, de la injerencia exterior, del conocimiento o de la difusión por terceros.

**2.11.1.- INTIMIDAD PERSONAL:** Es aquella parte del individuo dedicado a un espacio para él mismo, la reserva de sus actos en relación a terceros y de las relaciones interpersonales. En general, de datos, hechos o situaciones referidas exclusivamente a su persona, destinada a madurar su personalidad y realizarse según su contexto social.

**2.11.2.- INTIMIDAD FAMILIAR:** Podemos decir lo mismo respecto a ésta, sólo que se caracteriza por ser relaciones personales muy cercanas, que sólo pueden establecerse en el recinto del hogar. Son relaciones muy profundas que se dan entre esposos, padres e hijos.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit., p279.

<sup>18</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. op. Cit., p. 414

<sup>19</sup>. Op. cit., p.416

<sup>20</sup>VASQUEZ RIOS, Alberto. “*Derecho de las Personas*”. SEGUNDA EDICIÓN, Editorial San Marcos. Lima. 2005. p. 139-140

## MARCO HISTORICO

### CAPITULO III

#### FILIACION

##### 3.1.-ANTECEDENTES:

Históricamente, en los pueblos antiguos el nacimiento de los hijos constituía un hecho físico sin ninguna trascendencia jurídica, puesto que la voz y la aceptación de quien ejercía la potestad familiar permitía el ingreso de aquel pequeño al núcleo social de carácter religioso que se llamaba familia. La declaración del padre constituía el vínculo moral y religioso, lo que aconteció en Grecia y la India.

En el derecho Romano se conoció en la época clásica los *iuti liberi*, o sea los hijos matrimoniales legítimos o de justas nupcias y los *lileri spurii*, o sea, los hijos no matrimoniales, posteriormente en la época de Constantino se conocieron a los hijos *liberi naturales*. En el antiguo Derecho Español hablaron de los hijos legítimos o ilegítimos. La filiación legítima, por tanto, está necesariamente vinculada al matrimonio de los padres. Sin la existencia de éste, sea antes o después de la concepción, no había legitimidad posibles, por cuanto aquella era efecto del matrimonio y no solamente una valoración ética o moral.<sup>21</sup>

El Perú no puede ser ajeno, ya que desde la época indígena considero a la Familia como una empresa de trabajo dentro de la cual los hijos no son sino otros tantos factores o capitales, cuanto más hijos hubo, mayor fue la prosperidad alcanzable. Y ya dentro de la vida familiar o comunal, debió tener ventaja aquel de los hijos que se mostraba como más diestro o más servicial. Por otra parte, allí donde existieron la monogamia y el matrimonio obligatorio, no hubo lugar a hijos naturales; y allí donde el Inca había donado mujeres, por el hecho mismo de esa donación, las uniones resultantes no podía n considerarse como de carácter ilegal o secundario. Sólo en la familia del Inca y en las familias muy ligadas al poder imperial, debió acentuarse la división entre las distintas clases de hijos, no por considerarse a los unos como fruto de un sacramento religioso

---

<sup>21</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. op. Cit., 350

basado en el derecho de la sangre, es decir el predominio que en todos los ordenes de la vida, correspondía a los miembros de la casta gobernante.

Si el Inca era hijo del Sol y se casaba con su propia hermana, los hijos nacidos de ese matrimonio tenían por fuerza que considerarse en un plano superior a los hijos que el mismo Inca tenía con otras mujeres. Y, en menor proporción, lo mismo debió ocurrir tratándose de los descendientes de las familias más ligadas a la familia real.

Este es el motivo por el cual Guamán Poma DISTINGUE ENTRE HIJOS LEGITIMOS E HIJOS Bastardos del Inca. A los segundos les da el nombre de “auquiconas”. Pero en este caso, la bastardía no implicaba una completa preterición. La condición de los “auquiconas” era inferior a la de los hijos legítimos; pero muy privilegiada en relación con las demás personas.

La mujer principal era la que tenía al heredero legítimo, al mayorazgo que no era, pues, el hijo mayor del padre si éste lo engendraba en mujer distinta. En las comarcas de régimen matriarcal, si la legítima mujer no tenía hijo, la herencia pasaba en derecho a la estirpe del marido, no por medio de los hijos habidos en otras mujeres, sino por medio de sus sobrinos, hijos de su hermana de vientre, los cuales era de su propia sangre pero siempre por línea uterina.<sup>22</sup>

El siglo XX muestra, al decir de Carbonier, la tendencia a la socialización de las relaciones Jurídicas, lo que estrictamente, debe entenderse como reacción y repudio al voluntarismo racionalista del individualismo liberal, situación que permitió a Napoleón decir, por ejemplo: “La sociedad no tiene intereses en que sean reconocidos los bastardos”.

A través de la Naciones Unidas se han elaborado, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la Ley de todos los Hijos. En 1978, el Consejo Económico y Social elaboró los “Principios generales sobre igualdad y la no discriminación respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio”, y entre ellos se destacan los siguientes

---

<sup>22</sup>BASADRE GROHMANN, Jorge, “Historia del Derecho Peruano”, III Edición, Editorial San Marcos- 1937 p. 170-171

“Toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá derecho al reconocimiento legal de su filiación materna y paterna”; “Un vez determinada la filiación, toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá igual condición Jurídica que la Nacida de matrimonio”.<sup>23</sup>

Se sabe que existían dos categorías: los hijos legítimos generados dentro del matrimonio o legitimados por subsecuente casamiento de los padres y los hijos ilegítimos nacidos fuera de la institución matrimonial.

Entre éstos últimos se agrupaban los hijos naturales, de padres que al tiempo de la concepción podían casarse con acción para ser reconocidos, con derecho a alimentos y también con derechos hereditarios: los hijos adulterinos, producto de la unión de dos personas que al momento de la concepción no podían casarse porque uno de ellos o ambos estaban casados con terceras personas; incestuosos, los nacidos de padres que no podían contraer matrimonio en razón del parentesco; y, sacrílegos los que procedían de un padre clérigo, de órdenes mayores o de personas ligadas por el voto solemne de castidad en orden religiosa.

También se sabe que los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos no podían reclamar la paternidad o la maternidad, por lo tanto, tampoco pedían pretender derecho alguno, salvo el caso de que fueran voluntariamente reconocidos por sus padres para reclamar alimentos hasta los dieciocho años y siempre que estuvieran imposibilitados para proveer a sus necesidades.<sup>24</sup>

Si hay algo que ha preocupado y sigue preocupando tanto al hombre, esto es sin duda el problema de la filiación “obra interna y secreto de la naturaleza, expuesta por desgracia al error y a la concurrencia, materia de difícilísima comprobación, así “manifiesta de esa preocupación, y de palucha profunda y casi visceral que angustia al hombre en cuanto a su progenitor son ese dicho popular: “los hijos de mis hijas, nietos míos son; los hijos de mis hijos, son(...) o no son” ilustrándonos aún más Rivero Hernández al afirmar que “Las referencias que se hacen en este sentido van desde “la Odisea” (Atena pregunta a Telémaco: “¿si soy yo ciertamente tu hijo?...mi madre así me lo dice, pero puede conocer un hijo a su padres?”)..... Hasta Shakespeare en “Vida y Muerte del Rey

---

<sup>23</sup>BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERA PONS, Jorge. “Manual de derecho de familia”, Ediciones Jurídicas, Copyright- 2008 p. 225-226

<sup>24</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. op. Cit., p. 343.

Juan”, Acto I(Felipe el Bastardo al Rey: Descendemos, ciertamente de una misma madre, poderoso rey según es notorio, y creo que del mismo padre; pero para conocimiento evidente de la verdad, os remito al cielo y a mi madre; sobre este punto tengo las mismas dudas que pueden asaltar a los hijos de los hombre: versos 59-63).

Así muy ilustrativo resulta lo anteriormente referido, pues la paternidad no es tan notorio como si lo es la maternidad fisiológicamente hablando; de este modo, visto desde el campo del derecho, tenemos que no hay mayores problemas para determinar la paternidad de un menor cuando sus padres son casados, pues aquí funciona la presunción *pater vero is est quan justiae demostrant*; sin embargo, otro niño no tendría muy clara su paternidad si fuera el fruto de una relación extramatrimonial en virtud a que esta “suele constituirse en un ambiente de clandestinidad, de disimulo, de vergüenza, que a veces impide y siempre dificulta la cierta determinación de los progenitores, señaladamente la del padre.

Para hacer frente a este problema, de los albores del derecho en la Roma Imperial el genio romano ideó una serie de presunciones que aun algunos códigos civiles latinoamericanos, incluido el nuestro, si bien acercaban al hijo al conocimiento de la identidad de su padre, no eran, ni son los suficientes contundentes para determinar la verdadera paternidad, pues siempre dejaban y dejan amplios márgenes de error. Dejando de lado el genio Romano, tenemos que el genio científico propuso otros métodos con los cuales se pueda lograr la determinación biológica de la paternidad; ello claro está, luego de sacrificados estudios en el campo de la genética.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Revista , “Actualidad Jurídica”, Primera Edición , Tomo 169 , Copyright- Gaceta Jurídica Diciembre 2007, P42

## MARCO DOCTRINARIO

### CAPITULO IV

#### FILIACION

##### 4.1.-DOCTRINA JURIDICA.

Proviene de una voz latina “*FILIUS*” (que los antiguos españoles pronunciaban como fillo, fiio, fijo y, por ultimo hijo), que a su vez se origina de *FILIUM* que significa hijo, procedencia del hijo respecto de los padres o simplemente, relación del hijo con sus progenitores<sup>26</sup>.Y se refiere al vínculo que existe entre personas que descienden de un mismo tronco<sup>27</sup>

Por lo que podemos decir que el principio de unidad de las filiaciones se funda en el reconocimiento de “que todos los hombres comienzan su existencia en una sola y única forma, fruto de la relación sexual”. De él se desprende un mandato social: los hijos no pueden ser categorizados de acuerdo al tipo de unión que vincula a sus padres.

Además de la **igualdad intrínseca de todos los hombres**, existen otros tres factores sociales que han contribuido en la recepción del principio en el derecho positivo:

1. La declinación de la familia patriarcal;
2. El decaimiento del patrimonio;
3. El cambio de actitud hacia el hijo

Actualmente, dentro de la doctrina se advierte que no existe un cabal y ceñido concepto de Filiación. En efecto, las doctrinas más conocidas son:

- a) FILIACIÓN COMO HECHO.-** Algunos autores la consideran como un hecho, sin determinar si ese hecho es biológico o Jurídico. Arturo Yungano refiere que la filiación es un Vínculo biológico que liga a los padres con el hijo. Carbonier, piensa que es un vinculo jurídico entre el padre con el hijo, olvidando que se trata fundamentalmente de un hecho biológico o natural, ya que la ley no puede dar hijos, salvo en el supuesto de la adopción;como expresa Enrique Varsi Rospigliosi, en la filiación natural cada hijo “tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo concibió. Sin embargo, para el Derecho puede

---

<sup>26</sup> PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho De Familia. Lima. Idemsa, 2002 p. 345.

<sup>27</sup> QUISPE SALSAVILCA, David Percy, Brevarios de Derecho Civil – El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Editorial Cuzco S.A.C., 2002, p 147

carecerse de uno de ellos o de los dos por que la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación”

- b) **FILIACIÓN COMO PARENTESCO.-** Otros autores la identifican como el parentesco, precisamente Aubry y Rau, la consideran como el lazo de parentesco existente entre el padre o madre y el hijo, y el Brasileño Antonio Chávez estima que es el vínculo existente entre padres e hijos, el mismo que viene a ser la relación de parentesco por consanguinidad en línea recta del primer grado entre una persona (Hijo) y aquellos que le dieron la vida (padre o madre), omitiendo explicar que la filiación es el resultado de un hecho biológico o natural, mas no su antecedente.
- c) **FILIACIÓN COMO ESTADO JURÍDICA FAMILIAR.-** Un tercer grupo, entre ellos, Messineo sostiene que la Filiación es simétrica y por ello atribuye un *satatus*: el de padre, el de madre o el de hijo. Demolombe, que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre, con su madre, todo lo que crea un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes de la misma; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo en el carácter de padre e hijo.
- d) **DOCTRINA MIXTA.-** Por ultimo, un cuarto criterio con la doctrina italiana, según la cual, la filiación es un estado, un hecho natural y un hecho jurídico. Piug Brutao, estima que la filiación es ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación y ese hecho esta regulado por el derecho, por tanto, un hecho jurídico.

Otros la ven como un hecho biológico o natural, regulado por el derecho como un hecho jurídico, pero olvidan la conversión en un acto jurídico. Creemos con López del Carril que el vínculo biológico no basta por sí mismo para hacer nacer el vinculo jurídico, es preciso la voluntad exteriorizada para que el vinculo biológico se convierta en “acto jurídico familiar”; la voluntad humana sólo es necesaria para el emplazamiento en el estado de familia, puesto que el contenido de la relación jurídica familiar no se halla sujeto ala voluntad.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> PERALTA ANDÍA, op. Cit., p. 346-347

## **CAPITULO V**

### **PRINCIPIOS Y DERECHOS EN LA DETERMINACION DE LA FILIACION**

#### **5.1.-EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN:**

Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

Pero para poder cumplir con los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quienes son los padres. Existe, pues, una íntima relación entre el derecho del niño a conocer a sus padres y el de ser cuidado por ellos.

El principio de igualdad de categorías de filiación interesa fundamentalmente al idéntico tratamiento que hace la ley en cuanto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana. Por su parte, el derecho del niño a conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se origina de la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se centra en la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven, atiende mejor el interés de los hijos menores, que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa<sup>29</sup>

#### **5.2-DERECHO A LA VERDAD BIOLOGICA: FILIACION BIOLOGICA.**

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre, tal dato biológico del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho.

Es derecho del hijo a conocer su verdadera identidad que está por encima del derecho del resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero necesariamente debe prevalecer, ello por una ponderación de derechos fundamentales en

---

<sup>29</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit., p 273-274



conflicto, ante lo cual se establece que el derecho a la verdadera identidad está por encima del derecho a la intimidad, que únicamente recae en la esfera individual, mas el primero tiene un carácter de "orden público".

Cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, debe destacarse que el dato biológico es la identidad de éste y luego requiere desarrollar vida social (lo que en la doctrina se denomina identidad estática, a la primera y dinámica a la segunda).

Ahora, el Estado no es ajeno ni debe serlo a las cuestiones relacionadas con la verdad biológica y la identidad, pues la función de que éste debe realizar resulta ser de ORDEN PUBLICO, como se mencionó anteriormente, tocando el ámbito privado y público, tal es así que el Estado no es indiferente a la realidad, pues en el ordenamiento jurídico contempla aquellos supuestos de filiación matrimonial y extramatrimonial, ante ello establece mecanismos legales y pone en funcionamiento a los Juzgados y Tribunales de Familia, que en si llega a constituir "intromisión al seno familiar con sus respectivas instituciones caritativas y filantrópicas "moralizadoras", el Estado interviene en la vida familiar, lo cual se manifiesta en muchos aspecto, por ejemplo uno de ellos es en la patria Potestad, que incluso llega a quitarle a quienes no están en condiciones de tenerla o han incurrido en causal para suspenderla o perderla, incluso; en el caso de la reclamación judicial de paternidad, resulta ser una cuestión de derecho público, por cuanto la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer su propia identidad y la de sus padres, a la comunidad le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo de conocer sus padres.

En tanto el Poder Legislativo, es aquel poder llamado a regular el medio social, ejerciendo la función legislativa, expidiendo instrumentos legales, entre éstos, aquel que conlleve a dilucidar la verdadera identidad del hijo.

Pero, para poder cumplir los derechos y deberes que corresponden a los hijos, debe conocerse previamente quiénes son los padres. Este último derecho resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona: la identidad en las relaciones familiares. No obstante, fue regulado en forma expresa en el numeral 1 del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que recoge toda la gama de derechos humanos de la infancia, y a la letra dice: "el niño será inscrito inmediatamente después de

su nacimiento y tendrá derecho desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

Como se observa, el derecho a conocer a los padres-y a ser cuidado por ellos constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, resultando, portante, irrenunciable e imprescriptible.

"El derecho del niño a conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. En otras palabras, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica, pues la igualdad de los hijos elimina la posibilidad de calificar los vínculos en punto a su naturaleza como matrimoniales o extramatrimoniales. Ello, sin embargo, no impide, claro está, a que la ley aluda a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial, si lo hacen no para discriminar entre una y otra, sino para distinguir el supuesto de hecho que exige aludir a una u otra, por la diferente solución legal que, en razón de supuestos de hecho, también distintos, ha de consagrar en particular.

Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se centra en la idea de que el ejercicio compartido de la patria potestad por el padre y la madre que conviven, atiende mejor al interés de los hijos menores, lo que constituye el reconocimiento de la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que aquélla importa<sup>30</sup>

La realidad biológica tiene un eminente contenido ético para el hombre, lo cual limita, en más de una oportunidad, concordancias plenas entre lo biológico y lo jurídico. En otras palabras se trata de que la relación jurídica familiar propenda a la realización de los fines familiares que, ya lo hemos dicho, son objeto de reconocimiento sinal, valoración ética e integración en el sistema de la cultura. De ese modo sólo un vínculo biológico cuyo contenido ético satisfaga la consecuencia de los fines familiares debe merecer adecuada aceptación en la relación familiar. Lo cual no descarta, desde luego, que la

---

<sup>30</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit. p274

formulación de esos contenidos éticos sufra permanente evolución teniendo a descubrir los modos aptos para la más plena y fecunda realización del hombre.<sup>31</sup>

### **5.3.-EL DERECHO DEL NIÑO, EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE, A CONOCER A SUS PADRES.**

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a conocer a los padres se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, en síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concentra en un interés o derecho de todas las personas a su dignidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del estado y de los particulares. El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el derecho pondrá a su alcance- y que son fundamentalmente las acciones de filiación para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo, si legalmente tal unión no consta. En cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no solo es un derecho subjetivo de defensa sino que es también, por una parte un derecho que lleva consigo unas obligaciones positivas a cargo del estado, y, por otra parte, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales.<sup>32</sup>

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se

---

<sup>31</sup>BAUTISTA TOMA. Pedro. y HERRERO PONS. Jorge. Opi.Cit .P39

<sup>32</sup> Revista , “Actualidad Jurídica”, Primera Edición , Tomo 134, Copyright- Gaceta Jurídica Enero 2005, P35-36

caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos tendentes a garantizarla de un modo eficaz.

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a conocer a los padres se puede encontrar en la idea de dignidad.

Siendo así, el derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, en síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporcionan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, éste deberá tener un contenido mínimo, susceptible y necesitado de protección.

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

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

De los argumentos doctrinales se desprende que los derechos fundamentales, en su vertiente subjetiva, están pensados también para las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque -en ese sistema- solo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público.

Como conclusión lógica de lo anterior se deriva que el derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, -civil, administrativa o penal-, que garantice este derecho no solo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

En cambio, desde la perspectiva objetiva el derecho a conocer a los padres viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

Además, también implica que el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, solo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De ello se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas desde un punto de vista formal y material.

En cuanto a su delimitación conceptual, en los intentos de concretar el derecho a conocer a los padres, pueden distinguirse al menos dos corrientes: de una parte aquella que, partiendo de una interpretación restrictiva del término, identifica al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación. De otra parte, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación.

La primera concepción, parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación, desde que en su texto se afirma que el mismo se ejercita "en la medida de lo posible". De esta manera, se brindaría la debida protección constitucional a este derecho.

Este modo de entender el contenido del derecho a conocer a los padres, -restringido exclusivamente a los supuestos autorizados para iniciar la investigación de la filiación-, de aparente lógica; si bien resulta del texto de la norma, lleva a un concepto exclusivamente basado en presunciones y, en consecuencia, excesivamente restrictivo respecto del término utilizado.

En todo caso, si se tiene en cuenta que tal tesis se enmarca en una apreciación textual, las principales objeciones que se pueden hacer a este planteamiento radican en el propio método de interpretación utilizado, basado en un criterio exclusivamente literal, y en el trasvase de procedimientos interpretativos propios del Derecho Civil al ámbito constitucional. Será necesario, por tanto, comprobar si la Constitución y la propia teoría de los derechos fundamentales permiten en última instancia esta interpretación del término "en la medida de lo posible".

Toda interpretación jurídica requiere que los términos sean interpretados según las palabras empleadas en el texto<sup>33</sup>. Sin embargo, en esta concepción se sustituye el significado literal de los términos por la pretendida finalidad buscada con la inclusión de la norma. Así, y aun reconociendo la complejidad del término identidad biológica y su conexión con el principio de dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, entiende que tanto por la propia finalidad del precepto como por la específica acogida que estos derechos encuentran en otros artículos, es necesario darle a la expresión "en la medida de lo posible" una proyección más limitada. Con ello olvida que, una vez superada la tradicional distinción entre interpretación de la letra de la ley e interpretación de la voluntad del legislador el jurista ha de deducir el significado de la norma de la propia actividad interpretativa en ningún caso *a priori*.

---

<sup>33</sup> PEREZ LUÑO. La interpretación de la Constitución. En, Revista de las Cortes Generales. 1984. p. 91. "En primer término debe acentuarse el carácter lingüístico de cualquier interpretación. El lenguaje actúa siempre como marco necesario de referencia de la actividad interpretativa... esa comunicación exige que los interlocutores hablen un mismo lenguaje y conozcan los objetos a que se refiere dicho lenguaje".

Solo en aquellos supuestos en los que, una vez concluido el proceso interpretativo, exista una clara y manifiesta contradicción entre la finalidad de la norma y el propio sentido gramatical de los términos, será posible proceder a restringir o ampliar dicho significado.

De acuerdo con ello y respecto a la interpretación del término "en la medida de lo posible" no parece, sin embargo, que se dé la aludida contradicción: las propias discusiones acerca de su expreso reconocimiento constitucional evidencian que mediante la introducción de este término se pretendía proteger algo más que la identidad biológica del individuo. Junto a ello, una interpretación contextual del término, sustentada en la cercanía entre el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, refleja su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Se puede afirmar, por tanto, que el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación.

Por otra parte, la utilización de criterios restrictivos en la interpretación del significado y contenido de un derecho fundamental, vulnera claramente el principio *in dubio pro libertate* que requiere, en caso de duda, la opción por una interpretación amplia de los derechos fundamentales. Además, la situación de supremacía de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, impide que sus términos puedan ser interpretados de acuerdo con la función que cumplen en normas inferiores, como la del Derecho civil. El método a seguir es el inverso: en primer lugar habrá que delimitar, de acuerdo a los criterios hermenéuticos propios del Derecho constitucional, el concepto y contenido de un derecho fundamental; en segundo lugar, ya en el ámbito del Derecho civil, se procederá en su caso a una restricción del contenido del derecho, acorde con los principios de interpretación propios de esta rama del ordenamiento jurídico.

Además, cabe destacar la concreta relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica.

Al igual que ocurre con el derecho al honor, también procedente de la idea de dignidad pero dotado de un ámbito y contenido propio, se protegen aspectos derivados de la

dignidad personal, pero no este valor en sí mismo considerado. La dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. En este sentido, la identidad biológica se la concibe como una sustantivación de la dignidad, porque aquella va referida a la existencia humana.

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a conocer a los padres carezca de un ámbito y contenido propio. Debe, por tanto, descartarse la posible equiparación entre la dignidad y la identidad biológica. El reconocimiento de la estrecha relación entre ambas - derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada-, permite efectuar la delimitación del derecho a la verdad biológica desde la perspectiva de la mencionada relación.

Así, si bien la dignidad se configura como un valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que como cualquier otro requiere de una base material, ésta es proporcionada por los derechos inherentes a la persona, con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad.

De este modo, los derechos inherentes a la persona vendrían a conformar el aspecto estático de la dignidad personal, al delimitar las esferas de acción que el individuo ha de hacer propias dotándolas de un contenido concreto.

Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante el derecho a conocer a los padres, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: la identidad biológica. El referente material mediano del derecho a la identidad biológica vendría a su vez conformado por las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elementos básicos para su realización y sin las que no es posible su completo desarrollo como persona.

En este sentido, el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación. De acuerdo con ello, identificar la frase "en la medida de lo posible" con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana.

Por lo mismo, las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la



realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias, por cuanto solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incursos en alguna de las causas legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.

Siendo así, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, solo la realidad biológica. No obstante, la frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> GUZMAN ZAPATER sostiene, refiriéndose al sistema jurídico español, que "parece obvio que en la Constitución el principio de investigación de la paternidad nace limitado, pues el propio tenor literal se desprende únicamente que "la ley *posibilitará* la investigación de la paternidad ...", es decir, que el legislador regulará los casos y requisitos". Tal precisión, determina que concluya: "Nos hallamos frente a un derecho constitucional sujeto a reserva de ley, que desembocó en un derecho de configuración legal. Sirve a fines constitucionales o al interés social y de orden público subyacente en las declaraciones de paternidad, al asegurar los derechos de alimentos y sucesorios del hijo cuya filiación se declare. Y en ese sentido coadyuva en la consecución del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a un tratamiento no discriminatorio frente a otros hijos". Agrega que la infracción del derecho a la investigación de la paternidad "solo indirectamente es accionable en amparo: cuando se ha entendido que, impedir o admitir injustificadamente la investigación de la paternidad, es susceptible de conculcar el derecho a la tutela judicial efectiva (del hijo o de alguno de los padres/progenitores), el derecho a la intimidad e incluso el honor (del hijo o de alguno de los progenitores o de la persona a quien se pretende imputar el hijo) e incluso el derecho a la integridad física. Más a la luz de esta interpretación, más o menos afianzada en la doctrina constitucional, una lectura forzada permitiría afirmar que la negación injustificada del derecho a la investigación de la paternidad (p. ej. Por un comportamiento obstruccionista en fase de prueba) y cuando el interesado sea el hijo, quizá podría entrañar una vulneración del principio de igualdad de todos los hijos ante la ley si se admite que ello comportaría una discriminación arbitraria, siendo el término de comparación los hijos matrimoniales y aquéllos cuya filiación se halle claramente establecida". *Vid.* GUZMAN ZAPATER. El derecho a la investigación de la paternidad. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996. p. 45-46.

A este respecto, es sugestivo la construcción de RIVERO HERNANDEZ al vincular el derecho a la investigación de la filiación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. "La decisión, en sí, de iniciar una acción de esta naturaleza es un acto de libertad, al tiempo que parece razonable entender que resulta esencial para la persona el conocimiento de las circunstancias socio-familiares e incluso genéticas que rodearon su generación. En tal sentido, cabría hablar de un derecho a conocer la filiación". *Vid.* RIVERO HERNANDEZ. Artículo 127. En, Comentario del Código Civil. Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. p. 479-480.

En sentido estricto, es la realidad biológica que une a los progenitores, padre y madre, con el procreado; relación revestida de relevancias jurídicas pues fija deberes y derechos recíprocos. El status fili es consubstancial e inherente al ser humano, por ello, actualmente no solo se ha consolidado el derecho a conocer el propio origen biológico a fin de generar consecuencias legales sino, además porque permite perfeccionar el derecho a la identidad.<sup>35</sup>

El derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder develar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado.

### **5.3.1.- CLASES DE INTERPRETACIÓN AL DERECHO A CONOCER A LOS PADRES.**

**5.3.1.1.-Interpretación restrictiva:** significaría que el legislador no puede prohibir la investigación de la filiación, pero sí puede limitarla, máxime si se admite que sobre un proceso de esta naturaleza planean derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige la acción, como son el derecho a la intimidad personal o, incluso, el derecho a la integridad física de la persona a quien se le imputa el hijo. El ejercicio del derecho a conocer a los padres exige un régimen legal de filiación basado en el principio de libre investigación de la paternidad y maternidad mediante toda clase de pruebas.

**5.3.1.2.-Interpretación amplia:** considerando el principio de interpretación *pro homine*, la frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres está referida a las dificultades probatorias que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho a la verdad biológica. La frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho.

- Ello se presente como un límite intrínseco a este derecho.

---

<sup>35</sup> Revista "Diálogo con la Jurisprudencia" Año 11. Número 82. Primera edición. Editorial El Buho E.I.R.L. Julio 2005. P168

- El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad.
- A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> ALEX F.PLACIDO V. [WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti\\_famil\\_filiac.ppt-similares](http://WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti_famil_filiac.ppt-similares)- 02-08-2010

## CAPITULO VI

### INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

#### 6.1 CONFLICTO DE DERECHOS EN LOS PROCESOS DE FILIACION.

Alex Placido, señala que la investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnica más avanzadas en la investigación de filiación el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción, en este sentido, pueda modificar en profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

Pero, el derecho del presunto progenitor a resguardar su intimidad personal, ¿puede argumentarse para frustrar el derecho del hijo a conocer a sus padres por considerarse que el engendrar un hijo es una acción privada autoreferente? ¿Puede sustentar la negativa del presunto progenitor a someterse a las pruebas biológicas?. De otro lado, ¿Puede coercitivamente al presunto progenitor la aplicación de las pruebas biológicas? ¿Puede darse a la negativa a someterse a las pruebas biológicas un valor definitivo a efectos de admitirse la filiación?.

En todas estas interrogantes está presente el conflicto de derechos antes aludido.

Es claro que el derecho de toda persona a conocer a sus padres goza de reconocimiento en la convención sobre Derechos del Niño, por ello, este derecho tiene fundamento constitucional expresamente reconocido.

Sin embargo, Si bien toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela Jurisdiccional efectiva; el ejercicio de ese derecho debe realizarse dentro un marco de razonabilidad a fin de no violentar derechos del presunto progenitor.<sup>37</sup>

Un caso en el que se advierte un evidente conflicto de derechos con pretensiones distintas es el referido a los procesos de filiación.

---

<sup>37</sup>Revista. Actualidad Jurídica. Primera Edición. Tomo 134.editorial .El Bicho.-Enero 2005- P .34

En la investigación de la filiación coexisten dos intereses forzosamente contrapuestos: el interés del hijo, dirigido a conocer su verdadero origen; y, el interés del presunto progenitor, opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; pero dentro del marco de los medios probatorios que no implican violación inconstitucional a los derechos de la contraparte.

Siendo así, las restricciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor se justifican en el test de razonabilidad y proporcionalidad.

## **6.2- PRIORIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE INTERESES, VALORES O PRINCIPIOS**

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, son los parámetros para la priorización de los derechos de la infancia en la solución de conflictos de intereses, valores o principios:

6.2.1.-“**Por virtud del principio de razonabilidad**, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que ésta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.

6.2.2. **El presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad.-** es la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. La aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción”.

El test de proporcionalidad está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

- **Sub principio de idoneidad:** “Supone determinar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto”. (Primer paso).
- **Sub principio de necesidad:** “Consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto es verificar si existen medios alternativos al optado. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios: el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o

los hipotéticos medios que hubiera podido optar para alcanzar el mismo fin”. (Segundo paso).

- Sub principio de ponderación: “Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”
- Principio del interés superior del niño: Se exige una protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia, por tener mayor importancia en el orden de prelación y jerarquías de la Constitución<sup>38</sup>. Ahora bien analizaremos como repercute en los derechos fundamentales del menor.

### **El Derecho a la Identidad v.s Derecho a la Intimidad (Negativa a reconocer voluntariamente a los hijos)**

- Razonabilidad: Fin legítimo de la limitación a la intimidad del presunto progenitor es el conocimiento del origen biológico del hijo.
- Proporcionalidad:
- Idoneidad: Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- Necesidad: Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- Ponderación: Es proporcional por cuanto engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria.
- Protección de la Infancia: Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

### **Derecho a la Identidad v.s Derecho a la Integridad (Imposibilidad de intervenciones corporales)**

- Razonabilidad: Fin legítimo de la limitación a la integridad del presunto progenitor es el conocimiento del origen biológico del hijo.
- Proporcionalidad:
- Idoneidad: Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.

---

• <sup>38</sup> **STC 2235-2004-AA**

- Necesidad: Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- Ponderación: Es proporcional por cuanto es acorde con el deber de reconocer a los hijos que se engendran.
- Protección de la Infancia: Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

### **Derecho a la Identidad v.s Derecho a la Integridad (Imposibilidad de intervenciones corporales)**

- presunto progenitor es el conocimiento del origen biológico del hijo.

#### Proporcionalidad:

- Idoneidad: Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- Necesidad: Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- Ponderación: Es proporcional por cuanto es acorde con el deber de reconocer a los hijos que se engendran.
- Protección de la Infancia: Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica

### **Derecho a la Identidad v.s Derecho a la Libertad (Obligatoriedad de la Prueba de ADN)**

- Razonabilidad: Fin legítimo de la limitación a la libertad del presunto progenitor es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, se justifica la obligatoriedad de la prueba de ADN.
- Proporcionalidad:
- Idoneidad: Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- Necesidad: Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- Ponderación: Es proporcional por cuanto no se impone coercitivamente.
- Protección de la Infancia: Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

## **Derecho a la Identidad v.s Derecho a la Libertad**

### **(Valor de la negativa injustificada a someterse a la Prueba de ADN)**

- **Razonabilidad:** Fin legítimo de la limitación a la libertad del presunto progenitor es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, la negativa injustificada a someterse a la prueba de ADN constituye una presunción en contra del renuente.
- **Proporcionalidad:**
- **Idoneidad:** Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- **Necesidad:** Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- **Ponderación:** Es proporcional por cuanto sólo se impone si no media justificación para someterse a la prueba de ADN.
- **Protección de la Infancia:** Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica

## **Derecho a la Identidad v.s Derecho al Debido Proceso**

### **(Establecimiento de un proceso especial)**

- **Razonabilidad:** Fin legítimo de la limitación al debido proceso es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, se requiere de un procedimiento breve y especial que permita emplazar el estado filial.
- **Proporcionalidad:**
- **Idoneidad:** Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- **Necesidad:** Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- **Ponderación:** Es proporcional por cuanto se respeta el contenido esencial del derecho al debido proceso.
- **Protección de la Infancia:** Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.



**Derecho a la Identidad v.s Derecho al Debido Proceso**  
**(Restricción del derecho de acción)**

- conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, se requiere de un proceso en el que la Prueba de ADN sea el único medio probatorio que se ofrezca con la demanda.
- **Proporcionalidad:**
- **Idoneidad:** No es idóneo desde que expone a cualquier persona a demandas sin fundamento.
- **Necesidad:** No es necesario por que hay otros medios probatorios que pueden crear convicción sobre el acto procreativo.
- **Ponderación:** No es proporcional por el alto costo de la prueba de ADN.
- **Protección de la Infancia:** Se impide ofrecer medios probatorios que creen convicción sobre el acto procreativo que permitirían resolver en caso de negativa a someterse a la prueba de ADN.

**Derecho a la Identidad v.s Derecho al Debido Proceso**  
**(Restricción del derecho de contradicción)**

- **Razonabilidad:** Fin legítimo de la limitación al debido proceso es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, se requiere de un proceso en el que sólo se admita la oposición del demandado sometándose a la prueba de ADN.
- **Proporcionalidad:**
- **Idoneidad:** Es idóneo por cuanto no se suprime el ejercicio del derecho de defensa.
- **Necesidad:** Es necesario por que no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- **Ponderación:** Es proporcional por cuanto es la negativa de reconocer voluntariamente al hijo lo que determina la existencia del proceso.
- **Protección de la Infancia:** Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.

**Derecho a la Identidad v.s Derecho al Debido Proceso**  
**(Restricción de la libertad de probar del demandado)**

- **Razonabilidad:** Fin legítimo de la limitación al debido proceso es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, se requiere de un proceso en el que sólo se admita la oposición del demandado sometién dose a la prueba de ADN, como único medio probatorio.
- **Idoneidad:** Es idóneo por cuanto se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico, para la determinación de la filiación.
- **Necesidad:** Es necesario por cuanto no hay otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico.
- **Ponderación:** Es proporcional por cuanto se respeta el contenido esencial del derecho al debido proceso, sobre la base de la negativa de reconocer voluntariamente al hijo.
- **Protección de la Infancia:** Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica

**Derecho a la Identidad v.s Derecho al Debido Proceso**  
**(El costo de la Prueba de ADN a cargo del demandante)**

- **Razonabilidad:** Fin legítimo de la limitación al debido proceso es el conocimiento del origen biológico del hijo; por ello, el costo de la Prueba de ADN debe ser de cargo de la parte demandante.
- **Proporcionalidad:**
- **Idoneidad:** No es idóneo por cuanto no se promueve la coincidencia entre los vínculos biológico y jurídico.
- **Necesidad:** No es necesario por cuanto el cargo debe recaer sobre el demandado por su negativa a reconocer voluntariamente al hijo.
- **Ponderación:** No es proporcional por cuanto el hijo no se encuentra en aptitud de proveer a su propia subsistencia, desde que no produce rentas o ingresos.
- **Protección de la Infancia:** Destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> ALEX F.PLACIDO V.  
[WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti\\_famil\\_filiac.ppt-similares-02-08-2010](http://WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti_famil_filiac.ppt-similares-02-08-2010)

### **6.3.-POSICIÓN QUE NIEGA LA LEGITIMACIÓN DEL PRESUNTO PADRE BIOLÓGICO.-**

Esta posición razona del siguiente modo:

1.- La regla de la conveniente coincidencia entre filiación legal y biológica reconoce los límites que la ley ha impuesto, en mayor o menor medida, en todos los tiempos; estos límites encuentran justificación, entre otras razones, en el mayor favor del mantenimiento de la paz social o la paz familiar. Los doctrinarios manifiestan que los terceros, incluido el presunto padre biológico, no tienen ni siquiera el derecho de criticar la actitud del marido que se abstiene de ejercer la impugnación; la ley debe contener demandas aventuradas que implican imputar el adulterio de la esposa y poner al descubierto la intimidad del matrimonio.

2.- El interés superior del niño no es ajeno a estas restricciones; en efecto, la acción de impugnación de la paternidad supone desplazar al niño de su estado de filiación matrimonial para pasar al de la filiación extramatrimonial; si bien es cierto la ley declara la igualdad de todos los hijos, no puede dudarse que, con frecuencia, la procedencia de la acción de impugnación ejercida por un tercero tiene por efecto no sólo privar al niño de los vínculos jurídico que lo unen al marido de su madre, con quien vive, es amado y cuidado, sino también de los lazos que lo vinculan a todos los parientes de su padre (abuelos, tíos, primos).

El interés superior del niño y adolescente se constituye en el argumento que permitirá resolver discrepancias entre quienes se encarguen de su cuidado, establecer cautelas o limitaciones tanto en los supuestos en que se mencione en la ley esta expresión como en los demás permitiendo fundamentar soluciones de equidad en aquellos supuestos difíciles cuando no es posible que encaje en otros preceptos legales.<sup>40</sup>

3.- La negación de la legitimación activa del padre biológico no produce efectos definitivos sobre la filiación impugnada, ya que dicha acción queda abierta al principal interesado, que precisamente es el hijo, satisfaciendo dicha norma el juicio de compatibilidad constitucional al plasmar una reglamentación posible de los valores en tensión.

4.- El carácter inmoral, y a veces monstruoso o vergonzante de tales relaciones extramatrimoniales, sobre todo cuando son la fuente de filiación adulterina, incestuosa,

---

<sup>40</sup> PLACIDO V. Alex F op. Cit., p 35

sacrílega o mancillada; carácter que parecería hacer inaconsejable toda investigación judicial de la paternidad o de la maternidad, no sólo por lo que tendría de deprimente para los padres y para el mismo hijo, sino por el escándalo que tal investigación originaría, por la mella que causaría en las creencias religiosas o morales y hasta en la misma social, y por el daño que podría ocasionar en ciertos casos al perturbar la paz de las familias y perjudicar los derechos del cónyuge o de los hijos matrimoniales<sup>41</sup>.

#### **6.4. UNA VARIANTE ECLÉCTICA.**

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

Héctor Cornejo Chávez adopta un criterio ecléctico, que eluda el riesgo de ambas injusticias, el Derecho opta hoy por franquear la posibilidad de la investigación judicial con amplitud considerable si se trata de la maternidad, y con severas restricciones si se trata de la paternidad, para evitar abusos que pudieran revestir a veces el carácter de un verdadero chantaje. Y así, se establece ordinariamente que procede la declaración judicial de maternidad sin otro requisito que acreditar el hecho del parto y la identidad del hijo; pero que no procede la declaración judicial de la paternidad sino en ciertos casos que hacen verosímil esa paternidad. Esta es, precisamente, la posición del Código peruano<sup>42</sup>.

En apoyo de esta posición, caben los siguientes argumentos:

1. El efecto del acogimiento de la acción de impugnación es que el niño que se dice hijo del actor no sólo sabrá quién es el padre biológico (derecho a conocer), sino que se extinguirá la anterior filiación y nacerá una nueva.
2. Siendo así, el trato de hijo por el marido de la madre, además de construir la presunción legal, genera el convencimiento de que es beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo se encuentra amparado no sólo por una ficción legal de paternidad sino por una situación de hecho que tiene gran peso y beneficio para él.

---

<sup>41</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. op. Cit., P 473

<sup>42</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. op. Cit., P 473

3. Todo esto implica que determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto; (c) Relaciones familiares fácticas previas.

## MARCO LEGAL

### CAPITULO VII

#### 7.1.-CONSTITUCIÓN, FAMILIA Y FILIACIÓN.-

#### COMPARACIONES DEL MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

- |   |  |
|---|--|
| ● <b>Constitución de 1979</b>   | ● <b>Constitución de 1993</b>  |
| ● <b>Artículo 5:</b>  | ● <b>Artículo 4:</b>   |
| ● “El Estado <u>protege el matrimonio y la familia</u> como sociedad e institución fundamental de la Nación”. | ● “La comunidad y el Estado... <u>protegen a la familia y promueven el matrimonio</u> . Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. |

#### Análisis:

- De esta visión, se aprecia que, mientras que en la Constitución de 1979, matrimonio y familia aparecen vinculados; en cambio, en la Constitución de 1993 estos dos institutos están desvinculados.
- En la primera, es claro que la familia que se protege es la de origen matrimonial.
- En la segunda, por el contrario, la familia que se protege es aquella que nace principalmente de un matrimonio, aunque no es la única fuente.

## CONSTITUCIÓN, FAMILIA Y FILIACIÓN

### COMPARACIONES DEL MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

#### ● Constitución de 1979

##### ● Artículo 9:

“La unión de hecho estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que **forman un hogar de hecho** por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales

#### ● Constitución de 1993

##### ● Artículo 5:

● “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que **forman un hogar de hecho**, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

#### Análisis:

- De esta visión, se aprecia que, mientras que en la Constitución de 1979, la unión de hecho no es fuente generadora de una familia; en cambio, en la Constitución de 1993, la unión de hecho es una fuente generadora de una familia.
- En la primera, es claro que la unión de hecho es productora de puros efectos patrimoniales, desde que de ella no nacía una familia.
- En la segunda, por el contrario, la unión de hecho es productora de efectos tanto personales como patrimoniales, desde que de ella nace una familia.

## COMPARACIONES DEL MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN

- **Constitución de 1979**
- **Artículo 6:**
- “El Estado ampara la paternidad responsable.
- Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.
- Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza
- **Constitución de 1993**
- **Artículo 6:**
- “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.
- Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.
- Todos los hijos tienen iguales derechos

### Análisis:

- De esta visión, se aprecia que, mientras que en la Constitución de 1979, la paternidad y maternidad son reconocidas como fuente generadora de la relación entre padres e hijos; en cambio, en la Constitución de 1993, la paternidad y maternidad son, además, estados que deben ser promovidos a fin de garantizar la relación entre padre e hijos.
- En la primera, es claro que se ampara la paternidad responsable.
- En la segunda, por el contrario, la paternidad y maternidad responsables deben ser difundidas y promovidas.

### 7.2.-LOS ELEMENTOS DEL MODELO DE FAMILIA



### **7.2.1.-La idea de la generación humana.-**

- Se aprecia de la lectura conjunta de los artículos 4 y 6 de la Constitución de 1993.
- La familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad, filiación, a las que expresamente se refiere este último precepto.
- Se manifiesta, además, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

### **7.2.2.-La convivencia de parejas heterosexuales.-**

- Se observa de la lectura conjunta de los artículos 4, 5 y 6 de la Constitución de 1993.
- La estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio y de la unión de hecho está esencialmente vinculada a la posibilidad de generación.
- La expresa referencia a que el matrimonio y la unión de hecho corresponde a un hombre y a una mujer, evidencia que la convivencia de parejas heterosexuales es el vínculo fundante de la familia y la prolongación o ampliación de los vínculos familiares.

## **7.3.-MODELO DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN**

- Es aquella comunidad de personas iniciada o basada en el matrimonio (familia matrimonial) o en la convivencia *more uxorio* (familia extramatrimonial) de un hombre y una mujer. También comprende a las familias ensambladas y monoparentales.
- Está destinada a la realización de la generación humana, a la ayuda y auxilio recíproco y al desarrollo personal y económico del grupo.
- Está integrada, bajo una autoridad directiva, por quienes se hallan unidos por un afecto natural, derivado de la relación de pareja, de la filiación y, en última instancia, del parentesco.

## **7.4.- LA FILIACIÓN EN LAS NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL**

### **7.4.1.-EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE FILIACIÓN**

- El sistema constitucional de filiación resulta del juego de los principios *favor veritatis, favor legitimitatis y favor filii*.
- Cada ordenamiento jurídico organiza su esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios.

- Un análisis de conjunto de las normas y de la jurisprudencia puede permitir conocer el criterio o el principio rector que subyace en el sistema constitucional de un determinado país.

#### 7.4.2.-LA FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979

- **Artículo 2:**
- “Toda persona tiene derecho
- 2. A la **igualdad** ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.
- 5. Al honor y la buena reputación, a la **intimidad** personal y familiar y a la propia imagen”.
- **Artículo 5:**
- “El Estado **protege el matrimonio y la familia** como sociedad natural e institución fundamental de la Nación”.
- **Artículo 6:**
- “El Estado **ampara la paternidad responsable**.
- Es deber y derecho de los **padres** alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los **hijos** tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.
- Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la **naturaleza de la filiación** de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.
- El sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia: la familia matrimonial (art. 4 de la Constitución de 1979).
- Ello importa ponderar preferentemente el principio *favor legitimatis*: extensión de la protección dispensada al matrimonio a favor de los hijos que nacen dentro de él. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la verdad biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal.
- Ello no se contradice con el principio de igualdad de derechos de los hijos (principio de igualdad de categorías de filiación), pues éste se refiere a los efectos jurídicos derivados de la determinación de la filiación (artículo 6 de la Constitución de 1979).
- El sistema constitucional de filiación privilegia la intimidad de los progenitores antes que el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2.5 de la Constitución de 1979).
- El sistema constitucional de filiación otorga protección preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio.

- Los hijos producidos fuera del matrimonio reciben un tratamiento jurídico manifiestamente discriminatorio para efectos de determinar su filiación.

#### 7.4.3.-LA FILIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

- **Artículo 2:**
- “Toda persona tiene derecho
- 1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
- 2. A la **igualdad** ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión y condición económica o de cualquier otra índole.
- 7. Al honor y a la buena reputación, a la **intimidad** personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.
- **Artículo 4:**
- “La comunidad y el Estado **protegen especialmente al niño, al adolescente...También protegen a la familia y promueven el matrimonio**”.
- **Artículo 6:**
- “La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables**”. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.
- Es deber y derecho de los **padres** alimentar, educar y dar seguridad a sus **hijos**, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.
- Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la **naturaleza de la filiación** de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.
- El sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia: la familia es una sola, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial (arts. 4 y 5 de la Constitución de 1993).
- Ello importa relativizar el principio *favor legitimitatis*: La promoción dispensada al matrimonio no impide la investigación de la paternidad o maternidad a fin que el vínculo filial tienda a coincidir con la verdad biológica (principio *favor veritatis*); pues no es suficiente una determinación meramente formal.
- El sistema constitucional de filiación exige encontrar soluciones ponderadas al conflicto entre la intimidad de los progenitores y el derecho de los hijos a conocer a sus padres (artículo 2, incisos 1 y 7, de la Constitución de 1993).

- En las soluciones que se adopten para resolver el anotado conflicto, debe reflejarse como una consideración primordial el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio *favor filii* (artículo 4 de la Constitución de 1993).
- El sistema constitucional de filiación se debe sustentar en los principios del *favor veritatis*, de igualdad de filiaciones y *favor filii*.
- La nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (*favor veritatis*) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (*favor filii*).

#### **7.4.4.-LA FILIACIÓN EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

##### **Artículo 3**

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

##### **Artículo 7**

- 1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.
- 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

##### **Artículo 8**

- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
- 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.
- Toda persona, en cuanto hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos: identidad filiatoria.

- Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención).
- Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).
- El concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación.
- El interés superior del niño puede determinar que el presupuesto biológico no prevalezca en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél.

## **7.5.-FILIACION Y EL DEBIDO PROCESO**

### **ACCIONES DE ESTADO**

La filiación tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad quedan, jurídicamente, determinadas<sup>43</sup>. Facilitándose acciones que permiten que no se vulneren derechos como son:

**7.5.1.- En la filiación matrimonial;** Pueden darse ciertas acciones, orientadas a negar o impugnar la filiación de una persona, o sino a reclamar la filiación con la que no se cuenta en los casos en que así debería ser. De contestación (negación o desconocimiento de la paternidad, impugnación de la paternidad, de la maternidad, de la legitimidad, repudio de la filiación).

De reclamación (de la paternidad, de la maternidad, de la legitimidad, de la filiación).

#### **7.5.1.1.-De contestación**

##### **a) Contestación de la Paternidad:**

Hay que diferenciar, en principio, la negación o desconocimiento de la paternidad.

La primera se da cuando el hijo alumbrado por mujer casada no se halla protegido bajo la presunción *pater is quem nuptiae demonstrant*, por lo que el marido sólo se limita a negarlo, debiendo la mujer probar en sentido contrario.

---

<sup>43</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit., p. 275

La acción de impugnación, por el contrario, se da cuando el marido no considera como suyo al hijo nacido bajo la presunción de paternidad indicada en el párrafo anterior, es decir nacido después de los 180 días de celebrado el matrimonio y antes de las 300 de terminado éste. En este caso el marido deberá probar lo que afirma. Se distinguen ambas acciones en lo concerniente a la prueba, recayendo ésta en la mujer y el hijo tratándose de la acción de negación o desconocimiento; y en el marido, tratándose de la acción de impugnación de la paternidad.

Si el marido basa su acción en el hecho de haber nacido el hijo antes de los 180 días de la celebración del matrimonio, deberá probar la fecha de dicha celebración y la del nacimiento; si basa su acción en el hecho de que el hijo nació después de los 300 días de la disolución o anulación del matrimonio, deberá acreditar la fecha de disolución o anulación, según el caso, y la del nacimiento; si funda su acción en el hecho de que el hijo fue concebido durante un período de separación legal: entonces, deberá probar la fecha de la separación y la del nacimiento lo cual puede hacerlo con las partidas y sentencias correspondientes. En cambio, la madre o el hijo -a través de su representante legal- deberán probar que a pesar de haber nacido en tales circunstancias, es el marido el verdadero progenitor.

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

El artículo 363° del C.C. señala lo siguiente:

"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".

La legislación establece la ficción de que la concepción del hijo se produce dentro de los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, en razón de que el concebido no

puede nacer con vida -salvo excepcionalmente- antes de los 120 días (cuarto mes) ni después de los 300 (décimo mes).

Las causales indicadas por el artículo 363° son excluyentes, es decir no se admiten otros supuestos para contestar la paternidad; además el titular de la acción no podrá contestar la paternidad del concebido hasta tanto no nazca -vivo, se entiende-. En los casos de los incisos 1 y 3 del artículo 363° del C.C. no podrá el marido contestar la paternidad si antes del matrimonio o la reconciliación ha tenido noticia del embarazo; si admitió expresa o tácitamente la paternidad; y si el hijo murió, salvo que hayan motivos atendibles para determinar si efectivamente le corresponde la paternidad (artículo 366° del C.C.).

Puede interponer la acción contestatoria el marido dentro de los 90 días contados desde el día siguiente del alumbramiento -si estuvo presente en el lugar- o desde el día siguiente de su regreso. Cabe señalar que sólo el marido puede interponer la referida acción. Excepcionalmente se le permite a sus herederos interponerla de haber fallecido aquél estando subsistente el plazo para accionar. Además, puede ejercitarse la acción por los ascendientes del marido en caso de incapacidad de éste. Es de recalcar que mientras el marido se halle en ese estado (de incapacidad) no corre ningún plazo de caducidad de la acción, pudiendo él interponer la correspondiente acción dentro de los 90 días de cesada su incapacidad. (Artículos 364°, 367° y 368° del C.C.). La acción de contestación de paternidad que inicie el marido deberá ser dirigida naturalmente contra la madre y contra del hijo, debiendo ser representado éste por el curador especial (artículo 606° -inciso 1- del C.C.)

#### **b) Impugnación de la Maternidad:**

La impugnación de la maternidad trae como consecuencia inevitable no sólo que se discuta la falta de vínculo de la madre, sino también la del padre (si no es hijo de la madre menos puede serlo del marido de ésta) y aun la legitimidad. Esto implica que la persona que fue concebida y que nació es distinta a la persona que se niega toda vinculación con la madre. Es decir la persona que tiene la calidad de hijo matrimonial, ya sea por tener tal título o por la posesión constante de dicho estado, no es en realidad hijo de determinada mujer casada; debido a que el verdadero hijo ha sido suplantado, o se ha fingido un parto inexistente (artículo 371° del C.C.).

Preceptúa el artículo 372° del C.C. lo siguiente:

"La acción se interpone dentro del plazo 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 padre. Son estas dos acciones: contestación de la paternidad e impugnación de la maternidad las que están reguladas en forma expresa por nuestro Código Civil.

#### **7.5.1.2 De reclamación**

Las acciones de reclamación de la filiación pueden estar referidas a la filiación en su integridad, como en el caso del hijo matrimonial de dos personas que no tiene en relación a ellas título alguno o la posesión constante de estado, o teniendo título carece en cambio de la posesión de estado, o teniendo ésta carece de título. Además pueden referirse a uno de los elementos de la filiación matrimonial (paternidad, maternidad o legitimidad).

La prueba sobre las situaciones señaladas que representan la acción de reclamación de la filiación tratará sobre:

- a) El hecho de que una mujer haya concebido y alumbrado.
- b) La identidad entre el concebido y alumbrado y el demandante (es decir que sean la misma persona).
- c) La identidad del padre.
- d) El vínculo matrimonial que unía a los padres en el momento de la concepción, o en el del nacimiento, o dentro de los 300 días anteriores a éste.

Nuestro Código Civil comprende la acción de filiación del hijo dirigida contra sus progenitores. En efecto, el artículo 373° del citado cuerpo de leyes señala que "el hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos".

Si el hijo fuese menor de edad la acción será iniciada por sus representantes legales (el padre o la madre, el tutor, el curador). La acción de filiación como se señalara es imprescriptible y, es más, pasa a los herederos del hijo si murió éste antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda correspondiente, o si deviene en incapaz antes de cumplir dicha edad y fallece en ese estado, o si el hijo dejó iniciado el juicio en el que se ventila la filiación. En los dos primeros casos, podrán los herederos interponer la acción de filiación dentro de los dos años de la muerte del hijo.

#### **7.5.2 Filiación extramatrimonial**

Está contemplada la filiación en el Título II, de la Sección Tercera, del Libro III del Código Civil, que consta de tres Capítulos: Primero, "Reconocimiento de los Hijos



Extramatrimoniales", Segundo: "Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial"; y, Tercero, "Hijos Alimentistas". (De los artículos 386° al 417°).

El artículo 386° del Citado Código define a los hijos extramatrimoniales como los "concebidos y nacidos fuera del matrimonio". Según esto, si el hijo hubiera sido concebido fuera del matrimonio y naciera estando los padres ya casados, sería considerado matrimonial (quedan a salvo los casos de contestación de la paternidad), del mismo modo sería así considerado si hubiera sido concebido dentro del matrimonio, naciendo fuera de éste (por divorcio o invalidez de aquél o por muerte de uno de los cónyuges). Recordemos que el matrimonio putativo declarado inválido surte efecto respecto de los hijos como si hubiera sido aquél uno válido disuelto por divorcio (artículo 284° del C.C.). Ello es aplicable a lo que expresamos, resultando, pues, matrimonial el hijo nacido de padres cuyo matrimonio fue invalidado.

Los medios para establecer la filiación extramatrimonial son los siguientes: el reconocimiento de hijos extramatrimoniales y la declaración judicial de filiación extramatrimonial. Así lo dispone el artículo 387° del C.C.: "El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial".

#### **7.5.2.1.Reconocimiento de hijos extramatrimoniales**

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial es el acto jurídico unilateral, voluntario que expresa una declaración formal de paternidad o maternidad realizada por el padre y la madre, respectivamente, que recae sobre una persona determinada: el hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Es un acto unilateral (participa sólo quien realiza la declaración, esto no impide que sea ésta efectuada por el padre y la madre simultáneamente), declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad (artículo 395° del C.C.). Puede hacerse el reconocimiento por el padre y la madre conjunta o indistintamente.

El artículo 390° del C.C. establece:

a) Reconocimiento en el registro de nacimientos: No es indispensable la participación de testigos. Debe realizarse en el mismo registro en que se inscribiera el nacimiento del hijo que es reconocido. Señala el artículo 391° del C.C. que esta forma para el reconocimiento "puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente".

b) Reconocimiento en escritura pública: Se realiza la declaración ante Notario Público, quien da fe plena de la misma.

c) Reconocimiento en testamento: Que se realiza principalmente con el fin de no dejar desamparado por causa de muerte al hijo que se reconoce. El testamento puede contener únicamente disposiciones no patrimoniales, como la declaración de reconocimiento, lo cual es perfectamente válido (artículo 686°, segundo párrafo, del C.C.). Además, teniendo en cuenta que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es irrevocable (artículo 395° del C.C.), en caso de que se revoque el testamento, la declaración de reconocimiento permanece inalterable (salvo, claro está, si el testador hubiere otorgado testamento estando viciada su voluntad; una vez recuperada la plenitud de ésta -por cesar, por ejemplo, la coacción de que fue víctima- podrá revocar y con él todas sus disposiciones, incluida la del reconocimiento "voluntario" del supuesto hijo extramatrimonial).

Por otro lado, las personas que pueden reconocen a un hijo extramatrimonial son las siguientes: El padre o la madre, en forma separada o conjunta. (Artículo 388° del C.C.).

Los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de fallecimiento del padre o de la madre; es decir, que si quien fallece es el padre, serán los abuelos paternos los llamados a practicar el reconocimiento; si muriera la madre, serán los abuelos maternos quienes tengan tal facultad. El reconocimiento del hijo extramatrimonial se hace extensivo a los casos en que los padres estén privados de discernimiento, o que, siendo sordomudos, ciego sordos o ciego mudos, no puedan expresar su voluntad de manera indubitable; también, si los padres sufren de retardo mental o de deterioro mental que les impide expresar su voluntad libremente; o hubieran desaparecido (artículo 389° del C.C.).

Los menores de edad que hayan cumplido 16 años, siempre que no se encuentren en las incapacidades descritas en el artículo 369° del C.C.. (Se refiere a los artículos 43° incisos 2 y 3, 44° incisos 2 y 3 y 47°). Dada la importancia de la filiación es que se permite esto, extendiéndose -como se aprecia- la capacidad de ejercicio a los menores de 16 años de edad cumplidos.

En lo concerniente a la impugnación del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, hay que decir que en razón de su trascendencia puede ser realizada por el hijo menor de edad o por el incapaz dentro del año siguiente a su mayoría o al del cese de la incapacidad, respectivamente.

El Código Civil no señala las causales de impugnación, preceptuando solamente el artículo 399° 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 por el artículo 395". (Referido este último a la irrevocabilidad del reconocimiento y a la inadmisibilidad de modalidad alguna dentro de él).

Puede basarse la impugnación en la falsedad de la filiación o también en lo que se refiere a la carencia de elementos esenciales exigibles para el acto jurídico en general o para el reconocimiento en particular (como por ejemplo, forma en que se practicó el reconocimiento, que pudo ser distinta a la ordenada por ley: artículo 390° del C.C.).

- El plazo para la impugnación es de 90 días (artículo 400° el C.C) a partir de la fecha en que se conoció el acto; y dentro de un año -reiteramos- de alcanzada la mayoría de edad o cesada la incapacidad, si la acción es iniciada por el hijo menor o el incapaz, respectivamente.

#### **7.5.2.2. Declaración judicial de filiación extramatrimonial**

Esta declaración es producto de la acción por la cual un individuo solicita en vía judicial que se le declare hijo, de quien aquél asegura es su padre.

El artículo 402° del Código Civil establece los casos en los que puede declararse la paternidad extramatrimonial. Estos son los que siguen:

- a) Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita (inciso 1). Pueden tratarse de actuados judiciales por alimentos, carta del padre al hijo o a una tercera persona en que se señale en forma clara y precisa la calidad de hijo y su identidad.
- b) Cuando el hijo se halle, o se hubiere hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo matrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia (inciso 2). Dicha posesión representa un reconocimiento ya que el padre trata al hijo, dentro de la familia y fuera de ella, como hijo suyo (lo cría, lo educa, lleva su apellido, etc.). La posesión constante del estado de hijo matrimonial debe probarse necesariamente a través de hechos exteriores evidentemente públicos.
- c) Al haber vivido el presunto padre en concubinato con la madre en la época de la concepción (inciso 3). No procederá la acción cuando la madre hubiera llevado una vida licenciosa o desarreglada.
- d) Cuando haya violación, rapto o retención violenta de la mujer, coincidiendo la época del delito. Con la de la concepción (inciso 4). Debe haber una sentencia condenatoria definitiva; no basta que se haya iniciado un proceso penal por tales delitos. Además, la determinación de la paternidad se hace más difícil de haber participado en la comisión del delito varias personas.

e) En caso de seducción, mediando promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa matrimonial conste de manera indubitable (inciso 5).

El titular de la acción de declaración judicial de paternidad es el hijo. La madre puede ejercerla en nombre de su hijo -aunque sea ella menor de edad- durante la minoría de edad de él. El tutor y el curador también pueden iniciar la acción siempre que cuenten con la autorización del consejo de familia (artículo 407° del C.C.). La acción de declaración judicial de paternidad nunca caduca (artículo 410° del C.C.).

Sólo será admisible la acción que busca la declaración judicial de paternidad de quien no es el marido de la mujer, cuando éste hubiese contestado la paternidad y obtenga, subsiguientemente, resolución judicial en su favor.

También puede declararse judicialmente la maternidad del hijo extramatrimonial, siempre que se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 409° del C.C.). El hijo que inicie la acción correspondiente debe acreditar el embarazo de la madre, el parto y de que él es ese hijo que nació de la mujer a quien le reclama judicialmente la declaración de maternidad. No basta que presente tan sólo la partida de nacimiento, porque ésta prueba nada más que el embarazo y el parto, pero no la identidad del hijo (que se trate precisamente de quien inicia la acción).

Tanto para los juicios en que se reclame la declaración de paternidad como para aquellos que se exija la declaración de maternidad, se pueden ofrecer hoy en día toda clase de pruebas que ayuden a esclarecer el asunto. Así lo establece, en general, el Código Procesal Civil, que admite, como dijéramos, la actuación de medios probatorios típicos y atípicos. En consecuencia, y gradas a los avances de las ciencias biológicas es mucho más fácil determinar la filiación en la actualidad.

## **7.6. ARGUMENTOS QUE SE TIENEN EN CUENTA EN CASO DE LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN**

“La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. Como se observa, la maternidad y paternidad son, pues, los dos elementos en que se basa la relación de filiación como hecho físico o natural, según el cual todo ser humano tiene un padre y una madre. Sin embargo, jurídicamente no es así, pues hay que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico.

El Derecho ni permite en todo caso la investigación de la relación de la filiación respecto a los presuntos padres, ni aun en caso de aparecer demostrada dicha relación física de

filiación, permite siempre deducir las consecuencias lógicas de la misma, o aunque deduzca algunas consecuencias, no son éstas siempre las mismas.

Se trata, pues, de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales contenidos en las disposiciones del Código Civil”<sup>44</sup>

1. En el razonamiento judicial para determinar el vínculo filial se considerará que: a) la filiación, la maternidad y la familia son derechos sociales de los que emanan la protección de la persona y la familia, b) la unidad de la filiación, c) la promoción constitucional o vía Tratados internacionales de la investigación paterna, d) el derecho a la identidad, e) el derecho a la investigación de la paternidad, f) el derecho a conocer el propio origen biológico y g) la legalidad de las pruebas biogenéticas.

2. Existen dos cuestiones elementales en materia de filiación: el hecho biológico de la procreación y el acto jurídico de su prueba.

3. Las biopruebas de paternidad tienen el carácter pericial por ser realizadas por terceros con conocimientos científicos, solvencia moral y ajenos al litigio y porque esclarecen al juzgador su razonamiento sobre puntos técnicos. Asimismo, son extraordinarias, es decir deben practicarse sólo cuando el juez no puede alcanzar de otro modo un convencimiento pleno y directo acerca de la relación paterno-filial reclamada. Será esencial recurrir a ellas en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para promover una acción de filiación.

4. La amplitud de la frase utilizada por la ley: *es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica* debe aplicarse en base al criterio de las denominadas pruebas estadísticas, es decir de aquellas aceptadas por la comunidad jurídica como métodos confiables en la determinación de la paternidad.

5. Es así que la admisibilidad de las pruebas biológicas exigen un principio de prueba (una motivación, un sustento) a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso). Esto servirá para evitar demandas aventuradas.

6. Las biopericias serán evaluadas con un criterio mixto, mediante el cual el juez considera la validez científica como corroboradora de las demás pruebas actuadas en las acciones de filiación.

7. La negativa al sometimiento a la prueba de paternidad puede ser justificada o injustificada.

8. La negativa podrá ser justificada cuando existan causas calificadas que legitimen dicha conducta. Aunque discutibles, citamos como ejemplos: razones de salud (física o

---

<sup>44</sup> PLACIDO V. Alex F. op. Cit., p275

síquica), motivos religiosos (testigos de Jehová), cuando se demuestre su imposibilidad física (estar de viaje) o biológica (ser infértil) de cohabitación carnal, error en la identidad del demandado (hermanos gemelos o casos de homonimia).

9.La negativa implicará una valoración jurídica de aproximación al fallo cuando sea: seria, injustificada, manifestada personalmente por el interesado, obstruccionista y reveladora de un expreso propósito de no comparecer para someterse a las pruebas biológicas.

10.La negativa puede darse ante varios supuestos que deberán ser apreciados por el juez al momento de resolver. Estos casos pueden ser: Cuando el único elemento de juicio es la negativa, cuando existen otros elementos de prueba o cuando existen elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico.

11.La negativa será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resiste, ya sea como un determinante de paternidad, desestimando la demanda o considerando establecidos los hechos que tiene por objeto comprobar.

12.En caso la paternidad sea declarada vía el apercibimiento surgido por la negativa a la realización de la prueba, éste actuar implicaría una afectación mayor en los intereses personales y valores morales del solicitante, por lo que existe motivo suficiente para solicitar una reparación económica adicional por el daño moral ocasionado.

13.Es válida la exhumación del cadáver en las acciones de filiación, haciéndose prevalecer el derecho a la identidad frente al derecho a la intimidad y el honor.

14.La aplicación de pruebas biogenéticas no transgreden los derechos fundamentales (libertad, objeción de conciencia, dignidad, intimidad, integridad, igualdad, honor, a no declarar contra sí mismo y a la tutela judicial efectiva). Nadie puede refugiarse en la ley ni en sus derechos para negarse al sometimiento de una prueba, máxime si está de por medio un derecho superior como es el de la identidad.

15.Los presuntos abuelos, hermanos, tíos, primos pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente una paternidad. Así, en determinados casos (desaparición, ausencia, investigación *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo*, existencia de genes silentes) es necesaria su participación para afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio.

16.Estas pruebas biológicas, además de servir para todas las acciones de filiación, son de utilidad: Por el padre: anulación de reconocimiento, para probar el adulterio, contra la acción de hijo alimentista, para acreditar la *exceptio plurium concubentium*. Por la madre: en los casos de maternidad sustituida o dubitada, violación, como dispensa del plazo de viudedad. Por el hijo: para aclarar la pluralidad de reconocimientos. Contra terceros y otros casos especiales: en reclamos de herencia, para determinar el vínculo filial de niños abandonados, fetos abortados o personas desaparecidas, para establecer

nexo biológico producto de la biotecnología de la reproducción y en la determinación de la abuelidad.

17. Se coincide con la doctrina que el caso se ubica en un campo altamente conflictivo y controvertido del derecho de familia, en el que se confrontan diferentes intereses, que se apoyan en valores difícilmente compatibles; por un lado, la auténtica filiación de una persona, y por el otro la paz familiar.

18 En la presente investigación, se entiende debe privar el texto que contiene una enumeración taxativa de los habilitados para impugnar la filiación legítima, donde no está contemplado el padre biológico. Las razones dadas por parte de la doctrina para negar esta legitimación son convincentes: no se viola el derecho a la identidad del hijo, que siempre gozará de la facultad de impugnar la paternidad reconocida; por lo demás, el derecho a la identidad reconoce sus límites, prevaleciendo en ciertos casos restricciones que favorecen la paz familiar por encima de la protección biológica.

19 Deben prevalecer los intereses superiores del niño, resguardados por la estabilidad de la familia donde está insertada, que por lógica se vería afectada si se permitiese la irrupción del supuesto padre biológico sin contar con la legitimación.

20 La norma es acertada porque deja al hijo la posibilidad de establecer en el tiempo que él quiera su identidad de origen, cambiando su emplazamiento filiatorio.

21 Finalmente, se destaca que se está frente a una persona en crecimiento, y la verdad del niño se encuentra en la preservación de los lazos familiares que hasta ahora la han amparado.

## **7.7.- EL RÉGIMEN LEGAL DE DECLARACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DEL CÓDIGO CIVIL.**

En nuestro Derecho histórico, se inició el influjo francés a través del Código Civil de 1852 que, más radical aún que el propio Code Napoléon, prohibió no solo la investigación de la paternidad natural, sino incluso la de la maternidad natural.

De esta forma se siguió el criterio de la prohibición de investigación de la paternidad extramatrimonial del Código Napoleónico; pero, con más generosidad que en éste, en el Código Civil de 1936 se admitieron más excepciones, no solo en caso de delito, añadiendo el rapto, la violación y el estupro, sino introduciendo la investigación en los casos de existir escrito indubitado del padre reconociendo la paternidad o de hallarse el hijo en la posesión de estado. Estas excepciones se refieren al hijo natural. En cambio, se admitió la libre investigación de la maternidad natural.

Con el Código Civil de 1984, esta situación no cambió. Se contempló la investigación de la paternidad extramatrimonial en los mismos casos excepcionales previstos en el Código Civil de 1936<sup>45</sup>.

Tal estado tampoco varió con la dación de la Ley 27048 por la que se incorporó el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil que se refiere a la comprobación del vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza; por cuanto, con esta disposición no se permite invocar cualquier otro supuesto de hecho de los previstos en la ley para sustentar la demanda, desde que no importa la expresa sustitución del sistema restringido por el de libre investigación de la paternidad extramatrimonial. Así se comprueba, no solo por la conservación del régimen de causales determinadas para iniciar la investigación de la paternidad; sino, además, porque el hecho a acreditar será necesariamente el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo mediante la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Aunque, existieron algunos criterios jurisprudenciales menos rigurosos. Así: "Que, si bien el artículo 402° del C.C. no ha considerado el hecho demostrado -relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción- dentro de los casos en los que judicialmente, se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor "cuya situación es la de un gran sector de la población infantil", por que ello importaría atentar contra su derecho de llevar el nombre patronímico que le corresponde, de ser reconocida como hija de quien la engendró (artículos 19° y 386° del C.C.) así como desconocer el principio general del derecho, de que "todos somos iguales ante la ley" y por tanto gozamos de las mismas oportunidades, de ahí la obligación impuesta al juzgador en el artículo VIII del Título Preliminar del C.C. aplicable al caso por imperio del artículo VII del mismo Título". Dictamen N° 594-92-MP-FN-FSC de fecha 3 de Setiembre de 1992, que sustentó la Ejecutoria Suprema del 9 de Febrero de 1993. En, CD Explorador Jurisprudencial 2001. Lima, Gaceta Jurídica.

En idéntico sentido: "Que las situaciones que dan lugar a la declaración de paternidad ilegítima (ahora extramatrimonial) conforme al artículo trescientos sesentiséis del Código Civil derogado, constituyen la expresión del supuesto hecho sustancial que es la relación sexual mediante la cual se produce la concepción respectiva; que en consecuencia, si a través de la prueba actuada se llega a la convicción de que han existido relaciones amorosas y sexuales entre las partes y si, además, no se prueba, ni se alega como -en el presente caso- que la actora ha incurrido en la conducta sancionada en el artículo trescientos setentiuno del indicado Código Civil(2), no queda sino admitir la pretensión de la demandante; que la indicada convicción surge claramente del contenido de las cartas glosadas por la recurrida". Fundamento del voto en discordia del Dr. Montoya Anguerry en la Ejecutoria Suprema del 24 de Enero de 1990. En, CD Explorador Jurisprudencial 2001. Lima, Gaceta Jurídica.

<sup>46</sup> No obstante, existe escasa jurisprudencia que sostiene una tesis amplia. Así, la Corte Suprema ha señalado: "Que, el artículo cuatrocientos dos del Código Civil no señala de manera única y excluyente las causales para declarar la filiación extramatrimonial pues enuncia de modo condicional las causales. Por tanto, cuando la acción se sustenta en una causal específica prevista en el artículo cuatrocientos dos del Código Civil, no se requiere de la prueba científica del ADN". Considerandos Tercero y Cuarto de la Sentencia en Casación N° 1054-02-TUMBES, del 20 de Mayo de 2002. En separata especial de El Peruano del 30 de Setiembre de 2002, p. 9243. En este mismo sentido, la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima, en su Sentencia de fecha 15 de Junio de 2000 recaída en el Expediente N° 156-98, ha señalado que: "analizando el indicado artículo 402 del Código Sustantivo se llega a la conclusión que el legislador al estructurar dicha norma ha señalado supuestos de hecho en base a los cuales se puede declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial, sin que los supuestos fácticos para tal declaración se agoten en la enumeración que hace el aludido artículo; Que, en efecto, este numeral no determina que la declaración judicial en cuestión solo puede declararse en base a las causales que en él se fijan dado que esta disposición legal no determina taxativamente las causales en base a las cuales de puede producir la referida declaración judicial; Que, la interpretación teleológica del artículo 402 del



La modificación efectuada por la Ley 27048, como se ha dicho, importó la incorporación de la causal de acreditación del 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. Se señaló que 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; precisándose que lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Por la manera como se propuso esta nueva causal, se comprueba que para la admisión de la demanda, en este caso, no es exigible que se presente un principio de prueba del hecho en que se fundamente el petitorio. Vale decir, que conjuntamente con la demanda no es necesario acompañar la certificación médica de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica. Basta la sola invocación de la nueva causal y el mero ofrecimiento de la prueba pericial respectiva, para la admisibilidad de la demanda. Aquella prueba se actuará durante el proceso; por eso, en el texto legal se menciona el caso de la negativa del demandado a someterse a la prueba.

Esto evidencia que esta causal puede ser invocada de manera autónoma para acceder a un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, sin perjuicio de referir y acreditar hechos que no califican en las demás causales<sup>47</sup>.

---

Código Civil nos permite establecer la relación paterno-filial (paternidad extramatrimonial), lo cual conforme a nuestro ordenamiento jurídico deberá demostrarse de acuerdo con las normas procesales respectivas; Que debe tomarse en consideración que el sistema jurídico para la determinación judicial de paternidad ha evolucionado en el tiempo, particularmente en los últimos veinte años, en razón al notable desarrollo científico que ha posibilitado la determinación biológica de la paternidad, desplazándose así progresivamente al sistema de presunción legal de paternidad". En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Una vedette, un reportero y un viejo cuento ... (a propósito de los modelos jurídicos circulantes en materia de pruebas biológicas a efectos de declarar la filiación extramatrimonial en la experiencia jurídica nacional). En, Diálogo con la Jurisprudencia. Año 8. Número 40. Enero 2002. Lima, Gaceta Jurídica. p. 51.

<sup>47</sup> En ese mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia: "... de aceptarse la conclusión del Pleno Jurisdiccional de Familia realizado en el año dos mil, cuyo carácter no vinculante ha reconocido la juzgadora, de que indebidamente se ha considerado al ADN como causal de filiación extramatrimonial y que el juez debe considerarla una prueba de carácter pericial, significaría que no podría invocarse de manera autónoma no solo para casos como el que es materia de apelación sino inclusive para los posteriores a partir de la vigencia de la modificatoria, la causal del inciso seis del artículo cuatrocientos dos del Código Civil para acceder a un proceso de filiación; sino que tendría que ser invocada en todo caso conjuntamente con cualquiera de las otras causales recogidas en el artículo cuatrocientos dos del código antes citado, lo que evidentemente no constituye la ratio legis que sustenta dicha modificatoria, habida cuenta que reconocido el grado de certeza científica del ADN para la determinación positiva de la filiación, resulta justificable que el legislador la haya reconocido como una nueva causal, ya que como prueba pericial existía antes de la dación comentada; consecuentemente ante el avance científico, el derecho ha tenido que adecuarse hacia un sistema abierto de filiación que garantice la solución de los conflictos de intereses derivados de derechos fundamentales de la persona, como en el presente caso, y así lograr en definitiva la paz social en justicia que constituye la finalidad abstracta del proceso". Resolución N° 27 de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Piura de fecha 2 de Mayo de 2002, recaída en el Expediente N°

Sobre la negativa del demandado a someterse a la prueba, el Código Procesal Civil establece que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción (artículo 282). Siendo así y siempre que exista un segundo requerimiento bajo apercibimiento de resolverse el proceso con la prueba actuada y considerando esa conducta procesal del demandado, el juez de familia podrá declarar la paternidad extramatrimonial o descartarla, si llega o no a ese convencimiento, respectivamente. Para ello, será necesario que la parte demandante aporte otras pruebas o indicios que generen convicción en el juzgador de que la negativa es el resultado de una conducta procesal tendiente a impedir el esclarecimiento de los hechos, lo que haría llegar a la declaración de la paternidad extramatrimonial. Caso contrario, la sola negativa a someterse a esta prueba, frente a la falta de pruebas adicionales o de otros indicios, no será suficiente para declarar la filiación extramatrimonial.

Además, en esta última causal se observa que el juez, alternativamente, podrá declarar al hijo como alimentista, correspondiéndole los derechos contemplados en el artículo 415 del Código Civil. No obstante, esta otra posibilidad no suprime la valoración de la prueba que deberá efectuar el juez de familia, utilizando su apreciación razonada; pudiendo, por tanto, no declarar este extremo. De otra parte, debemos añadir que esta solución alterna afecta gravemente el derecho al debido proceso, por cuanto el demandado no ha tenido la posibilidad de ofrecer las pruebas de la inexistencia de relaciones sexuales con la madre del demandante, que es el supuesto de hecho que sustenta la figura del hijo alimentista a que se refiere el artículo 415 del Código Civil. Ahora, los demandados no solo contestarán la demanda en los extremos de su petitorio, sino que, además, deberán referirse a la posibilidad de que se declare al demandante como hijo alimentista punto, quizás, ni siquiera mencionado en la demanda y ofrecer las pruebas relativas a ello.

Lo señalado en la parte final del texto de la última causal, concuerda con lo dispuesto en el artículo 404 del Código Civil: "si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable". El fundamento de esta restricción se ha formulado tradicionalmente diciendo que "solo el marido puede ser juez de su propia paternidad". Desde este punto de vista, es el marido -él y solo él- quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y podía, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo, con lo cual, se

---

2001-0048. En, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8. Número 49, Setiembre de 2002. *Gaceta Jurídica*, Lima, p. 24.

descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas, como por ejemplo, el propio hijo.

Se ha cuestionado esta postura, considerando que "su aceptación sin reservas, conduce a que, para el hijo, la presunción de paternidad matrimonial se tornase absoluta". Señalábamos que "no es posible sostener que el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres esté supeditado al ejercicio previo del derecho del marido a impugnar su paternidad". Indicábamos que "resulta evidente el legítimo interés del hijo en conocer a sus padres" y que, "si bien en la norma legal no se le confería expresamente la legitimación activa, tampoco se le prohibía; en tal sentido, entonces, el hijo puede impugnar la paternidad matrimonial"<sup>48</sup>.

En este contexto legal, hace su aparición la Ley 28457; la que, además de establecer una competencia y vía procedimental especiales para las pretensiones de reclamación de la paternidad extramatrimonial que se sustenten en el inciso 6 del artículo 402 del Código Civil, modifica también esta última disposición.

Sin embargo, su presencia en el sistema jurídico no importa ningún cambio sustantivo al Código Civil de 1984; ratificándose la vigencia del sistema restringido de investigación de la paternidad extramatrimonial.

Esta manera de legislar acerca de la acción de declaración de paternidad extramatrimonial importa desconocer que, el derecho del niño a conocer a sus padres, impone como principio rector un sistema de libre investigación de la filiación y que, en nuestro Código Civil de 1984, se debe suprimir el sistema de causales determinadas para la investigación de la filiación, considerando que la relación jurídica determinada por la procreación, no presupone un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores. En otras palabras, el estado filial deberá encontrar como referencia, solo la realidad biológica, pues la igualdad de los hijos elimina la posibilidad de calificar los vínculos en punto a su naturaleza como matrimoniales o extramatrimoniales. Ello, sin embargo, no impide, claro está, a que la ley aluda a la filiación matrimonial y a la extramatrimonial, si lo hacen no para discriminar entre una y otra, sino para distinguir el supuesto de hecho que exige aludir a una u otra, por la diferente solución legal que, en razón de supuestos de hecho, también distintos, ha de consagrar en particular.

---

<sup>48</sup> PLACIDO V., Alex F. Filiaciones incompatibles. En, Suplemento "Derecho y Economía" del Diario Oficial "El Peruano". Edición del 29 de Marzo de 1994, p. B-10.

### 7.7.1 PROCESO DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457

En nuestras normas de derecho de familia, no se da el supuesto de que el juez pueda dictar un mandato de declaración de filiación o paternidad, sin una previa comprobación de los hechos aportados al proceso; **en nuestro sistema se requiere probar los hechos que se alegan para amparar la demanda y como consecuencia declarar la filiación o paternidad extramatrimonial.** Las normas constitucionales no han sido modificadas en sentido contrario, estando subsistente las normas procesales constitucionalizadas en el artículo 139 de la Constitución Política de 1993, que en su inciso tercero establece el derecho constitucional al debido proceso, formando parte del debido proceso el derecho a la defensa, el derecho a alegar a probar, antes que se resuelva cualquier asunto de materia civil o penal, conforme se desprende del inciso 6 de la norma antes citada y del artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”*. La Corte Interamericana ha considerado el debido proceso, como las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial. Un proceso judicial en que se recorte el derecho de defensa es un proceso nulo y atentatorio de la norma constitucional.

El deber de motivación es también un elemento esencial del debido proceso sin el cual no hay proceso valido, se requiere que el juez exprese la fundamentación fáctica y jurídica que sustenta su decisión, no es solo la aplicación de las normas procesales sino que pronunciándose sobre el fondo de la pretensión no puede excluir ni prescindir de señalar los hechos controvertidos en base a la acción del demandante y la contradicción del demandado (contestación de demandas, formulación de excepciones), y respecto de los hechos controvertidos, cuales han sido probados, cual el supuesto normativo en que se ubica el caso concreto, e indicación de la norma que ampara la pretensión sustentando la aplicación de la misma.

Sin hechos probados, sin pruebas de la demanda ni defensa del demandado, sin expresión en la decisión de la motivación fáctica y fundamentación jurídica, no hay proceso valido; el juez nacional no puede prescindir del cumplimiento de las normas constitucionales referidas al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

Cierto es que, él que tenga interés puede pedir que se emita resolución declarando judicialmente la paternidad, al hacerlo está ejerciendo su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva; el quid del asunto está en que para demandar se requiere no solo interés, sino también legitimidad para obrar, entonces quien demanda debe ubicarse en el supuesto legal de la persona abstracta a quien la ley le confiere el derecho demandado; es el caso del que demanda la declaración de paternidad alegando encontrarse en la situación constante de hijo del demandado; o el que demanda alegando que fue concebido en la época del rapto, violación, etc., o en el caso del que demanda alegando ser hijo biológico del demandado conforme a la prueba del ADN; pero quien simplemente demanda ser hijo ¿no le falta algo?; Le falta el supuesto fáctico que se subsuma en el supuesto legal, es decir es hijo de aquel porque así lo dice el resultado del ADN, o en todo caso es hijo del demandado conforme a las pruebas típicas o atípicas actuadas y merituadas en los autos. Mas sin supuesto y sin pruebas no puede haber declaración judicial de paternidad.

El proceso es un instrumento, un medio una herramienta para el cumplimiento de un fin concreto –resolver un conflicto de intereses- y uno abstracto –paz social con justicia-, para declarar un derecho en un proceso judicial no es suficiente alegarlo, se requiere tener legitimidad para obrar, se requiere probarlo, y que el juez en base a la pretensión demandada, a los hechos controvertidos, a las pruebas actuadas y hechos probados, y a la certeza emita una resolución final sobre la pretensión demandada declarando el derecho de las partes. Los derechos humanos son las prerrogativas inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo a su dignidad.

Sin embargo, los derechos humanos no son absolutos; están sujetos a límites. No solo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho de otra persona. ¿Cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? Para resolver este problema se ha acuñado el principio de razonabilidad como un criterio que orienta la labor del intérprete. Según este criterio, el conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar razonablemente la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso.

Un caso en el que se advierte un evidente conflicto de derechos con pretensiones distintas es el referido a los procesos de filiación. En la investigación de la filiación coexisten dos intereses forzosamente contrapuestos: el interés del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen, en definitiva; y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y, con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar en profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma. Siendo así, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

Pero, el derecho del presunto progenitor a resguardar su intimidad personal, ¿puede argumentarse para frustrar el derecho del hijo a conocer a sus padres, por considerarse que el engendrar un hijo es una acción privada autorreferente? ¿Puede sustentar la negativa del presunto progenitor a someterse a las pruebas biológicas?

De otro lado, ¿puede imponerse coercitivamente al presunto progenitor la aplicación de las pruebas biológicas? ¿Puede darse a la negativa a someterse a las pruebas biológicas un valor definitivo a efectos de admitirse la filiación?

En todas estas interrogantes está presente el conflicto de derechos antes aludido.

Es claro que el derecho de toda persona a conocer a sus padres goza de reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por ello, este derecho tiene fundamento constitucional expresamente reconocido.

Sin embargo, si bien toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; el ejercicio de ese derecho

debe realizarse dentro un marco de razonabilidad a fin de no violentar ni vaciar el contenido esencial de los derechos del presunto progenitor.

Ese es, pues, el objetivo del presente trabajo: determinar si la Ley 28457 es constitucionalmente razonable y proporcional para el ejercicio del derecho del hijo a conocer a sus padres dentro del ámbito jurisdiccional.

Para tal propósito, resulta necesario precisar previamente los alcances del derecho del niño a conocer a los padres en el marco del sistema internacional de derechos humanos definido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por ello concluimos que no se puede demandar la declaración judicial de filiación extramatrimonial sin encontrarse en ninguno de los supuestos legales de declaración judicial de paternidad y sino se ha probado los hechos alegados que sustentan la demanda.

#### **7.7.2.--ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LA FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.-**

Cabe advertir que no hace mucho tiempo (el 08 ENE 2005) salió publicada en el Diario Oficial "EL Peruano" la ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, trayendo consigo innovaciones en materia procesal respecto a tal declaración, pues se trata de una ley especial que determina la competencia y la vía procedimental solo para las pretensiones que se sustentan en el inciso sexto del Art. 402° del Código Civil, siendo esto así constituye una ley que ha sido dada por el Congreso de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 103° de la Constitución Política del Estado, pudiendo expedirse leyes de carácter especial porque así lo exige la naturaleza de las cosas, y no por razones de diferencias de personas, constituyendo una fórmula diferenciada respecto a las demás causales para declarar la filiación judicial extramatrimonial, entiéndase a los cinco restantes supuestos previstos en el art. 402°), ello debido a las siguientes razones:

En primer lugar la medida especial de regular el proceso de reclamación de paternidad para aquellas pretensiones que se sustentan en la causal del inciso sexto del Art. 402° del Código Civil, constituyendo política legislativa en materia social establecida por el Estado, promoviendo el reconocimiento de la filiación por parte de los presuntos progenitores, fomentando la plena vigencia de los derechos humanos y la asunción de la paternidad responsable; en segundo lugar, nuestra realidad social ha conllevado a que se

opté por un procedimiento especialísimo para dilucidar tal reclamación y no estar sometido a las reglas previstas para la vía procedimental de proceso de conocimiento, teniendo en cuenta la certeza de la prueba genética del ADN.

Ahora, con la modificación efectuada por la ley N° 28457 que establece una competencia especial a los Juzgados de Paz Letrado y una vía procedimental propia especial, conociendo en grado los Juzgados Especializados de Familia, y que tal opción adoptada por el legislador, si bien es cierto no resulta ser inconstitucional, incluso se ha modificado la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto a competencia de los Órganos Jurisdiccionales, no es menos cierto que dicha competencia dada a los Juzgados de Paz Letrado, podría traer consigo cierto problemas, como que quien resuelva no sea el órgano jurisdiccional más adecuado ni especializado para ello, con la atingencia que para cumplirse el principio de Doble Instancia en caso de apelación ya no sea Sala de la Corte Superior.

Otro problema trascendental que se podría presentar es lo concerniente al un debido emplazamiento al demandado, pues de darse el caso que se presente un debido emplazamiento o que simplemente se proporcione una dirección domiciliaria inexistente o inexacta, se estaría atentando con una de las garantías de la Administración de Justicia, cual es la del DEBIDO PROCESO, la cual comprende el Derecho a Defensa del demandado, quedando de manifiesto éste en el debido emplazamiento, que no sólo importa tal, sino la posibilidad de citar y hacer valer los medios legales, técnicos y de defensa para los justiciables que prevé nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal, ante lo cual debe tomarse todas las providencias del caso para efecto de establecer un real y válido emplazamiento.

### **7.7.3.-LA PRETENSIÓN DE FILIACIÓN PREVISTA EN LA LEY 28457 NO SE SUSTENTA EN EL RESULTADO DE LA PRUEBA DE ADN.**

La ley 28547 establece un proceso especial (con características y trámites diferentes de las existentes en las vías procesales reguladas en las normas procesales nacionales), el que no tiene sustento de derecho material para la declaración judicial de la filiación. Es un caso de declaración de filiación que no se subsume ni se ubica en ninguno de los supuestos del Art. 402 CC, tampoco la pretensión se sustenta en la prueba de ADN, pues si analizamos con detenimiento la ley apreciaremos que el proceso se origina a pedido de parte interesada, siendo el interesado en la declaración de filiación el hijo no reconocido, quien es el titular del derecho, que en el caso de ser menor de edad puede ser representado por la madre o padre que ejerce la patria potestad del menor, es decir por el



progenitor que lo ha reconocido legalmente; a este pedido el Juez expedirá resolución declarando la filiación demandada, resolución que contiene un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, emitida a solo mérito del pedido de la parte interesada; de acuerdo a la norma el Juez no requiere de la prueba del ADN para resolver la petición de filiación, dicha prueba es un elemento para resolver un acto diferente que viene a constituir la oposición del demandado al mandato judicial:

**Artículo 1 segundo párrafo.-** *“Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado validamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.*

El demandado puede formular oposición al mandato judicial en el término de diez días y siempre que se obligue a realizarse la prueba del ADN.

**Artículo 2.-** *“La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN dentro de los diez días siguientes. (...) Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad”.*

El resultado de la prueba de ADN sirve al Juez para declarar fundada o infundada la oposición al mandato. Tal es así que si el demandado no formula oposición o habiéndola formulado no pasa la prueba, el mandato inicial se convierte en declaración judicial de paternidad sin necesidad de recurrir a la prueba del ADN o la conducta procesal del demandado

**Artículo 3.-** *“Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso”.*

**Artículo 4.-** *“Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso”.*

El ADN se regula como único medio de prueba de la oposición, esta prueba no funciona como sustento para resolver el pedido de filiación, de acuerdo a la ley la declaración judicial es a solo pedido de la parte y el ADN sólo sirve para resolver la oposición que se formule y no para resolver la pretensión de filiación.

Sobre el ADN resulta discutible que se pretenda limitar el derecho de defensa del demandado a una sola prueba, a condicionarlo y coaccionarlo a que se practique dicha prueba para ejercer parcialmente su derecho a contradecir y ser oído.

El Tribunal Supremo Español en Sentencia del 27 de Junio de 1987 citada por Alex Placido Domingo en su artículo "*Creditur virgini pregnantí .*", tiene señalado que: "*la investigación de la paternidad por medios biológicos, que propicia el artículo 39.2 de la Constitución y expresamente admite el artículo 127 del Código Civil, no puede ser impuesta obligatoriamente y contra su voluntad a ningún ciudadano, quien especialmente cuando se trata de la prueba de análisis de sangre puede amparar su negativa a someterse a ella en los derechos a la protección de la intimidad y a la integridad física que le conceden los artículos 15 y 18 de la Constitución*". Con mayor o igual derecho el emplazado se podría negar a practicarse la prueba del ADN, empero dicha conducta así como no puede significar una "*ficta confessio*" como señala Alex Placido, también resulta insuficiente por si sola para amparar la demanda, requiriendo de otros medios de prueba para la certeza que requiere el juez para decidir el conflicto; a mayor abundamiento no se puede condicionar el derecho de defensa del emplazado a que se practique la prueba del ADN, ni limitar su derecho de contradicción a la sola actuación de una prueba; mas aun debido a los avances en el conocimiento de la medicina y tecnología, se está cuestionando la imagen infalibilidad que se le concedió inicialmente, llegando a colegir que esta prueba en realidad no sea indubitable.

La prueba científica materia de esta exposición, la cual se da a través del examen comparado de huellas genéticas del presunto padre y del hijo, resulta ser más que suficiente para establecer a ciencia cierta, la paternidad, pues permite disipar toda duda respecto de la existencia del vínculo de filiación biológico, por lo mismo algunos autores la consideran como "La reina de las pruebas", otros la califican como "La prueba perfecta", advirtiéndose que tal como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, se trata de una prueba pericial, por tanto se sujeta a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil, para la actuación de este medio probatorio dentro de un proceso judicial, que lógicamente está supeditada incluso al contradictorio de la prueba.

No perdiéndose de vista que incluso nuestro ordenamiento jurídico procesal prevé que los medios probatorios son valorados conjuntamente, no obstante la eficacia probatoria que tiene dicha prueba biológica respecto a los demás medios probatorios que pueden haberse admitido y actuado en un proceso judicial sobre Declaración de Paternidad Extramatrimonial. ello trae consigo y reanuda el debate existente a la fecha, cual es: ¿ Existe algún fundamento jurídico que ampara la coerción para someterse una persona a la

prueba de ADN?, por supuesto la respuesta es negativa, pues materia civil la oposición del demandado convierte en imposible la realización de la prueba, la imposibilidad de ejercer algún tipo de coerción para obligar al supuesto padre a someterse a la pericia genética, se funda esencialmente en el principio de inviolabilidad del cuerpo humano, EL cuerpo Humano es intangible, como dice el aforismo latino *noli me tangere* ("No me toquen")

## **7.8. -LA IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD**

“La Declaración judicial de paternidad del hijo de madre casada, por disposición expresa de la ley, si la madre estaba casada en época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado la paternidad y obtenido sentencia favorable. Este requisito tiene su base en el principio de presunción de paternidad matrimonial previsto en el artículo 361 que dice: "El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido". En consecuencia, no procede la demanda de declaración judicial de paternidad extramatrimonial intentada por la mujer casada, si el marido no ha seguido previamente el juicio de negación o impugnación de su propia paternidad y haber obtenido sentencia favorable. Se defiende así la presunción relativa de que el hijo habido en el matrimonio tiene por padre al marido y constituye una sanción indirecta del adulterio”.<sup>49</sup> Resultando de esta manera inconstitucional toda vez que no se puede justificar la restricción a la legitimación ni al consiguiente emplazamiento de la filiación, alegando que cuando un hijo figura como nacido del matrimonio de sus padres A. y B., y el supuesto padre extramatrimonial C. pretende desplazar la paternidad que impugna como opuesta a la realidad biológica, hay que negarle a C. la legitimación para proteger la paz familiar o la familia, o el matrimonio. Nada de eso se defiende ocultando la verdad, porque hay otra verdad: la que dice que, si acaso dentro de un matrimonio se infiltra como hijo de la pareja un ser humano que biológicamente es hijo de otro padre, lo que perturba al matrimonio, a la familia, y a la paz familiar es la conducta del cónyuge que tuvo un hijo con una mujer que no es su esposa y ese hecho ya consumado no se borra ni se remedia con esconder el resultado y dar vuelta la cara a la realidad. La sinceridad de que ese hijo sea legalmente hijo de C. no puede ser esquivada por la ley, so pretexto de tutelas a bienes que, antes de sufrir por el emplazamiento verdadero de la filiación han sufrido por la conducta del cónyuge que, incurso en adulterio ha disfrazado como hijo suyo a quien es hijo de otro hombre".

---

<sup>49</sup> PERALTA ANDIA , Rolando , op. Cit., P.433

El derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones, y el derecho a la identidad personal, demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Si ese resultado deriva de negar la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se la reconozca, lo son por la estrechez procesal. Y ello, aunque esa estrechez figure, no en la ley procesal, sino en el Código Civil. Esas normas dan vuelta la cara y miran para otro lado. Esa interpretación contraviene la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño.

No es posible dejar de lado otra de las cuestiones íntimamente relacionadas con la verdad biológica y la identidad, que es, la función del Estado: el orden público. Esto es en cuanto a lo privado y lo público. Qué ámbito familiar y de derecho relacionado con la familia mantendrá su espacio privado o quedará a merced de lo público.

La sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho de los hijos a conocer la identidad de sus padres. A la comunidad toda le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo a conocer la identidad de su padre y es por ello que una vez habilitada la instancia por el consentimiento de la madre, de lo contrario, se posibilitaría que cualquier presión o beneficio ofrecido a la madre por el presunto padre o un tercero pudiera echar por tierra las actuaciones y dejar de esta forma desprotegidos los derechos del menor el que, aún conociendo la identidad de su padre, no podrá obtener un pronunciamiento judicial en este sentido hasta que no alcance la mayoría de edad, lo cual resulta a todas luces inadmisibile. Se nos hace falaz acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad, ni el padre, ni la madre, ni ambos en común, puede alegarse para frustrar los derechos del hijo, ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo".

El dato biológico, identidad estática, del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social, identidad dinámica, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto.

## **LA FILIACION EN EL DERECHO COMPARADO.**

### **CAPITULO VIII**

#### **8.1.-TENDENCIA DEL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE FILIACIÓN**

Existe una fuerte y marcada tendencia en el derecho comparado a simplificar los trámites de la indagación de la paternidad. Pueden tomarse como referencia algunos sistemas legales que a pesar de tener una tendencia subjetiva (Basándose en la paternidad en presunciones), merituando la importancia del nexo filial aligerando y tecnificando su investigación.

En la actualidad las legislaciones del mundo en relación con derechos que emanan de la filiación registran las orientaciones siguientes:

- a) Las que conservan el concepto tradicional de filiación, estableciendo una diferencia abismal entre a filiación legítima y la ilegítima.
- b) a la mayor parte de los códigos de influencia francesa como en el Código Civil peruano de 1936.
- c) Las que atenúan la diferencia entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, tendiendo muchos puntos en su equiparación, en lo que conciernen a sus derechos. Entre estas figuran el código alemán, el suizo y el peruano de 1984.
- d) Las que establecen una sola y única filiación, dejando las calificaciones de hijos Legítimos e ilegítimos, matrimoniales o extramatrimoniales, suprimiendo toda diferencia en las categorías y calificaciones de esta institución. Se considera que esta es la tendencia universal.

Esta última alineación es advertida en las legislaciones de algunos países *de* Europa occidental como Gran Bretaña, Alemania, Holanda, Checoslovaquia, China y Rumania. En Estados Un Norteamérica la Conferencia Nacional de Comisionados aprobó en 1973 la “Uniform Parentge Act” que establece también la filiación única. Idéntica tendencia se observa en los códigos de familia cubano, boliviano, venezolano, ecuatoriano, etc.

### 8.1.1.-BRASIL

Por ley 8560, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la Paternidad extramatrimonial,<sup>50</sup> estableciéndose que todos los registros civiles a fin de permitir su indagación. En doctrina Brasileira existen tres tipos de investigación de reconocimiento; el voluntario, administrativo, y el judicial. El regulado en esta ley es el segundo \_ lo complementa y se indica en un análisis especial que:

*“O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação”<sup>51</sup>*

Esta ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos.<sup>52</sup>

Parte de este texto que interesa para fines del presente tema nos dice.

*Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.*

*§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.*

*§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.*

---

<sup>50</sup> Esta ley deroga los Art. 332, 337 y 347 del Código civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual Código Brasileño de 2002.

<sup>51</sup> DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira: “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”, en: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.

<sup>52</sup> GRUNWALD, Astried Brettas: “Laços de família: critérios identificadores da filiação”, en: *Loc.cit.*

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

Como puede apreciarse, esta ley representa un avance singular en el tema de paternidad. Claro que no es del todo contundente, es una muestra —sí— de la importancia que representa para la sociedad que toda persona cuente con un padre.

El aporte de este trámite es:

- a. En casos de nacimiento con maternidad establecida se remitirá al Juez los datos del supuesto padre para que inicie la investigación.
- b. Intervención de la madre y notificación al supuesto padre.
- c. Respeto a la intimidad y cautela de los intereses personales con la reserva del proceso.
- d. Fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso.
- e. Si el supuesto padre no conteste en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante como lo recuerda la profesora Ana Liési Thurler<sup>53</sup> al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil quedan sin reconocimiento.

### 8.1.2.-Costa Rica

La Ley 8101 de Costa Rica, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril del 2001 tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley 28457 pues “... pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un

---

<sup>53</sup> THURLER, Ana Liési: “Reconhecimento paterno, direito de cidadania”, en: [www.arpenbrasil.org.br](http://www.arpenbrasil.org.br) Acceso 16 de enero de 2006. THURLER, Ana Liési *Paternidade e deserção*. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo. Departamento de Sociologia: Universidade de Brasília, Tese de doutoramento, 2004. En reciente trabajo informa « Un phénomène — sociologique, éthique et politique —, qui touche chaque année un million d'enfants, reste invisible au Brésil: la non-reconnaissance paternelle. L'ampleur de ce problème nous signale les limites et la vulnérabilité de la démocratie brésilienne elle-même, dans le champ des rapports sociaux de sexe. Près d'un enfant sur trois nés dans ce pays, ne réussit pas à avoir cette reconnaissance », en : « Résistances des hommes, exigences des femmes: l'exemple de la reconnaissance paternelle au Brésil », material facilitado via internet por la propia autora.

Sistema Judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida<sup>54</sup>.

Esta ley costarricense tiene como precedente el Proyecto de Ley 14064, denominado proyecto de ley de paternidad responsable (8 de agosto del 2000), el que entre sus considerandos de peso sustenta:

- a. De los 78.526 nacimientos reportados en 1999, un 51.5 por ciento son extramatrimoniales. De estos, 23.845 nacimientos son de padre no declarado, colocándose solo los apellidos de la madre.
- b. Son derechos humanos: El derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados.
- c. A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.
- d. Frente a la situación de abandono de las responsabilidades paternas, algunas mujeres optan por el proceso de reconocimiento de paternidad que es un trámite engorroso y burocrático, conllevando a que la mayoría de los procesos iniciados sean abandonados antes de su conclusión.
- e. Entre los principales obstáculos en los procesos cabe señalar<sup>55</sup>
  - La negativa de los padres en el reconocimiento.
  - El proceso es largo y no da la posibilidad de cautela alguna de los derechos en tanto está en trámite.
  - El proceso es complicado y no se ajusta a los efectos de las pruebas.
  - Las prácticas dilatorias son típicas en estos procesos.
  - El costo de las pruebas de marcadores genéticos es alto.

Como se señala en el Informe Técnico<sup>56</sup> Nótese que el proyecto busca garantizar a los niños y niñas su desarrollo integral, sobre la base de la paternidad responsable, colocando por encima, este derecho, sobre otros que puedan tener los individuos en particular”.

---

<sup>54</sup> CHINCHILLA MONGE, Cristian: “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”, en: <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1/4/2005

<sup>55</sup> Esta identificación de obstáculos y dificultades de los procesos de reconocimiento de paternidad es producto del trabajo de consulta e investigación que efectuó la Comisión de Paternidad encargada de la formulación del presente proyecto de ley. En esta Comisión participaron representantes de las siguientes instancias: Asamblea Legislativa, Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, Defensoría de los Habitantes, Patronato Nacional de la Infancia, Instituto Nacional de las Mujeres y Universidad de Costa Rica.



La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación, incorporándose mediante el artículo 1 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil<sup>57</sup>(que es una norma similar al

---

<sup>56</sup> OFICIO N° ST-741-10-2000, Informe elaborado por la Licenciada María Eugenia Román Mora, Asesora Parlamentaria, en colaboración con las Licenciadas Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche y Revisado por la Licenciada Ana Lucía Jiménez Méndez, Directora Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica 31 de Octubre de 2000.

<sup>57</sup> El texto de la norma citado dice:

ARTÍCULO 1.- Refórmase los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, N° 3504, de 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:

“Artículo 54.- Inscripción de hijas e hijos habidos fuera del matrimonio. En la inscripción de nacimiento de hijos e hijas habidos fuera del matrimonio, se consignarán la paternidad y la maternidad, si la declaración es hecha por las dos personas que se atribuyen la calidad de progenitores y ambos la firman.

El Registrador deberá hacer el apercibimiento a la madre de las disposiciones legales y administrativas establecidas respecto de la declaración e inscripción de la paternidad; asimismo, de las responsabilidades civiles en que pueda incurrir por señalar como tal a quien, después de haberse sometido a las pruebas técnicas respectivas, no resulte ser el padre biológico; además, de las características de la certeza de la prueba de ADN y de la obligatoriedad de practicarse la prueba. Informada la madre y en ausencia de declaración del padre, ella podrá firmar el acta e indicar el nombre del presunto padre.

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez (10) días hábiles a partir de la notificación, y se le prevendrá de que la no manifestación de oposición al señalamiento de paternidad dará lugar al reconocimiento administrativo de la filiación (declaración administrativa de paternidad). En caso de que al apersonarse no acepte la paternidad del menor, se dará solo una cita gratuita a la madre, a la criatura y al padre señalado, para que acudan a realizarse un estudio comparativo de marcadores genéticos, ante los laboratorios de la Caja Costarricense de Seguro Social acreditados por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios (ENAL); mediante este estudio quedará definido si la afiliación señalada es cierta. La Caja Costarricense de Seguro Social tendrá la obligación de garantizar la cadena de custodia de la prueba, así como de comunicar al Registro Civil los resultados de la prueba. Si el presunto padre no se apersona o si se niega a llevar a cabo la prueba genética, procederá aplicar la presunción de paternidad y dará lugar para que así se declare, administrativamente, y se inscriba con los apellidos de ambos progenitores, siempre y cuando la madre y el niño o la niña se hayan presentado a realizarse la prueba. Dicha declaración administrativa otorgará las obligaciones legales propias de la paternidad.

Inscrita la declaración administrativa de la paternidad, el progenitor o sus sucesores podrán tramitar, en la vía judicial, un proceso de impugnación de la paternidad declarada administrativamente. Este trámite no suspenderá la inscripción del menor.

Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de identificación y Estado civil del Perú<sup>58</sup>)

De forma esquemática, la ley citada trata del acto de inscripción de los hijos extramatrimoniales de la siguiente manera:

1. Si la declaración de nacimiento es realizada por ambos padres, dejarán constancia de sus datos.
2. En caso de ausencia del padre, la madre firmará el acta indicando el nombre de aquél.  
Para estos efectos:
  - a. El Registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado.
  - b. Se considera la efectividad de la prueba de ADN y su carácter obligatorio.
3. El niño será inscrito con los apellidos de la madre.
4. Se requiere al presunto padre para que en el plazo de diez días, manifieste su posición, bajo apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.
  - a. La no aceptación de la paternidad conlleva a la realización del examen genético.
  - b. El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad; en este caso se inscribe con los apellidos de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba.
  - c. La declaración administrativa de paternidad genera el vínculo propio de la paternidad.
5. Contra la declaración administrativa de paternidad:
  - a. No procede recurso administrativo, ni incidente de suspensión de ejecución, ni medida cautelar que busquen enervar sus efectos.
  - b. Procede judicialmente un proceso de impugnación, el que no suspenderá la inscripción del menor.

---

Contra la resolución administrativa que determine presuntivamente la paternidad, no cabrá recurso administrativo alguno.

Contra esa resolución no cabrá, en vía judicial o administrativa, el incidente de suspensión de ejecución ni cualquier otra medida cautelar tendiente a enervar sus efectos”.

<sup>58</sup> Decreto Supremo 015-98-PCM, publicado el 25/04/1998

*6. En cuanto a la realización de la prueba la ley indica que los laboratorios del Seguro Social:*

- a. Realizarán gratuitamente la prueba; y,*
- b. Custodiarán la prueba y comunicarán al Registro Civil los resultados.*

El artículo 7 de la ley autoriza al Poder Ejecutivo para que gire, a la Caja Costarricense de Seguro Social, un monto anual de hasta mil millones de colones a fin de que se pueda equipar los laboratorios para atender la demanda de las pruebas. Este dispositivo legal no se cumple, de allí que exista un Proyecto de Ley, Exp. 14.374, que busca reformar la ley de paternidad para que sean los demandados quienes paguen o, en su caso, la madre que mintió. Este proyecto se sustenta en que:

“... muchas falsas expectativas se generaron en la población a raíz de esta Ley: se esperaba una ley justa, que volviera ágil y veloz la investigación de paternidad, pero la prisa de aprobar esta Ley, bien intencionada, se convierte en un mal chiste, porque no habrá dinero suficiente para pagar las pruebas de paternidad.

Esta Ley autoriza al gobierno para trasladar mil millones de colones del Presupuesto Nacional a la Caja Costarricense de Seguro Social, pero no lo obliga. Es una autorización, no una orden. Hoy, el gobierno no entrega el dinero que debe al Patronato Nacional de la Infancia, ni gira el dinero debido al Instituto Mixto de Ayuda Social. En ambos casos, el gobierno está obligado y no entrega el dinero. ¿Por qué pensamos que lo hará para las pruebas de paternidad? (...)

Si no hay dinero suficiente, las pruebas se retrasarán durante meses. No extrañará que las investigaciones de paternidad se vuelvan más lentas y que pronto estemos durando más que ahora, con demoras que sentirán en lo más profundo las madres que esperaban de esta Ley una respuesta de justicia pronta y cumplida.

Con esta Ley, los padres irresponsables triunfaron. Ellos, que siempre huyen de sus deberes, logran que sean otros los que paguen. Primero, intentaron que las madres pagaran cargando toda la responsabilidad de los hijos. Ahora, lograron que seamos todos los costarricenses quienes paguemos por sus pruebas. Tranquilamente nos han pasado la factura y nos hemos dejado.

Por todo lo anterior, el Partido Movimiento Libertario propone que las pruebas sean pagadas por los mismos padres irresponsables, sea el padre que siéndolo no lo reconoció desde el inicio, o la madre que mintió. Así, el programa de pruebas de paternidad estaría

efectivamente financiado. En algunos casos habría que hacer arreglos de pago, pero a alguna hora se cancelaría el dinero. Consideramos que es una propuesta justa, pues los padres de la criatura, que han querido huir de su responsabilidad son los que deben asumir este cargo.

Se propone con este proyecto de ley reformar el artículo 7 de esta Ley, que se refiere al financiamiento, e indicar que sean los padres quienes paguen estas pruebas”.

### **8.1.3.- Ecuador**

El Código de la niñez y adolescencia de Ecuador, Codificación No. 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero del 2003, trata en el Título V sobre el “Derecho de alimentos” y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad<sup>59</sup> En el establecimiento y fijación de los alimentos se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

---

<sup>59</sup> El texto completo dice:

“Art. 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El Juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al Juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada; 2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el Juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el Juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil; 3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el Juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el Juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen; 4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el Juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el Juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior; 5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad; y, 6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero

1. Se decretarán cuando obren indicios suficientes acerca de la filiación.
2. A solicitud de parte se oficiará la realización de la prueba biológica.
  - a. Si el resultado es positivo, se declarará la filiación en el mismo proceso, procediéndose a la inscripción en el Registro Civil.
  - b. En caso de negativa injustificada, se requerirá para que en diez (10) días como máximo se proceda a su realización. De persistir la negativa se presumirá la filiación procediéndose a su declaración.
3. El demandado puede justificar su negativa en la falta de recursos económicos.
  - a. Si el informe social acredita la falta de recursos, los gastos serán sufragados por una entidad del Estado.
  - b. Si el informe social demuestra lo contrario, se declarará la filiación.
4. Los gastos de las pruebas biológicas, costas y demás serán sufragados por el presunto progenitor. En su caso tendrá derecho al reembolso si el resultado de las pruebas lo descarta.
5. Se prohíbe la práctica biológica en el concebido
6. Se permite la investigación *post mortem*.
7. Deben garantizarse la idoneidad y seguridad de la realización de las pruebas.

Si bien el proceso no es similar al aprobado en nuestro medio, debe rescatarse la importancia conferida a la prueba genética. En efecto, si se toma en cuenta que la naturaleza de este proceso corresponde a uno de manutención, lograr la subsistencia de una persona, siguiendo una orientación finalista y de interés social se faculta al magistrado a viabilizar en un proceso una pretensión no alegada, que resulta de mayor trascendencia que la demandada: Se demanda alimentos y puede ser sentenciada, además, la declaración del nexo filial. No se aplica el criterio *ultrapetita*, se deja lado el principio de congruencia por el cual los fallos deben estar arreglados a lo pedido y de acuerdo con lo probado.

Con mayor rigor puede sostenerse que si bien es cierto que del parentesco se deriva la obligación alimentaria (es su fuente originaria), si es que en sede judicial sea solicitada una manutención, la lógica es que se autorice al magistrado a tender al esclarecimiento de los lazos parentales entre las partes. El hecho de demandar atención económica implica la existencia de un vínculo que, de no estar probado, corresponde al juez su definición.

---

puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.

Art. 132.- Condiciones para la práctica de las pruebas biológicas.- El reglamento contemplará las medidas necesarias para asegurar una adecuada cadena de custodia de las muestras a utilizar en las pruebas de que trata el artículo anterior, para garantizar la identidad personal de los sometidos al examen y las demás condiciones técnicas en que deberán practicarse estas pruebas biológicas.

Entonces, se toma el elemento fáctico (la demanda) como justificación para investigar el elemento objetivo (la filiación). Todo esto bajo el argumento de que existe una necesidad e indicios de una justicia social en honor de la niñez.

Como podemos apreciar, es en vía procesal que se encuentra solución a los problemas respecto de los cuales el derecho sustantivo debiera ser más directo y, por ende, eficaz.

#### **8.1.4.- Estados Unidos de Norteamérica**

En los **Estados Unidos** impera la regla general de la confidencialidad de los expedientes de adopción. Sin embargo, tal regla se ve excepcionada por el denominado sistema de Registro de Voluntades. Se trata de un registro en el que las partes implicadas en el proceso de adopción y, especialmente, los progenitores, pueden registrar su voluntad a favor o en contra de que en el futuro se permita al hijo dado en adopción la identidad de los padres biológicos.

El esclarecimiento de la filiación tiene las siguientes características: En el caso de que los progenitores no sean casados, se necesita que ambos firmen un Reconocimiento o Declaración de Paternidad (*Aknowledgement of Paternity*). En muchos casos estos firman en el hospital el día del nacimiento, en su defecto se puede recurrir a: El Departamento Demográfico Local (*Bureau Of Vital Statistics*), Oficinas de Ayuda al Niño (*Child Support Division*) o cualquiera de las Oficinas de Bienestar Publico. Se tiene que formalizar la declaración, pagar una cuota para agregar el nombre del padre a la partida de nacimiento y enviarla al departamento de Servicios Sociales.

Si el supuesto padre no quiere reconocer voluntariamente la paternidad, la madre puede pedir a la Corte que la ayude al esclarecimiento de la filiación del menor; es obligación de la Oficina del Procurador de cada Estado velar para que cada niño tenga un padre.

Para este fin se realizará una serie de preguntas personales a la madre para conseguir la mayor información posible sobre el supuesto padre y el tipo de relación que mantenían (cartas, regalos, fotografías, testimonios que confirmen la relación entre ambos).

En la mayoría de situaciones las pruebas genéticas son necesarias para decretar con exactitud la paternidad y son ordenadas por las Cortes para identificar al padre. Todos los Estados norteamericanos reconocen --aparte de los célebres *blood test*-- la prueba de ADN como evidencia de paternidad. Si una de las partes disputa el resultado de las pruebas, ésta tiene derecho a requerir, bajo costo personal, un segundo análisis de ADN.

### 8.1.5.-Chile

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley 20030 que “Modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba”.

La Ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional<sup>60</sup> siendo el procedimiento dispuesto el ordinario. Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia<sup>61</sup>.

Se mantiene el inciso 1 del artículo 188 del Código Civil que contempla el reconocimiento sin la intervención del progenitor a quien se le atribuye la filiación, bastando que se solicite la consignación del nombre al momento de la inscripción del nacimiento.

El artículo 199 del Código Civil queda modificado manteniéndose el inciso 1 referido a que las biopruebas serán practicadas por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos designados por el Juez. El costo es *asumido* por el Estado si son ordenadas judicialmente. Las partes tendrán derecho, por una sola vez, a solicitar un informe pericial biológico.

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199 del Código civil. Por vez primera, en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, sólo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte, el solo testimonio es insuficiente (*Cfr.* artículo 198). Se consagra el principio de inmediación disponiéndose que “(..) El juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido

---

<sup>60</sup> Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento

<sup>61</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín N° 3.043-07, INFORME DE LA COMISIÓN MIXTA encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

informados al Tribunal”, como ya lo hiciéramos notar<sup>62</sup>.se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás. Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum*, lo que se deduce de una lectura sistemática del artículo 220 del Código civil que indica la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme, salvo lo dispuesto por el artículo 320 del Código (al presunto padre o madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación correspondiente). En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad<sup>63</sup>.

Además, se agrega el artículo 199 *bis* al Código civil que dispone: si interpuesta la acción de reclamación de filiación el demandado reconoce su paternidad, el procedimiento termina. Si no comparece, o niega o manifiesta dudas acerca de su paternidad el juez ordenará la práctica de la bioprueba.

Con ello se alcanza el objetivo de contar con un procedimiento único de reconocimiento de la paternidad o maternidad que unifique las vías voluntaria y contenciosa, lo que está en concordancia con la derogación de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código civil, tal como adelantáramos. Asimismo, se dispone la subinscripción del acta que establece el reconocimiento judicial. Esto se establece con el fin que el juez no emita sentencia de reconocimiento si el demandado reconoce voluntariamente. En este caso el Tribunal remitirá al Registro Civil copia auténtica.

De los sistemas analizados es fácil apreciar la tendencia de revelar el nombre del progenitor. Decir quién es el padre de la criatura es una obligación de la madre. Nadie más que ella sabe quién colaboró en el engendramiento de su hijo, al menos en la generalidad de los casos. Ahí está el tema, quien debe colaborar *ab initio* es la mujer. Sin embargo, como argumenta Dutto, la cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno. Por ética quienes en cierta oportunidad asumieron la paternidad y maternidad --sin vicios de voluntad, concientes de su conducta y responsabilidad-- son

---

<sup>62</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: “Los vientos nuevos del sur en materia de filiación.”, en: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano, Año 2, Lima, martes 06 de setiembre de 2005, No. 62, p.8

<sup>63</sup> Antes de la vigencia de esta ley, la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra, apreciada por el Tribunal pudiendo constituir un elemento de prueba cuando tuviese los caracteres de gravedad y precisión suficientes a efectos de formar el convencimiento de la Sala (426 del Código de procedimiento civil). De esta forma, la negativa injustificada era debidamente apreciada, pudiendo declarar o no la filiación observándose si la negativa del demandado causaba o no convicción sobre la filiación



los comprometidos con la identidad de aquél (consecuente de sus relaciones) lo que trasciende a la propia motivación individual, creando circunstancias que, por afectar al niño, no pueden a su antojo desvirtuar, ocultar, tergiversar. No es aceptable “la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a éste la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena”<sup>64</sup>.

Lo contrario es legitimar una conducta individualista por decir lo poco, egoísta con mayor precisión. Qué duda cabe que el derecho a la identidad del hijo prima sobre la intimidad de la madre<sup>65</sup>

#### **8.1.6.- España**

En España, la jurisprudencia y la doctrina constitucional no se han pronunciado específicamente sobre el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes. Pero se puede hablar de una tendencia aperturista que se ha manifestado de manera insistente a favor del derecho más general de cualquier ser humano a conocer sus orígenes biológicos y proponer las pruebas biológicas que fueran necesarias para revelar la paternidad biológica, con cita expresa del artículo 39 de la Constitución, que consagra el principio de libre investigación de la paternidad. En dicho sentido, “el derecho fundamental al conocimiento del propio origen”, puede fundarse en algunos textos legales, como la Constitución, la Ley Orgánica de 1996 de Protección Jurídica del menor, el Código Civil, la legislación del Registro Civil.

#### **8.1.7.- Alemania.-**

El derecho de las acciones de filiación del Código Civil alemán ha sido objeto de una nueva doble reforma legislativa en marzo 2008. Una primera ley ha concedido legitimar a la administración para impugnar la paternidad que resulta de un reconocimiento sin base biológica ni sociofamiliar, que sólo tiene por finalidad conseguir derechos de ciudadanía o residencia así como prestaciones sociales. La segunda ley ha establecido entre padre, madre e hijo respectivamente una pretensión dirigida a la clarificación de la

---

<sup>64</sup> DUTTO, Ricardo: “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en: *Revista derecho procesal 2002 – 2: Derecho procesal de familia II*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2002, p.154 y 155.

<sup>65</sup>En la jurisprudencia de Holanda tenemos el caso *Valkenhorst* que es el nombre de una institución caritativa que durante 1920 y 1940 albergó a las madres solteras para que dieran a luz a sus hijos, a algunos de los cuales han demandado a aquellas para obtener información sobre sus padres. Cfr. GARCIA CANTERO, Gabriel: “¿Qué familia para el siglo XXI” en: *Revista de derecho de familia*, No. 9: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p. 54.

paternidad mediante la realización de pruebas biológicas, y con independencia de la impugnación misma. Ambas reformas evidencian la tensión existente entre la autonomía privada e intervención Pública en el derecho de familia, en este caso concreto en relación con el derecho de filiación.

En el bundesgesetzbla de 18 de marzo de 2008 se publicó la ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad de 13 de marzo, vigente a partir del 1 de junio pasado, mientras que en el bundesgesetzbla de 31 de marzo de 2008 se publicó la ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación con entrada en vigor el 1 de abril de 2008.

Las dos leyes aprobadas siguen la estela de la reforma de 2004 en materia de filiación que introdujo la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial por parte del padre biológico, en caso de no existir relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo. En esta ocasión se introdujo un cambio de gran relevancia en el sistema de reconocimiento de la filiación no matrimonial en derecho alemán. Hasta entonces el hombre que no estaba casado con la madre del menor que quería reconocerlo debía contar con el asentimiento de la Oficina de Protección de la Juventud o Jugendamt para su eficiencia. Esta Intervención era precisa porque a la mencionada oficina le correspondía por ley la curatela del hijo no matrimonial sin padre determinado. Esta intervención suponía un control de los poderes públicos en el padre determinado. Esta intervención suponía un control de los poderes públicos en el establecimiento de una relación de derecho privado, como es la filiación paterno filial pero que tiene claras consecuencias para la estructura de una determinada comunidad y por tanto en su interés general. Se consideró con la reforma que aquella intervención ya no estaba justificada de modo que a partir de 1998, en Alemania el padre que reconoce su paternidad sólo necesita contar con el asentimiento de la madre si el hijo es menor de catorce años y es su representante legal.

Como consecuencia de este cambio normativo que ha privatizado la determinación y establecimiento de los lazos de parentesco no matrimoniales se apunta el motivo de la primera de las reformas mencionadas. Debido a que los poderes públicos ya no ejercen ningún control por no intervenir en los reconocimientos de filiación se considera que han aumentado los supuestos de paternidad aparente en que un alemán se presta para reconocer la paternidad de un menor extranjero para que este y su madre obtengan derecho de residencia y de ciudadanía en Alemania, además de prestaciones sociales. La respuesta normativa para atajar estos usos fraudulentos de la filiación viene de la mano con la medida ex pot. Eliminando el control preventivo o ex ante en la declaraciones de reconocimiento de filiación, debe incorporarse al ordenamiento una medida mucho más intervencionista que la primera: se concede legitimación a los poderes públicos para

impugnar la paternidad de un menor en caso de reconocimiento sin base biológica ni social y con fines distintos a los propios de la constitución de una relación paterno filial. En relación con la segunda ley de reforma de la filiación, el legislador alemán reacciona a los avances técnico y científicos en materia de pruebas genéticas para determinar la paternidad . En la medida en que es relativamente sencillo realizar estos análisis sin que los implicados tengan conocimiento de ello ni hayan prestado su consentimiento ya demás su fiabilidad es muy alta en términos de verdad biológica.<sup>66</sup>

#### **8.1.8-El Perú.-**

En Perú la situación es distinta. En los casos de reconocimiento diferidos se restringe la revelación del nombre de la persona con la cual tuvo el hijo, lo que a nuestro entender es inconstitucional. En esta línea, la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial No. 023-2003-DP (24 de junio de 2003) recomendó al Congreso de la República la modificación de los artículos 21 y 392 del Código civil y el 37 del Reglamento de la RENIEC a efectos de que el hijo pueda ser inscrito con el apellido del presunto padre que no lo reconoce con el mero dicho de la madre o del padre que lo hace, sin que ello suponga un vínculo de filiación con el primero<sup>67</sup> En la práctica se vienen inscribiendo a los hijos extramatrimoniales, conforme lo dice la norma, con los apellidos del progenitor que los reconoció, sea el padre o la madre.

---

<sup>66</sup> [www.INDRETCOM](http://www.INDRETCOM) ,Revista para el Análisis del Derecho, Autonomía Privada e Intervención Pública en las acciones de Filiación . La Reforma del BGB , Albert Lamarca Y Marques , JULIO 2008

<sup>67</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Compendio de Resoluciones Defensoriales*, Tomo II, Lima, 2000-2004, pp.351 a 364. *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, Serie Informes Defensoriales, Informe No.74, setiembre de 2003

## **FILIACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

### **CAPITULO IX**

La relación entre la investigación, la genética y el Derecho constituye uno de los temas más importantes de la actualidad, en la medida en que varios son los intereses presentes y complicada es la fijación de límites o fronteras a cada uno de ellos. Reflejo de ello es la atención que, desde hace años, prestan las instituciones internacionales y nacionales a esta materia y la aprobación, entre otras, de la reciente Ley 14/2007, de Investigación Biomédica.

El objeto principal de esta tesis es el de analizar y estudiar esa relación desde un punto de vista interdisciplinar, abordando los autores cuestiones como la incidencia del factor religioso en la determinación genética del individuo, el encuadre constitucional de la investigación biomédica, el régimen jurídico existente y la interpretación jurisprudencial que se ha realizado en torno a las pruebas periciales de ADN dentro del proceso penal, el marco jurídico de las obtenciones vegetales y su protección, la posible realización de pruebas genéticas en las relaciones laborales y la utilización de la información derivada, la responsabilidad patrimonial derivada de la investigación biomédica con seres humanos, la regulación internacional existente en el ámbito de la genética o el examen de las principales modificaciones que ha introducido la reciente normativa que se aprobado, atendiendo a aspectos como la clonación terapéutica o la admisibilidad de ciertas técnicas genéticas.

Con ello, los investigadores e interesados en esta materia podrán tener acceso a un estudio en torno a la investigación, la genética y el Derecho, en el que se examina la normativa existente y los criterios interpretativos de los órganos judiciales, teniendo en cuenta asimismo la realidad social existente y sus necesidades.

Centrándonos ahora en las cuestiones relativas a la filiación, cabe agruparlas en dos bloques: las que se refieren a la filiación natural y las relativas a la filiación adoptiva. Con relación a las primeras, mencionar la Sentencia de la Cour cass 1er ch. Civ. de 10 mayo 2006 (*Recueil Dalloz*, 2006, nº 30, p. 2890. Notas Kessler, G./ Salomé, G., *ibidem*, pp. 2890-2893 y Azzi, T., *La semaine juridique*, nº 41, 11 octubre 2006, pp. 1904-1906). En ella la cuestión a dirimir es si se aplica la legislación argelina a la determinación de la filiación de una menor nacida en Argelia de madre argelina o si, ya que ésta es discriminatoria respecto de los hijos naturales, deberá darse entrada a la legislación francesa, al considerar aquella contraria al Orden público francés. Entiende el Tribunal

que el la protección de la legislación francesa sólo es posible en el caso de que el menor sea francés o tenga residencia habitual en Francia por lo que en este caso se procede a la aplicación de la legislación argelina.

En lo relativo a la filiación adoptiva, antes de pasar al análisis concreto de la práctica, cabe mencionar la aportación de Poisson-Dirocourt, E., “L’ Agence française pour l’adoption” (*Recueil Dalloz*, 2006, nº 30, pp. 2044-2046), una institución que se ocupa de las adopciones internacionales y se ha puesto en marcha en mayo 2006. En el mencionado artículo se describe su competencia y sus distintas funciones.

En cuanto a la práctica debe referirse, en primer lugar, la Resolución-circular de la DGRN 15 julio 2006, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro civil español de las adopciones internacionales (*BOE*, 30 agosto). En ella se mencionan las cuestiones que la adopción internacional plantea en tres hipótesis: 1. adopción internacional realizada a través Convenio de La Haya de 1993; 2. adopción internacional realizada a través de convenio bilateral; y, 3, adopción internacional que deba ser reconocida mediante la aplicación del art. 9.5 Cc.

También cabe mencionar la Resolución de 22 mayo (*BOE*, 26 agosto) y las Resoluciones de 2 y 26 de octubre 2006 (*BOE*, 13 diciembre). Asimismo es destacable la de 23 de noviembre de 2006 sobre inscripción de la adopción de un menor (*BOE*, 28 diciembre), relativa al reconocimiento de una adopción llevada a cabo en Etiopia, entendiendo que existe una “correspondencia de efectos” y en aplicación del Art. 9.5 CC.

Por último, merece la pena destacar dos decisiones extranjeras: la de la Cour cass 1re ch. Civ, de 10 octubre 2006 ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)) y la de la Corte di cassazione, de 4 noviembre 2005 ( *Riv.dir int priv e proc.*, 2006-2, pp. 791-801). Ambas se refieren a los efectos que produce la *kafala* y entienden que en ningún caso supone la adopción del menor ya que conforme al derecho en el que se incardina esta institución, la adopción está prohibida.

En materia de alimentos destacar el “Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos”( *DOUE* núm. C 185, 8 agosto 2006).<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup>CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (JULIO-DICIEMBRE 2006) “Coordinador: Iván Heredia Cervantes\*. Colaboran en este número: M<sup>a</sup> Jesús Elvira Benayas, Rosario Espinosa Calabuig, Nerea Magallón, Beatriz Lasa, Íñigo Iruretagoiena, Andrés Rodríguez Benot, Alfonso Ybarra Bores, Mónica Vinaixa Miquel, Carlos Nieto Delgado, Sergi Prats Jané, María Álvarez Torné. [http://www.reei.org/reei%2013/CronicaDIPr\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/CronicaDIPr(reei13).pdf)

En el capítulo de filiación se analiza el principio material del favor *filiationis*, en el nuevo derecho internacional, la filiación matrimonial, la filiación extramatrimonial y los principios a favor de *favor recognitionis* y de proximidad.<sup>69</sup>

### 9.1.-LA FAMILIA MONOPARENTAL INTERNACIONAL.

La regulación de este “modelo familiar” en los casos internacionales debe ser abordada teniendo en cuenta dos grandes parámetros de regulación.

*Primero.* La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, está en vigor para España. Los criterios básicos de esta Convención sintonizan perfectamente con los previstos en los arts. 39 y 14 CE. Dos datos deben subrayarse ahora.

1º) Pese a su importancia, las normas de este Convenio no son *self-executing*. Los particulares no pueden alegarlas directamente ante los tribunales: SAP Barcelona de 17 junio 1997, Auto AP Barcelona de 11 febrero 1997. Por eso afirma la doctrina francesa que éste es un “*tratado maltratado*”, un tratado cuyas normas no se pueden alegar ante los tribunales sin previa acción del legislador interno.

2º) Sin embargo, el art. 3 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, afirma que los menores gozarán de los derechos que les reconocen “*los Tratados internacionales de los que España sea parte, especialmente, la Convención de Derechos del niño de las Naciones Unidas...*”. Ello indica que el legislador español ha hecho del Convenio de 20 noviembre 1989 una *normativa directamente alegable* ante los tribunales en las relaciones entre particulares, que son las que afectan al DIPr. En sintonía con la citada Convención, existen unos llamados “derechos irrenunciables” del niño. Todo niño goza de una serie de *derechos irrenunciables*. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 recoge, en *normas materiales*, - Derecho uniforme *stricto sensu*-, ciertos derechos del hijo menor que son aplicables en las relaciones con sus padres cualquiera que sea la Ley aplicable según el art. 9.4 Cc. Como se ha dicho antes, el art. 3 de la Ley orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor hace invocables directamente los derechos recogidos en la citada Convención. Tales derechos son de dos tipos: a) Derechos exigibles frente al Estado y autoridades públicas, que son ajenos al DIPr.; b) Derechos aplicables en las situaciones privadas internacionales, relaciones entre particulares, que sí afectan al DIPr. Entre estos derechos del hijo menor, cabe citar: a) Derecho de no discriminación por la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional,

---

<sup>69</sup> <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/824/82400522.pdf>

étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (art. 2);

b) Derecho del niño a su inmediata inscripción después de su nacimiento; derecho a un nombre, y derecho a adquirir una nacionalidad (art. 7); c) En la medida de lo posible, derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7); d) Derecho del niño a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9); e) Derecho del niño que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9); f) Derecho del niño cuyos padres residen en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (art. 10.2); g) Derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 11); h) Derecho del niño a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (arts. 13 y 14); i) Derecho del niño a la libertad de asociación y de reunión (art. 15); j) Derecho del niño a su intimidad (art. 16); k) Derecho a que la adopción se realice en interés superior del niño (art. 21); l) Derecho del niño a no ser explotado en las relaciones laborales (art. 32).

*Segundo.* En general, y dejando a salvo lo dicho en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, la *Ley nacional del hijo menor* regula los derechos de éste en sus relaciones con sus padres, según indica el art. 9.4 Cc. El anterior art. 9.4 Cc. -fruto de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974-, fijaba un punto de conexión claramente inconstitucional. Recurría, en primer término, a la “*Ley nacional del padre*”, y en defecto de éste o si sólo hubiera sido reconocida o declarada la maternidad, remitía la regulación de la filiación a la “*Ley nacional de la madre*”: RDGRN 9 enero 1930, RDGRN 13 julio 1956. La preferencia por la *Ley nacional del padre* era lógica en el contexto de un Derecho de Familia presidido por el criterio de “unidad jurídica de la familia” (*parens dat statutum*), y por el privilegio dado a la familia *legítima*, construida sobre el matrimonio católico y sobre la idea del varón como cabeza de la misma. Estas normas de DIPr. que apuntaban a la *Ley nacional del padre* eran *inconstitucionales* ya que eran discriminatorias. Por eso fueron reformadas en 1987. En otros países, fue el Tribunal Constitucional correspondiente el que declaró la inconstitucionalidad de normas similares: Sent. 10 diciembre 1987 de la *Corte Costituzionale* italiana. El actual art. 9.4 Cc., reformado en 1996, dispone que: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la*

*adoptiva y las relaciones paternofiliales, se regirán por la Ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”.*

## **9.2.- NUEVOS MODELOS DE FAMILIAS Y DERECHO INTERNACIONAL.**

Las ventajas de la solución “Ley nacional del hijo” pueden concretarse en las siguientes:

a) Se refuerza, aunque sólo *formalmente*, el *favor filii*, al centrarse en la persona del *hijo* y no en la de los padres, -como sucedía anteriormente-, la precisión de la Ley aplicable; b) Conduce a la aplicación de una *misma* Ley a la determinación y régimen de toda clase de filiación, sea o no matrimonial, lo que evita discriminaciones; c) Se otorga *estabilidad a la Ley aplicable*, puesto que las familias de emigrantes extranjeros suelen cambiar de residencia habitual con mucha frecuencia, pues acuden al país donde existe trabajo. Con la conexión “nacionalidad del hijo”, las relaciones entre padres e hijos siguen siempre sujetas a la misma Ley. Pero la solución genera igualmente, ciertos “inconvenientes”: a) El art. 9.4 Cc. acoge una solución “ciega” a resultados materiales. Se aplica la *Ley nacional del hijo*, con independencia del *contenido material* de dicha Ley. Ello incrementa la posibilidad de intervención del *orden público internacional*, -como hace la STS 22 marzo 2000-, visto que el art. 9.4 Cc. resuelve también “conflictos de civilizaciones”. El art. 9.4 Cc. es una norma de conflicto, en este sentido, rígida y antigua, mezcla de *corte savignyano* (N. BOUZA VIDAL<sup>45</sup>), -porque no se tiene en cuenta el *resultado* de la aplicación de la Ley nacional del hijo ni el contenido material de dicha Ley-, y de *corte manciniano*, -porque extiende desmesuradamente la aplicación de la Ley nacional-; b) A la hora de precisar la Ley aplicable a la “determinación” de la filiación, el art. 9.4 Cc. prescinde del “favor filii”. Acreditar la filiación es un *beneficio* para el hijo. Pero el art. 9.4 Cc. no potencia ese resultado: utiliza un *punto de conexión único*. Para favorecer la determinación de la filiación, hubiera sido necesario diseñar una norma de conflicto con puntos de conexión *jerárquicos o alternativos*, cosa que el art. 9.4 Cc. no hace. Por eso, cuando los tribunales comprueban que el resultado al que se llega con la aplicación de la Ley nacional del hijo no es satisfactorio en orden a la acreditación de la filiación, buscan *Escape Devices*, -orden público internacional, *aplicación imperativa* de la Ley española, DIPr. facultativo, etc.-, con tal de no aplicar la Ley nacional del hijo, que le perjudica: STS 22 marzo 2000, SAP Ávila 4 mayo 1995; c) El punto de conexión único “nacionalidad del hijo” es inadecuado para fijar la Ley aplicable a la determinación y efectos de la filiación. Se trata de una solución anticuada. La nacionalidad es un punto de conexión heredado de la Estatutaria medieval y potenciado, por razones históricas muy concretas, por P.S. MANCINI ya en el siglo XIX. Para reforzar la Soberanía del Estado sobre sus nacionales, éstos están sujetos a las Leyes de su país en las cuestiones de estado civil y capacidad. Esta construcción, -de nuevo aflora el “vértigo de la Ley



nacional”-, hoy día no se sostiene. La Ley nacional no es, necesariamente, la Ley del *país más vinculado* al supuesto ni la Ley *más conveniente* para el hijo: puede ser que el caso se halle conectado más estrechamente con otro país -país de residencia habitual del hijo, país donde se desarrolla la vida familiar, etc.-. La Ley nacional, pues, bien puede ser una Ley cuya aplicación al caso no puedan prever, razonablemente, los particulares implicados. El art. 9.4 Cc. regula tanto la “determinación de la filiación” (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, N. BOUZA VIDAL, L.F. CARRILLO Pozo y RDGRN 3 noviembre 1989, RDGRN 17 septiembre 1990, RDGRN 17 enero 1992, RDGRN 23 enero 1992, RDGRN 17 enero 1992, RDGRN 29 abril 1992, RDGRN 5 mayo 1993, RDGRN 18 septiembre 199346), como los “efectos de la filiación”, ya se trate de filiación *natural* o filiación *adoptiva*. En concreto, regulará: el carácter de la filiación, las relaciones paterno-filiales y la patria potestad, y el derecho de los hijos a relacionarse con sus padres. En cuanto el agudo problema de la Ley aplicable a la *guarda y custodia del menor y derecho de visita*, hay que afirmar que el establecimiento del derecho de custodia y del derecho de visita son *medidas de protección del menor*. Se rigen, pues, por el Convenio de 5 octubre 1961, que conduce, en general, a la Ley de la *residencia habitual del hijo menor*. En algunos casos, si el hijo español tuviera su residencia en país distinto a España, podría entenderse que, en interés del menor, procede aplicar el art. 4 del Convenio y consiguientemente, la Ley nacional del menor. La “Ley nacional del hijo” (art. 9.4 Cc.) no regula otros aspectos que derivan de la filiación, y en concreto, no rige: a) La nacionalidad del hijo; b) La Ley aplicable a los alimentos derivados de la filiación; c) La Ley aplicable al nombre y apellidos del hijo; d) La Ley aplicable a las medidas de protección del hijo menor o incapaz; e) La Ley aplicable a los derechos sucesorios del hijo.<sup>70</sup>

### 9.3.-FILIACIÓN Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

-La reciente ley da el favor filii en derecho civil argentino. Equipara los efectos de la filiación matrimonio, extramatrimonial y adoptiva. Pero conserva las calificaciones de filiación tradicionales. El código civil no contiene normas de DIPr. sobre filiación. **Art.240.-** La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

---

<sup>70</sup> **NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XXI.** JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales21/javier-carrascosa.pdf>

Para las calificaciones cabe recurrir por analogía a las normas de tratados derecho civil sobre filiación el de 1940 reitera 1889. la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio quedan regidas según los tratados por la ley aplicable a la celebración del matrimonio. Habrá que determinar el derecho aplicable a la validez del matrimonio 1º. Hay que elegir el derecho mas favorable a la filiación. Las cuestiones sobre legitimación de filiación que no solo dependan de la validez del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo., si en ese momento no hubo domicilio efectivo, se aplicara derecho del ultimo domicilio conyugal o del cónyuge que favorezca la filiación.

Los derecho y obligaciones a la filiación ilegítima se rigen por el derecho del E en el que se harán efectivos (tratados Montevideo). Puede ser la conexión el domicilio o residencia habitual del hijo o de uno de los progenitores. También el lugar de reconocimiento voluntario o el lugar proceso de reconocimiento, que coincidirá con el domicilio del padre demandado. Rigen alternativamente ese derecho, se aplicara el más favorable al reconocimiento del hijo.

El derecho aplicable a la adopción conferida en el extranjero resulta del domicilio del adoptado. en nuestro país la acción debe ser interpuesta ante el juez del domicilio del adoptante. Es una norma de competencia territorial interna. Empero la jurisdicción del domicilio del adoptante en el exterior debe ser admitida también concurrentemente siempre que la adopción se ajuste al derecho del domicilio del adoptado. El juez art. puede tener en cuenta las normas de conflicto del país en que el adoptado se domicilio .. el art. 32 somete la adopción conferida en el exterior al derecho del domicilio del adopción pero en jurisdicción Argentina el domicilio del adoptante o el lugar de otorgamiento de la guarda son decisivos para habilitar la jurisdicción para el derecho aplicable argentino y en cambio, el domicilio del adoptado sea decisivo para regir la adopción otorgada en el extranjero<sup>71</sup>

-La nueva regulación del derecho internacional privado en **Australia**, **Italia**, **Yemen** y **Venezuela**. En materia de Filiación: El establecimiento de la filiación es regulado solamente por la ley italiana y por la venezolana (Artículo 24. “El establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el Derecho del domicilio del hijo”). En ambos casos el establecimiento de la filiación, está sometido al derecho personal del hijo determinado en forma autónoma: por la nacionalidad del hijo según la primera de estas leyes; y por el domicilio del hijo según la segunda. En este

---

<sup>71</sup> <http://www.monografias.com/trabajos3/dip/dip.shtml?relacionados>

último caso también se someten a ese mismo derecho las demás relaciones entre padres e hijos, supuesto al cual no se refiere la Ley italiana.<sup>72</sup>

- En el Perú, LA LEY N° 28457.- Como ya lo hemos señalado, parte de la problemática de nuestro país son los niños sin padre legal, y el tema se torna complicado cuando el padre del menor es extranjero, o es nacional domiciliado en el extranjero. Al respecto, considero que cuando se presenta el elemento extranjero en un caso de filiación extramatrimonial y la madre del menor conjuntamente con su hijo se encuentran en el Perú, los jueces competentes para conocer el caso, van a ser los jueces peruanos, y con relación a la norma de conflicto, se aplica lo señalado en el artículo 2084° del Código Civil, en relación a la ley aplicable considero que debe ser la Ley N° 28457.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> <http://www.zur2.com/fcjp/114/fabiola.htm>

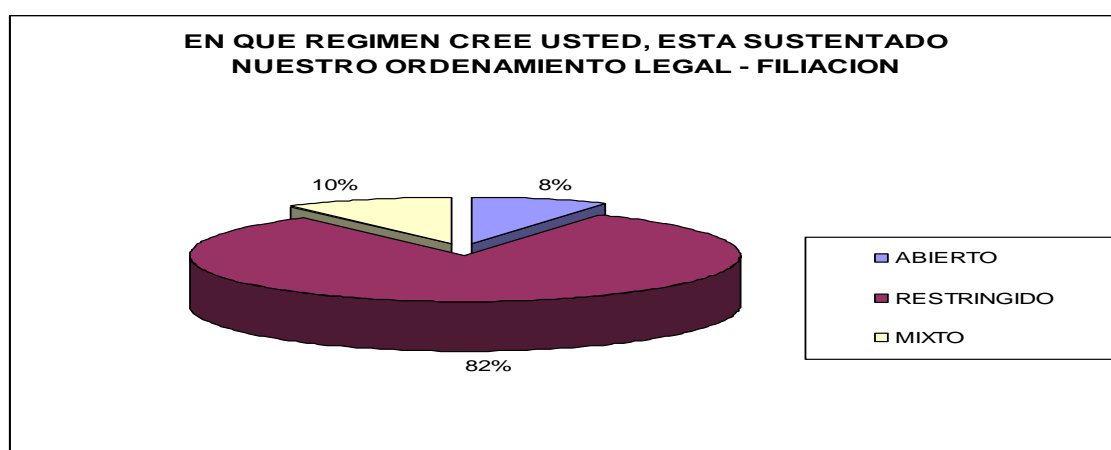
<sup>73</sup> <http://miguelalegreabogado.blogspot.com/2008/09/filiacin-extramatrimonialen-el-derecho.html>

## CAPITULO X

### 10.1.- RESULTADOS DE LA ENCUESTAS REALIZADAS:

La encuesta estuvo dirigida a cincuenta personas que incluyen administradores de justicia y público en general de la provincia de Chiclayo, a fin de obtener la información sobre la problemática y vacíos de la normatividad vigente respecto a la filiación en el código civil, habiendo obtenido como resultados;

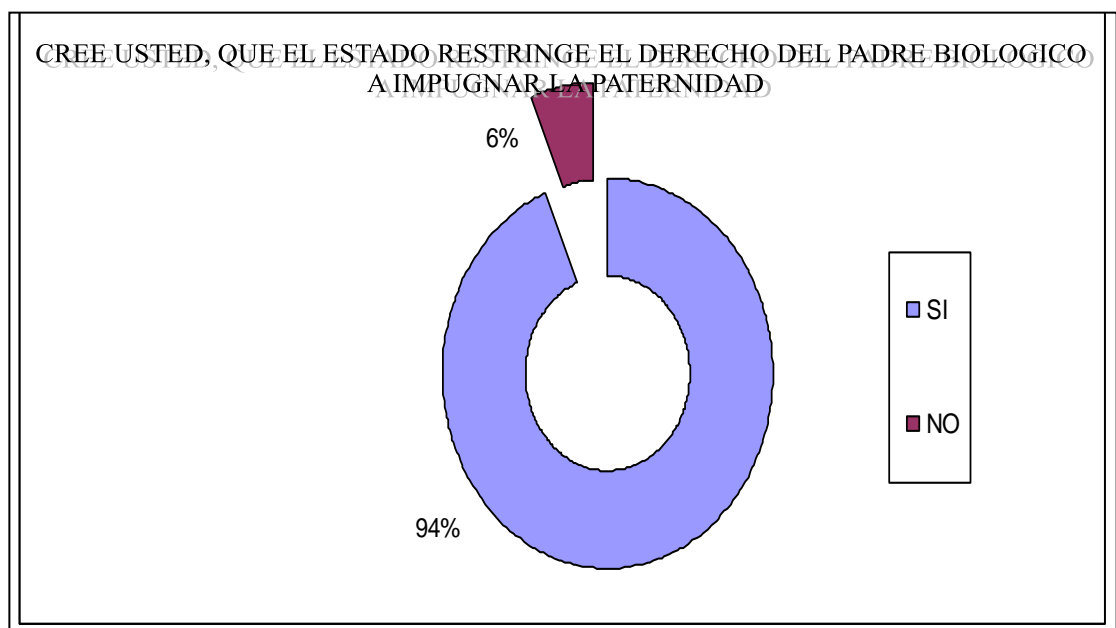
- ❖ ¿En qué régimen, cree usted está sustentado nuestro ordenamiento legal en el ámbito de filiación?



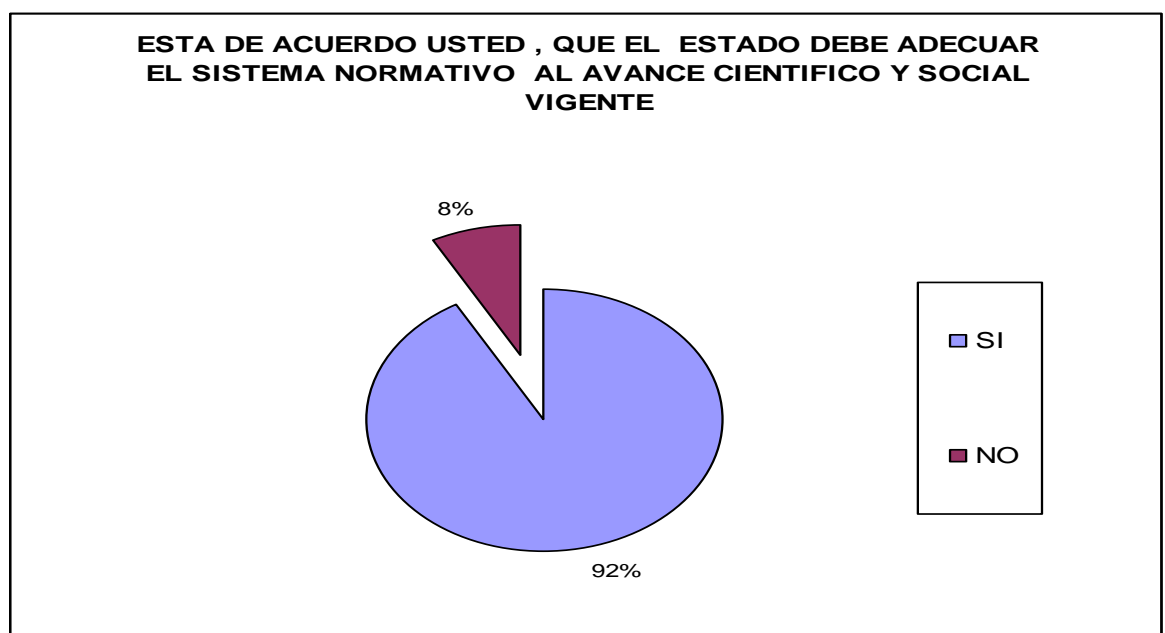
- ❖ Considera usted, que todo niño tiene derecho a conocer su verdadera identidad biológica.



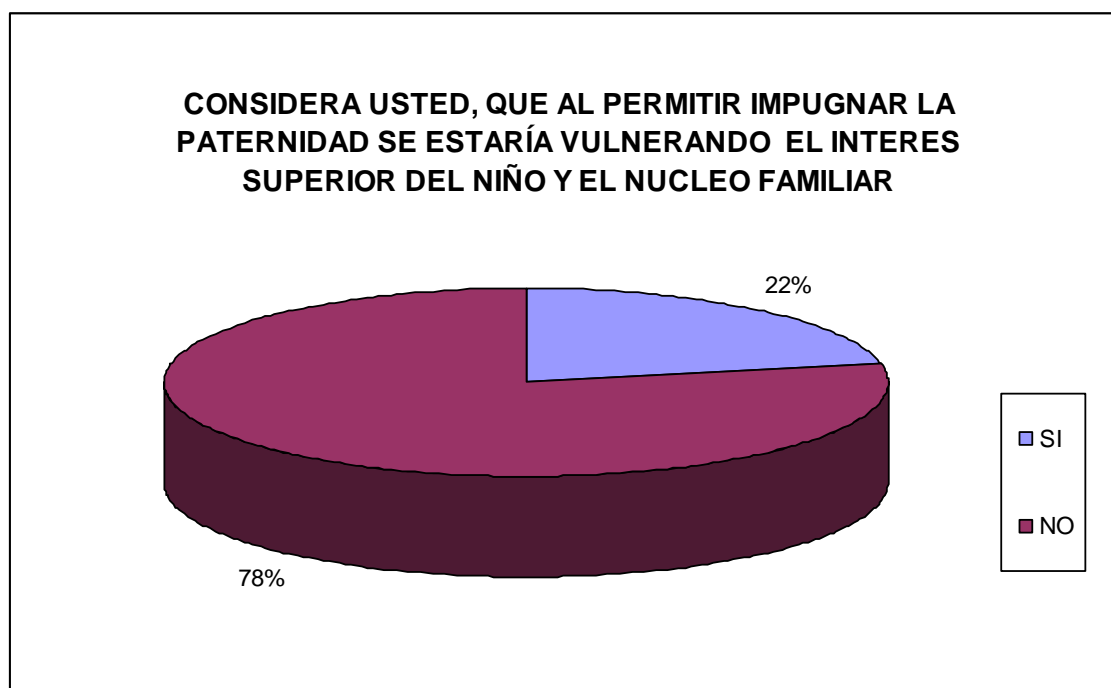
❖ Cree usted, que el Estado restringe el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad.



❖ Esta de acuerdo usted, a que el Estado debe adecuar el sistema normativo al avance científico y social vigente.



- ❖ **Considera que al permitir impugnar la paternidad al padre biológico se estaría vulnerando el interés superior del niño y el núcleo familiar.**



## **10.2.-ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS;**

Los resultados demuestran que es necesario reestructurar el régimen de filiación a uno abierto, a fin de no limitar el derecho que tiene el menor a conocer su verdadera identidad biológica, siendo necesario volver a efectuar un reexamen de la normatividad vigente y permitir la inclusión del avance tecnológico como el examen de ADN, que nos proporcionarán respuestas acertadas a los vacíos existentes y dudas de los involucrados en los proceso de filiación.

## **CONCLUSIONES**

- En la investigación de la filiación están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen, en definitiva. Y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su solo interés personal, otras veces en aras de proteger su "paz familiar".
- Para resolver el conflicto de derechos en materia de filiación, el criterio de la ponderación de bienes destaca la protección que demanda el ejercicio a conocer el origen biológico, lo que permite resolver la eventual colisión entre los derechos fundamentales comprendidos. En ese sentido, se postula su preferencia por la finalidad protectora. La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del niño a conocer a sus padres, destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica.
- El expreso reconocimiento de este derecho determina que se esté frente a un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia.
- Frente al derecho del niño a conocer a sus padres, ejercitado en un proceso, es falaz acudir al argumento de la intimidad personal: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad –ni el padre, ni la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo –ni durante su gestación, ni después de nacido.
- Debe ceder cualquier disposición legal que, sustentándose en la intimidad personal del presunto progenitor, restrinja o imposibilite el ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres. Siendo así y considerando la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, la aplicación del control difuso determina el reconocimiento a una tutela jurisdiccional efectiva en tales casos.
- Sin bien toda persona tiene derecho a indagar su filiación, a conocerla, a emplazarla, a recibir para ello tutela jurisdiccional efectiva; el ejercicio de ese derecho debe realizarse dentro un marco de razonabilidad a fin de no violentar los derechos fundamentales del presunto progenitor.

- La actual regulación no es compatible con la Constitución puesto que desconoce principios y derechos constitucionales. De un lado, el derecho a la verdadera filiación y otro lado, la violación del principio de igualdad, puesto que establece privilegios a favor del padre legal con respecto al padre biológico, ya que para poder admitir la demanda de declaración de paternidad es necesario que exista una declaración expresa de impugnación o negación de la paternidad, sin considerar la verdad Biológica. No siendo compatible con el orden de valores instaurado por la Constitución Política del Perú, puesto que éste reposa en la igualdad en dignidad y derechos.
- El principio de unidad de las filiaciones, que propugna la no discriminación de los hijos por su origen, no se puede alcanzar si subsisten las normas jurídicas que instituyen que solo el marido de la madre puede invocar el desplazamiento de la paternidad matrimonial.
- El Derecho no puede crear y mantener un vínculo de paternidad sustentado sólo en la existencia de la relación matrimonial, menos hacer prevalecer ésta filiación si al hijo le corresponde una filiación extramatrimonial; y si bien el interés de la comunidad y del Estado es proteger a la familia esto no puede prevalecer sobre el derecho de la persona a conocer la verdad de su origen biológico.

## **RECOMENDACIONES:**

El juez ejerciendo el control difuso de la constitucionalidad debe preferir el derecho del niño a conocer sus padres con el propósito de iniciar la investigación de la filiación y dejar de aplicar las normas que se oponen a tal finalidad, considerando la jerarquía constitucional de la convención sobre los derechos del niño.

Lo dispuesto en el presente Art.402 de la ley 28457 “no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”.

**Propuestas de modificación** tomando como base el principio de paternidad biológica, se considera necesario reestructurar todo el régimen de la sociedad paterno-filial (filiación matrimonial y extramatrimonial) sustentándolo en un régimen de determinación abierto, en el que prime la verdad exacta y real (la genética), dejando de lado el régimen cerrado



sustentado en supuestos irreales o falsos (las presunciones) en los que prima la voluntad del padre y no la sangre, como por naturaleza debe ser.

#### FUNDAMENTO:

- Sin duda se subsana la deficiente y anacrónica redacción de la Ley 28457 vigente, La propuesta se orienta dentro de la sistemática de la investigación de paternidad irrestricta o régimen abierto, el que toma como base fundamental el vínculo biológico o de sangre en una relación paterno-filial, dejando de lado el vínculo social que ha creado tantos problemas y ha limitado el accionar.

- En la investigación sobre la filiación siempre van a existir intereses contrapuesto, es la ley de lucha de contrarios, la antinomia, la misma dialéctica, pero por encima de ello está el interés superior de toda persona, su derecho universal a su propia identidad, de conocer quien es su progenitor, incluso sobre el supuesto derecho a la intimidad del reclamado, y que en la doctrina constitucional se halla enmarcado para dilucidar y prevalecer el Principio de Razonabilidad, el cual permite la prevalencia de un bien jurídico sobre otro, es allí donde se presenta el límite de un derecho constitucional frente a otro.

- Debe dejarse sin efecto la prohibición de investigar la paternidad derogando el acapice.· Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad., esta norma es un rezago del sistema prohibitivo de investigación de la paternidad.: 1) por vida desarreglada de la madre, y 2) relaciones sexuales con otra persona

Los dos primeros casos son discriminatorios al referirse a los hijos adulterinos o mánceres entre los que, de acuerdo a los principios constitucionales, internacionales y legales, no pueden existir ya diferencias entre los hijos. La investigación de su filiación deberá realizarse de manera común.

La investigación de la filiación no puede ser limitada y se realiza de manera común en beneficio de cualquier sujeto.

Soy de la idea directa que el régimen de filiación debe ser adecuado a la realidad biológica, tomando en cuenta la realidad social.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS

- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Gaceta Jurídica, 1999
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “DERECHO FAMILIAR PERUANO”. TOMO II. “SOCIEDAD PATERNO – FILIAL. AMPARO FAMILIAR DEL INCAPAZ” Librería Studium Ediciones. Lima. 1991.
- BASADRE GROHMANN, Jorge, “Historia del Derecho Peruano”, III Edición, Editorial San Marcos- 1937.
- BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERA PONS, Jorge. “Manual de derecho de familia”, Ediciones Jurídicas, Copyright- 2008.
- HINOSTROZA MINGUES, Alberto. Derecho De Familia, 2da Edición 1997.
- RAMOS BOHORQUEZ Miguel, Manual De Derecho De Familia, 1º Edición 2002.
- REYES RIOS Nelson: “La Acción De Estado De Filiación Paterna Extramatrimonial En El Código Civil De Venezuela En El Código Civil Peruano”. En: Libro Homenaje A Rómulo Lanatta Guilhem. Ede Ve. Cultural Cuzco S.A. Lima, 1986.
- PERALTA ANDÍA, Javier. Derecho De Familia. Lima. Idemsa, 2002
- PLACIDO V., Alex F. Filiaciones incompatibles. En, Suplemento "Derecho y Economía" del Diario Oficial "El Peruano". Edición del 29 de Marzo de 1994
- PLACIDO V. Alex F. Manual De Derecho De Familia 2da Edición –GACETA JURIDICA S.A. Octubre 2000.
- QUISPE SALSAVILCA, David Percy, Brevarios de Derecho Civil – El Nuevo Régimen Familiar Peruano, Editorial Cuzco S.A.C., 2002.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “FILIACIÓN, DERECHO Y GENÉTICA. APROXIMACIONES A LA TEORÍA DE LA FILIACIÓN BIOLÓGICA”. Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima. 1999.
- VASQUEZ RIOS, Alberto. “*Derecho de las Personas*”. SEGUNDA EDICIÓN, Editorial San Marcos. Lima. 2005.
- Vid. GUZMAN ZAPATER. El derecho a la investigación de la paternidad. Madrid, Editorial Civitas S.A., 1996.

#### SEPARATAS Y REVISTAS

- Revista, “Actualidad Jurídica”, Primera Edición, Tomo 169 , Copyright- Gaceta Jurídica Diciembre 2007.
- Revista, “Actualidad Jurídica”, Primera Edición, Tomo 134, Copyright- Gaceta Jurídica Enero 2005.
- PEREZ LUÑO. La interpretación de la Constitución. En, Revista de las Cortes Generales. 1984.
- Revista “Diálogo con la Jurisprudencia” Año 11. Numero82. Primera Edición. Editorial El Buho E.I.R.L..Julio2005.
- Revista. Actualidad Jurídica. Primera Edición. Tomo 134.editorial .El Buho.- Enero 2005.
- Dictamen N° 594-92-MP-FN-FSC de fecha 3 de Setiembre de 1992, que sustentó la Ejecutoria Suprema del 9 de Febrero de 1993. En, CD Explorador Jurisprudencial 2001. Lima, Gaceta Jurídica.
- En, Diálogo con la Jurisprudencia. Año 8. Número 40. Enero 2002. Lima, Gaceta Jurídica.
- Diálogo con la Jurisprudencia. Año 8. Número 49, Setiembre de 2002. Gaceta Jurídica, Lima.
- DUTTO, Ricardo: “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en: *Revista derecho procesal 2002 – 2: Derecho procesal de familia II*, Santa Fe, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2002.
- Cfr. GARCIA CANTERO, Gabriel: “¿Qué familia para el silo XXI” en: *Revista de derecho de familia*, No. 9: Derecho de familia, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004.
- Decreto Supremo 015-98-PCM, publicado el 25/04/1998
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Compendio de Resoluciones Defensoriales*, Tomo II, Lima, 2000-2004.
- *La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos*, Lima, Defensoría del Pueblo, Serie Informes Defensoriales, Informe No.74, setiembre de 2003

#### PAGINAS DE INTERNET

- ALEXF.PLACIDOV..[WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti\\_famil\\_filiac.ppt-similares](http://WWW.amag.edu.pe/web/htm/programa.../consti_famil_filiac.ppt-similares)- 02-08-2010

- [www.INDRETCOM](http://www.INDRETCOM) ,Revista para el Análisis del Derecho, Autonomía Privada e Intervención Pública en las acciones de Filiación . La Reforma del BGB , Albert Lamarca Y Marques , 07-2008
- DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira: “O direito de ser filho e a Constituição de 1988”, en: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.
- CHINCHILLA MONGE, Cristian: “Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable”, en: <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 1/4/2005
- [www.INDRETCOM](http://www.INDRETCOM) ,Revista para el Análisis del Derecho, Autonomía Privada e Intervención Pública en las acciones de Filiación . La Reforma del BGB , Albert Lamarca Y Marques , JULIO 2008
- CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (JULIO-DICIEMBRE 2006) “Coordinador: Iván Heredia Cervantes\*. Colaboran en este número: Mª Jesús Elvira Benayas, Rosario Espinosa Calabuig, Nerea Magallón, Beatriz Lasa, Íñigo Iruretagoiena, Andrés Rodríguez Benot, Alfonso Ybarra Boreas, Mónica Vinaixa Miquel, Carlos Nieto Delgado, Sergi Prats Jané, María Álvarez Torné. [http://www.reei.org/reei%2013/CronicaDIPr\(reei13\).pdf](http://www.reei.org/reei%2013/CronicaDIPr(reei13).pdf)
- <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/824/82400522.pdf>
- **NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SIGLO XXI.** JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia<http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales21/javier-carrascosa.pdf>
- <http://www.zur2.com/fcjp/114/fabiola.htm>
- <http://miguelalegreabogado.blogspot.com/2008/09/filiacin-extramatrimonial-en-el-derecho.html>

## **ANEXO**

### **ENCUESTA**

**\*NOMBRE:.....**

❖ **En que régimen, cree usted esta sustentado nuestro ordenamiento legal en el ámbito de filiación.**

- Abierto

- Restringido

-Mixto

❖ **Considera usted, que todo niño tiene derecho a conocer su verdadera identidad biológica.**

- Si

- No

❖ **Cree usted, que el Estado restringe el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad.**

- Si

-No

❖ **Esta de acuerdo usted, a que el Estado debe adecuar el sistema normativo al avance científico y social vigente.**

- Si

- No

❖ **Considera que al permitir impugnar la paternidad al padre biológico se estaría vulnerando el interés superior del niño y el núcleo familiar.**

- Si

- No

## **Ley N° 28457**

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL**

#### **Artículo 1°.- Demanda y Juez competente**

Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.

Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.

#### **Artículo 2°.- Oposición**

La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179° y siguientes del Código Procesal Civil.

El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad

#### **Artículo 3°.- Oposición fundada**

Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.

#### **Artículo 4°.- Oposición infundada**

Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.

#### **Artículo 5°.- Apelación**

La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.

## **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

### **PRIMERA.- Modifica el artículo 402° inciso 6) del Código Civil**

Modifícase el artículo 402° inciso 6) del Código Civil, en los términos siguientes:

#### **“Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)

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.

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

### **SEGUNDA.- Modifica los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial**

Modifícanse los artículos 53° y 57° del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del poder Judicial, en los términos siguientes:

#### **Artículo 53°.- Competencia de los Juzgados de Familia**

Los Juzgados de Familia conocen:

##### **En materia civil:**

a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil.

(...)

## **Artículo 57°.- Competencia de los Juzgados de Paz Letrados**

Los Juzgados de Paz Letrados conocen:

### **En materia civil:**

1. De las acciones derivadas de actos o contratos civiles o comerciales, inclusive las acciones interdictales, posesorias o de propiedad de bienes muebles o inmuebles, siempre que estén dentro de la cuantía señalada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
2. De las acciones de desahucio y de aviso de despedida conforme a la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
3. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria que establezca la ley, diligencias preparatorias y legalización de libros contables y otros;
4. De las acciones relativas al Derecho Alimentario, con la cuantía y los requisitos señalados por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
5. De las tercerías excluyentes de propiedad, derivadas de los procesos de su conocimiento. Si en éstas no se dispone el levantamiento del embargo, el Juez de Paz Letrado remite lo actuado al Juez Especializado que corresponda, para la continuación del trámite. En los otros casos levanta el embargo, dando por terminada la tercería;
6. De los asuntos relativos a indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito, siempre que estén dentro de la cuantía que establece el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
7. De los procesos ejecutivos hasta la cuantía que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial;
8. De las acciones de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° inciso 6) del Código Civil;
9. De los demás que se señala la ley.

### **TERCERA.- Disposición modificatoria y derogatoria**

Modifícase o derógase toda disposición que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

### **CUARTA.- Proceso en trámite**

Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley.



Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cuatro días del mes de diciembre de dos mil cuatro.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

No habiendo sido promulgada dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, en cumplimiento de los artículos 108° de la Constitución Política y 80° del Reglamento del Congreso, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los siete días del mes de enero de dos mil cinco.

ÁNTERO FLORES-ARAOZ E.

Presidente del Congreso de la República

NATALE AMPRIMO PLÁ

Primer Vicepresidente del Congreso de la República