



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**LA LEGITIMIDAD DEL PADRE BIOLÓGICO RESPECTO A
LA FILIACIÓN DEL HIJO DE MUJER CASADA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Derecho Procesal y Administración de Justicia**

ADA BITHA ESPINOZA CASTILLO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2018

Nº. Registro: T0596

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Becerra Ruiz José Antonio

Presidente

Magister Sánchez Espinoza Ricardo Robinson

Secretario

Doctor Robles Trejo Luis Wilfredo

Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

- A la fuerza creadora del universo por su guía y bendiciones.
- A la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”.
- A mi asesor de tesis y a todos los docentes de la Escuela de Postgrado que compartieron sus conocimientos contribuyendo en mi formación profesional.

A mi madre y a mi familia por el apoyo y comprensión en esta ardua tarea de superación.

ÍNDICE

Página

Resumen.....	ix
Abstract	xi
I. INTRODUCCIÓN	1-06
1.1. Objetivos	4
1.2. Hipótesis.....	5
1.3. Variables.....	5
II. MARCO TEÓRICO	7-49
2.1. Antecedentes	7
2.2. Bases teóricas	11
2.2.1. El Matrimonio	11
2.2.2. Hijos extramatrimoniales	15
2.2.3. Filiación.....	16
2.2.4. Derecho a la identidad	19
2.2.5. Filiación como derecho a la identidad.....	21
2.2.6. Presunción de filiación matrimonial.....	23
2.2.7. Interés superior del niño y del adolescente	25

2.2.8. La prueba del ADN	26
2.2.9. El derecho a la verdad biológica	27
2.2.10. Capacidad para ser parte del proceso	28
2.2.11. La legitimidad para obrar	31
2.2.12. Filiación Matrimonial.....	34
2.2.13. Deber de fidelidad y asistencia.....	44
2.3. Definición de términos	47
III. METODOLOGIA	50-56
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	50
3.2. Plan de recolección de la información de la investigación	51
3.3. Instrumento (s) de recolección de datos	54
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	54
IV. RESULTADOS	57-116
4.1. Justificación de los datos empíricos en la investigación dogmática	57
4.2. Descripción de la unidad de análisis	57
4.3. Resultados de la encuesta	57
4.4. La legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada en el derecho comparado	68

4.5. Jurisprudencia en el derecho internacional	76
V. DISCUSIÓN.....	117-138
5.1. Discusión doctrinaria.....	117
5.2. Discusión normativa.....	125
5.3. Discusión jurisprudencial	128
5.4. Validación de la hipótesis.....	134
VI. CONCLUSIONES	139-140
VII. RECOMENDACIONES.....	141-142
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143-147

RESUMEN

El propósito fundamental de la investigación fue analizar y justificar los fundamentos jurídicos que respaldan la legitimidad para obrar del padre biológico del hijo de mujer casada y de esa forma cuestionar la presunción de paternidad del artículo 362° del Código Civil peruano y reconocer a su hijo; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y en la discusión la teoría de triangulación de teorías y la argumentación jurídica. Se concluyó que la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano, presenta inconsistencias normativas, evidenciándose que en nuestro Ordenamiento Jurídico no está previsto el reconocimiento del hijo matrimonial por el verdadero padre biológico; pues conforme se tiene del artículo 362° del Código Civil, se presume que el hijo dentro del matrimonio tiene por padre al esposo, y la filiación sólo puede ser cuestionada por el esposo conforme se tiene de lo dispuesto por el artículo 367° del Código Civil, debido a que en nuestra legislación prevalece la moralidad; por ello, la forma como regula actualmente nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la legislación civil la presunción de paternidad genera problemas de carácter normativo que vulneran a su vez derechos constitucionalmente protegidos.

Palabras claves: Filiación, ADN, Matrimonio, Filiación extramatrimonial y paternidad.

ABSTRACT

The main purpose of the investigation was to analyze or justify the legal foundations that support the legitimacy to act of the biological father of the son of a married woman and thus to question the presumption of paternity of article 362 of the Peruvian Civil Code and to recognize his son; For which a legal investigation of dogmatic type was carried out - normative-theoretical - and by its nature was qualitative; The documentary technique and content analysis were used for the elaboration of the theoretical framework and in the discussion the theory of triangulation of theories and the legal argumentation. The investigation concluded that the legitimacy of the biological father regarding the filiation of the son of a married woman in the Peruvian legal system, presents normative inconsistencies, evidencing that in our Legal Order the recognition of the matrimonial son by the true biological father is not foreseen; Since according to Article 362 of the Civil Code, it is presumed that the child within the marriage has as his father the husband, and the filiation can only be questioned by the husband as is provided for by article 367 of the Civil Code , Because our legislation prevails morality; Therefore, the way in which our legal system currently regulates, specifically civil legislation, the presumption of paternity generates problems of a normative nature that in turn violate constitutionally protected rights.

Keywords: Affiliation, DNA, marriage, extramarital affiliation and paternity.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es frecuente observar innumerables casos de hijos originados en el seno de relaciones convivenciales y/o extramatrimoniales. Con la evolución del derecho, a estos hijos, se les han reconocido derechos que en décadas pasadas no gozaban, y que eran de goce y ejercicio exclusivo de los hijos nacidos bajo la figura jurídica del matrimonio. Estos derechos, han tenido en las Convenciones Internacionales y Códigos del niño y Adolescente, pilares fundamentales para su consagración y universalidad.

Nuestra Constitución consagra el derecho a la identidad (art.2 inc. 1) y la igualdad (art.2 inc. 2) para toda persona. El Código de los niños y adolescentes reafirma estos derechos en el art. 6 (derecho a la identidad) y el art. 8 (derecho a vivir en una familia). La Convención Internacional sobre los Derechos del niño y la declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño (antecedente inmediato a la Convención), recopilan entre otros, el derecho al nombre y nacionalidad (art.7), preservación de la identidad (art.8) y responsabilidad paterno y materna (art.18).

Como podemos apreciar, los mecanismos internacionales en la materia, respecto al derecho a la identidad del menor, son extensos y sustantivos. La problemática radica en la conjugación de todos los mecanismos, tanto nacionales como internacionales (adecuación de la norma a las disposiciones internacionales), a fin de lograr su verdadero objetivo, la prevalencia del derecho de protección y reconocimiento del menor, respecto a los problemas sociales, culturales y/o económicos que puedan prevalecer en su realidad.

En ese contexto, el padre biológico de un hijo que ha sido concebido de una relación extramatrimonial con una mujer casada, no tiene posibilidad de accionar la filiación del menor si el esposo no ha negado la paternidad de este y ha obtenido sentencia favorable, de no darse la negación el hijo nacido de una relación extramatrimonial que tiene como madre a una mujer casada tendrá como padre al marido, así esta señale que no es de él y aun cuando haya sido condenada como adúltera.

Esta circunstancia afecta gravemente el derecho a la verdad, así como también el derecho a la dignidad humana y la identidad que deriva de este último, puesto que tal regulación establecida en el Código Civil obstaculiza el derecho que tiene el padre biológico del hijo nacido de una relación extramatrimonial de poder tener a su hijo.

Por lo señalado, la solución para frenar esta vulneración de derechos conforme se ha manifestado anteriormente, lo constituye la modificación de los artículos 361° y 362° del Código Civil por contravenir el derecho a la verdad.

Por ello se formularon problemas, siendo el general: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la legitimidad para obrar del padre biológico del hijo de mujer casada y de esa forma cuestionar la presunción de paternidad del artículo 361° del Código Civil peruano y reconocer a su hijo?; mientras que los específicos fueron: ¿Se puede cuestionar la presunción de paternidad en la filiación matrimonial en base al derecho a la verdad?, ¿En base al derecho a la verdad el padre biológico del hijo de mujer casada puede reconocer a su hijo?,

¿Cuáles serían los fundamentos jurídicos que justifiquen la modificación de los artículos 361° y 362° del Código Civil peruano? y ¿Cuál es el tratamiento normativo sobre la legitimidad del padre biológico de cuestionar la paternidad del hijo de mujer casada en el derecho comparado?

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

La introducción que explica la importancia de la investigación y algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos.

Luego, el marco teórico, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Se han desarrollado diversos temas como la naturaleza jurídica del matrimonio, hijos extramatrimoniales, la filiación, el ADN, el derecho a la verdad, el derecho a la identidad y el derecho a la dignidad.

Asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de campo.

Seguidamente, **los resultados**, en donde a fin de conocer la opinión de los operadores jurídicos y abogados se aplicó una encuesta con la finalidad de conocer sus punto de vista respecto al problema de investigación planteado, y de esa forma determinar los problemas tanto a nivel empírico como dogmático.

Luego se procedió a **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las **conclusiones** a las que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las **recomendaciones** del caso, y las **referencias bibliográficas** citadas y consultadas en el proceso de investigación.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Analizar y justificar los fundamentos jurídicos que respaldan la legitimidad para obrar del padre biológico del hijo de mujer casada y de esa forma cuestionar la presunción de paternidad contenida en el artículo 361° del Código Civil peruano y reconocer a su hijo.

Objetivos específicos

- a) Argumentar que el cuestionamiento de la presunción de paternidad en la filiación matrimonial tiene como base al derecho a la verdad.

- b) Demostrar que en base al derecho a la verdad el padre biológico del hijo de mujer casada puede reconocer a su hijo.
- c) Establecer que fundamentos jurídicos justifican la modificación de los artículos 361° y 362° del Código Civil peruano.
- d) Evaluar el tratamiento normativo sobre la legitimidad del padre biológico de cuestionar la paternidad del hijo de mujer casada en el derecho comparado.

1.2. Formulación de hipótesis

El derecho a la verdad y el derecho a la identidad constituyen fundamentos jurídicos trascendentales que permiten justificar la legitimidad para obrar del padre biológico del hijo de mujer casada y de esa forma poder cuestionar la presunción de paternidad contenida en el artículo 361° del Código Civil peruano y reconocer a su hijo.

1.3. Variables

1.3.1. Variable independiente: Legitimidad para obrar.

- **Indicadores:** Tratamiento normativo

Deficiencias normativas

Problemas Jurídicos

Libre desenvolvimiento de la persona

Valores

1.3.2. Variable dependiente: Presunción de paternidad.

- **Indicadores:** Reconocimiento del hijo.

Filiación.

Cuestionamiento de paternidad.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

De la revisión de las páginas web de las diversas universidades y de las redes informáticas se han ubicado los siguientes trabajos relacionados al tema materia de investigación:

A. Tesis

Título: La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada.

Autor: María Gracia Puga Villanueva

Lugar: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Tesis para optar por el Título de Licenciada en Derecho, 2015.

Conclusiones: 1) El sistema filiatorio peruano debe interpretarse de acuerdo a los parámetros establecidos en un Estado Constitucional, en tanto las normas deben someterse a los principios proclamados en la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales. En tal sentido, desde la constitucionalización del derecho de familia los jueces deben aplicar las leyes atendiendo el contexto y circunstancias de los casos en cuestión y cotejando la norma a la luz de la Carta Magna. 2) Para la resolución de los casos analizados en el presente trabajo de investigación, es relevante que se analicen los problemas jurídicos que plantea la normativa desde una perspectiva de género. En virtud de ella se evidencian los valores que subyacen a la regulación sobre impugnación de

paternidad que esconden estereotipos de género; se enriquece el debate judicial, así como se reivindican los derechos de la mujer que han sido soslayados por algunas disposiciones de esta regulación a lo largo de los años. Sostenemos que si no se manifiesta dicha situación discriminatoria mediante un debate con enfoque de género se seguirá legitimando una situación de subordinación en el ámbito judicial que se refleja en la sociedad.

B. Tesis

Título: El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción paterisest. Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984

Autor: Rocío del Pilar Vargas Morales

Lugar: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial – 2011.

Conclusiones: a) Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el ordenamiento peruano son: el principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad. B) La presunción paterisest ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto. C) Los elementos esenciales del derecho a la

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

C. Artículo jurídico

Título: La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada.

Autor: Plácido, Alex

Año de publicación: 2008

Resumen: El derecho a conocer a los padres 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 científicas más avanzadas en la investigación de filiación el interés del hijo parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica; pero cuidando de que el éxito de una acción en este sentido no modifique 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.

D. Artículo jurídico

Título: La problemática del hijo adulterino

Autor: Enrique Mendoza Vásquez

Año de publicación: 2008

Resumen: El hijo adulterino es aquél que fue engendrado por hombre y mujer que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque uno de ellos o ambos estaban casados con otra persona. La infidelidad matrimonial es tan antigua como la existencia humana misma, siendo una conducta reprochable jurídica y moralmente; sin embargo, las peores consecuencias se presentan, cuando de la conducta infiel de la mujer casada nace el hijo, cuando se pretende su reconocimiento como hijo del padre biológico, lo cual sólo será posible si el cónyuge lo hubiese negado judicialmente y obtenido sentencia favorable, pues la ley establece que el hijo que nace dentro de la vigencia del matrimonio se presume del marido.

Por otro lado se tiene que se dan situaciones en las que el hijo quiere impugnar su filiación matrimonial y que se le reconozca como hijo del padre biológico; o en los que éste quiere impugnar tal filiación y reconocer a su hijo legalmente, sin embargo, se les deniega tal pretensión con el argumento de que legalmente, nadie, excepto el marido puede impugnar la filiación matrimonial.

Se trata pues, de una presunción de paternidad legal relativa, que asigna de forma absoluta tal paternidad y no puede ser modificado por acuerdo privado, pues sólo podrá ser variado mediando sentencia dictada en un proceso judicial instaurado a iniciativa del marido.

Es así, que tal hecho y las normas que la regulan sin lugar a dudas afectan derechos, impidiéndose que el hijo o quienes tuvieran legítimo interés, entre ellos, el presunto padre biológico, puedan cuestionar tal presunción.

En tal sentido teniendo en cuenta el artículo 1º, 2º inciso 1, 139º inciso 3, de la Constitución política, seguir afirmando que sólo el marido puede impugnar la presunción de paternidad matrimonial y dentro de un determinado plazo, parece a todas luces contrario a lo que la Constitución establece como principios ordenadores de la identidad y filiación de las personas, así como de defensa de su dignidad humana.

2.2.Bases teóricas

2.2.1.El Matrimonio

A decir de Varsi Rospigliosi¹, sociológicamente, el matrimonio es la institucionalización de las relaciones interpersonales de dos sujetos cuyo sustento es la unión intersexual reconocida por la ley.

Para la sexología el matrimonio es el ejercicio legítimo de los genitales, para el derecho es un acto jurídico familiar que celebran dos personas de sexos complementarios con la finalidad básica de hacer vida en común,

¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2011. Tratado de Derecho de Familia, Tomo II. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 34 - 35.

procrear y educar a sus hijos. A criterio de Gomes el criterio de casamiento está dado con referencia de elementos espirituales o morales más que una concepción jurídica.

Matrimoniarse implica compartir un destino, entregarse, amarse. Una comunidad de vida plena de existencia entre dos personas que se fijan un destino común. En conjunto, ese binomio de vida va a integrarse en compromisos que deja de lado lo personal para sumar esfuerzos y llevar a cabo actividades a fines con un mismo proyecto de vida que se encuentra consolidado por el grado más alto de efectividad. Matrimonio es aquella unión que busca atar cabos para llegar a un puerto común.

Mediante el matrimonio, los cónyuges se obligan mutuamente a alimentar y educar a sus hijos. Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar en el gobierno del hogar y de cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo; igualmente a fijar y mudar el domicilio conyugal y decidir las cuestiones referentes a la economía del mismo. Ambos representan a la sociedad (...) ²

Así también tenemos según la concepción de Yolanda Gallegos; que el matrimonio, es la base fundamental de la familia, es el centro de la misma, y las demás instituciones que integran el derecho, no son más que consecuencias o complementos de aquél. Por esta razón, el matrimonio es un instituto jurídico; pero acaso de mayor importancia que todas las demás instituciones del derecho privado. Porque forma o constituye el fundamento de la organización civil, y representa a su vez la completa comunidad de vida de un hombre y una mujer

² CHUNGA LAMONJA, Fermín y otros. 2012. Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos. Grijley E.I.R.L. Perú. Pág. 133.

reconocida, amparada y regulada por el derecho. A diferencia de otras instituciones, que se proponen la conservación y desenvolvimiento del individuo, esta se encamina a la conservación y desarrollo de la especie; en él se encuentran los elementos de toda sociedad y los particulares comprendidos en el destino humano³.

A. Naturaleza jurídica del matrimonio

Acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio existen varias teorías, siendo las más conocidas y reputadas las siguientes:

a. El matrimonio como contrato: Al respecto Albaladejo nos ilustra de este modo; (...) jurídicamente el acto creador del matrimonio es un acuerdo solemne de voluntades, las de los contrayentes, encaminadas a establecer la unión matrimonial. Por tanto, desde luego que, basándose en la voluntad de las partes, el matrimonio es un negocio jurídico. Ahora bien, muchos lo califican de contrato. Lo que solo es admisible tomando la palabra contrato en el sentido de acuerdo de voluntades o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial. De todas formas, hecha tal salvedad, no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato.

Los contrayentes, prestando su consentimiento, crean por su voluntad la unión entre ellos. Pero a eso es a lo que se reduce la autonomía de la voluntad, a casar o no. Más, por lo demás, la regulación del matrimonio la da la ley de forma imperativa; siendo así, pues, que los contrayentes, en principio, no pueden

³ GALLEGOS CANALES, Yolanda. 2008. Manual d Derecho de Familia. Jurista Editores E.I.R.L. Perú. Pág. 25.

establecer ningunas reglas que rijan su matrimonio sino que se limitan a acatar la regulación del mismo predispuesta por la ley⁴.

b. El matrimonio como institución: Ripert y Boulanger anotan que “... la crítica del concepto contractual del matrimonio llevó a los autores a un análisis que se presenta con demasiada facilidad como nuevo. El matrimonio es una institución. Los esposos deciden llevar una vida en común, constituir un hogar, crear una familia. Constituyen así una agrupación con un cierto fin, lo que constituye el carácter propio de la institución, de lo que resulta que las voluntades individuales deben ceder ante el interés general de la familia que las creó”.⁵

c. Teoría ecléctica: Conocida como mixta o social, esta teoría sostiene que el matrimonio es un acto complejo, a la vez un contrato y una institución. A nivel local tenemos el criterio de Cornejo Chávez quien se ampara en que “mientras el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución”. Se trataría de un instituto de naturaleza híbrida, contrato en su formación e institución en su contenido. En su nacimiento y conformación se encuentra la diferencia.

De acuerdo a esta teoría, el matrimonio tiene elementos que comparte con el contrato (manifestación de voluntad, efectos patrimoniales, formalidades), pero no se agota en el contenido contractual, sino que tiene un contenido fundamentalmente social que lo presenta como una institución⁶.

⁴ Ibíd. Págs. 29 - 30.

⁵ Ibíd. Pág. 32.

⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2011. Tratado de Derecho de Familia, Tomo II. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 45 - 46.

B. Deber de fidelidad y asistencia de los cónyuges

A tenor de lo dispuesto en el artículo 288° del Código Civil, los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. Zannoni afirma sobre el deber de fidelidad de los cónyuges que “...presupone (...) exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge”.

Arias pone de relieve que, “como consecuencia del carácter monogámico del matrimonio, los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad de uno autorice al otro a proceder del mismo modo. El que faltare a esta obligación puede ser demandado por el otro por acción de divorcio...⁷”

Así tenemos que; el adulterio se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objeto se encuentra constituida por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta a su consorte⁸.

El adulterio se encuentra íntimamente ligado a la historia del divorcio, y durante muchos siglos hasta recientemente ha sido la principal, y en algunos países (como en Canadá hasta 1960 y en Inglaterra hasta 1969) la única, causa de divorcio⁹.

2.2.2. Hijos Extramatrimoniales

Respecto a los hijos matrimoniales cabe precisar que; en principio, “... la filiación natural (extramatrimonial), esto es la filiación sin nexo con el matrimonio entre los progenitores, según que haya luego o no otro vínculo matrimonial de los progenitores, o de uno de ellos, con otra persona (extraña a la

⁷ GALLEGOS CANALES, Yolanda. 2008. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores E.I.R.L. Perú. Págs. 119 - 120.

⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2012. Op.cit. Pág. 48.

⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II. Rubinza - Culzone Editores. Argentina. Pág. 10.

filiación) o una relación de parentesco entre los progenitores mismos, que impida el matrimonio entre ellos, puede a su vez subdistinguirse en re cognoscible y no re cognoscible, la primera de estas, con adición de otros hechos jurídicos (reconocimiento o declaración judicial), puede venir a ser reconocida o, con relevancia equivalente, judicialmente declarada; la segunda, en cambio, aun no pudiendo ser nunca ni reconocida ni declarada (y también la primera cuando en concreto no sea ni reconocida ni declarada), puede resultar, sin embargo, con alguna relevancia¹⁰.

2.2.2.1. Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada

Si la madre estaba casada a la época de la concepción, solo puede admitirse la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable. Ello se infiere del texto del artículo 404 del Código Civil¹¹.

2.2.3. Filiación

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público¹².

El término filiación viene de filos, significando hijo, y alude a la descendencia de un sujeto; ahora bien, cuando el hijo a establecido una relación

¹⁰ GALLEGOS CANALES, Yolanda. 2008. Manual de Derecho de Familia. Jurista Editores E.I.R.L. Perú. Pág. 297.

¹¹Ibid. Pág. 304.

¹² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2006. El proceso de filiación extramatrimonial. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 21.

con su padre, se dice de la relación paterno-filial, que puede ser matrimonial, o extramatrimonial; asimismo ocurre cuando se establece la relación del hijo con su madre, entonces se ha creado la relación materno-filial, y al haberse establecido estas relaciones. El paso siguiente es la generación de los derechos que le son reconocidos por ley como el nombre, alimentos, herencia y demás¹³.

(...) La filiación estructura un estado civil porque implica la relación jurídica entre un hijo o hija, una hija y su padre o su madre, relación de ese hijo o hija con la familia de donde proviene, que va a determinar que el mismo o la misma pueda ser titular de derechos y obligaciones respecto a su padre o a su madre.

(...) La filiación proporciona una identidad a toda persona y, además, implica derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijo o hija. En nuestra legislación esta relación paterno-materno-filial, estaba sujeta a condiciones que no dependían de los hijos o hijas, sino de su nacimiento o del estado civil de los padres. Estas circunstancias han desaparecido de la mayoría de legislaciones, habida cuenta que actualmente a todos los hijos o hijas se les reconoce igualdad de derechos independientemente del origen de su filiación. En nuestra legislación a pesar de haberse igualado los derechos para toda la clase de hijos o hijas, subsisten las diferencias entre ellos de acuerdo con el nacimiento o con el estado civil de los padres, por las diferentes circunstancias que implica cada tipo de

¹³ AGUILAR LLANOS, Benjamín. 2013. Identidad, filiación y ADN desde una perspectiva constitucional. En Gaceta Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 232.

filiación. Las normas sobre filiación como todas las de carácter familiar son de orden público y por tanto no pueden ser variadas por voluntad de las partes¹⁴.

A. Filiación biológica: Dejando de lado conceptos clásicos de filiación como “(...) 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 los hijos (filiación en sentido estricto). Nosotros ahora pasamos a entender a la filiación natural (dejando de lado 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 de material genético con el que se produce la filiación¹⁵.

B. La filiación en el derecho positivo: Respecto a este punto Aguilar Llanos¹⁶ señala que; la filiación matrimonial está determinada por presunciones legales, y, una en particular conocida como presunción *pateris*, y que alude a que se considera padre al marido de la mujer casada que alumbró al hijo dentro del matrimonio; y, en cuanto a la filiación extramatrimonial no hay presunciones, sino que el estado del hijo se da a través del reconocimiento o declaración judicial de paternidad.

¹⁴ LARA BONILLA, Rodrigo. 2007. Filiación en el Derecho de Familia. Grafi-impacto Ltda. Colombia. Pág. 24.

¹⁵ RODRIGUEZ AVALOS, Yobar. Génesis legislativo de las pruebas biológicas en el Derecho Civil Peruano. Extraía el 5/III/2014 desde http://genyderecho.com/articulos/Aut_Genesis_Legislativo_de_las_Pruebas_Biologicas.pdf.

¹⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros. 2013. El Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Págs. 14 - 15.

El Código Civil desarrolla la filiación, como ya se ha manifestado, tratándose de la matrimonial sobre la base de presunciones legales, y la extramatrimonial sobre la base del reconocimiento o declaración judicial de paternidad o maternidad; sin embargo, este tratamiento va dirigido a establecer la paternidad legal antes que la biológica, lo cual ha llevado a que este tratamiento legal termine siendo restrictivo para el derecho a la filiación biológica, y esto se ve claramente en los plazos para accionar que trae el Código Civil, cuando se trata de impugnar el reconocimiento de un hijo, o negar la filiación matrimonial; entonces, sino se acciona dentro de esos plazos, según el Código Civil vigente la acción habría caducado y ya no será posible ir a la búsqueda de la verdad biológica; cierto es, que la magistratura especializada en familia, viene haciendo control difuso e inaplicando estos casos para posibilitar un verdadero y objetivo derecho a la identidad. Como es de observar se están superando las viejas y obsoletas tesis del padre legal sobre el padre biológico, para dar paso al encuentro de la identidad entre el hijo legal y el hijo biológico, aun cuando, reiteramos, este es un concepto ya trabajado; esto es, que no debemos ser absolutos en dar prioridad al hijo biológico sobre el legal, en tanto que habrán y de hecho hay, situaciones en las que es preferible quedarse con la verdad legal antes que la biológica, cuando ello resulte ser lo más conveniente a los intereses del hijo.

2.2.4. Derecho a la identidad

Aparece en la Constitución como un derecho fundamental (artículo 2, inciso 1), ahora bien, la identidad existe en función de la dignidad del ser humano, y significa el derecho de la persona al reconocimiento de parte de los demás de lo

que ella es y representa, incluyendo identidad biológica y los signos distintivos del sujeto como los de su propia personalidad; surgiendo en los demás el deber de reconocerla como tal, sin negarla ni desvirtuarla. Identidad es ser uno mismo, diferente a los demás, quienes deben respetar esa identidad¹⁷.

(...) si asumimos que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo. Así, por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna¹⁸.

(...) el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente de su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad (...) permiten la identificación de la persona y junto a la filiación integran su identidad, al individualizar a cada persona desde que nace en una fecha y lugar, recibe un nombre propio, apellidos que le vinculan a una familia (salvo el caso de desconocerle los progenitores) y adquiere una nacionalidad. El conjunto de estos datos constituye la identidad de la persona, que es en la actualidad un derecho proclamado y tutelado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁹.

¹⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros. 2013. El Derecho de familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 232

¹⁸ GIL GOMINGUEZ, Andrés. 2006. Derecho constitucional de familia, Tomo II. Ediar S.A. Argentina. Págs. 707 - 708.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo I. Rubinzal - Culzone Editores. Argentina. Págs. 169 – 170.

2.2.5. La filiación como derecho a la identidad

Según lo señalado por Aguilar Llanos²⁰; la filiación no ha sido reconocida por nuestros constituyentes como un derecho fundamental de la persona que goce de autonomía y protección del estado, sino, más bien, se reconoce que la filiación forma parte del derecho a la identidad, como, entre otros, el nombre y la nacionalidad. Sin embargo, urge reconocer a la filiación como un derecho autónomo para mayor garantía de la protección que el estado debe garantizar su pleno ejercicio, sobre cualquier otro que pretenda desconocerlo, recortarlo o restringirlo.

Sobre la filiación y su ubicación dentro del derecho a la identidad, el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como tal en la RTC Exp. N° 02432-2005-PHC/TC al señalar que “el derecho a la identidad comprende nombre, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación a que el Estado reconozca su personalidad jurídica”; luego, se ve reflejado en otros textos legales como el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 6.

El derecho a la identidad deriva de la dignidad del ser humano así podemos referirnos a la identidad personal, como el derecho a la persona al reconocimiento por parte de los demás por lo que ella es y representa incluye la identidad biológica y los signos distintivos del sujeto como el de su propia personalidad o manera de ser.

²⁰ AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros. 2013. El Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Págs. 13 – 14.

A decir de la resolución del Tribunal Constitucional Exp. 2273-2005-PHC/TC, la identidad es el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente como es y por el modo como es; ahora bien, frente al derecho a la identidad surge en los demás la obligación de no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla, pero para llevar a individualizar a una persona como tal, esta debe estar identificada y eso se logra con el nombre, que es un elemento individualizador de la persona; sin embargo, ello no es suficiente, pues esa persona para que pueda reclamar sus derechos fundamentales en el ámbito familiar, debe haber asumido su posición de hijo respecto de sus padres, y esto se llama filiación, en tanto que aquel que no ha logrado establecer su relación paterno y maternal filial, será un individuo, pero sin derechos familiares para si; y, por lo tanto, estaríamos ante una derecho a la identidad disminuido, recortado en cuanto a los derechos que ella encierra, por ello, se hace necesario que la persona haya tomado su decisión legal de hijo respecto de sus padres; así la filiación es fuente generadora de derechos y también de deberes y va diseñando el contexto familiar en el cual se desenvuelve.

La importancia del derecho de filiación como derecho autónomo ya ha sido reconocida en otras constituciones, como la venezolana, e incluso en un proyecto de reforma de la constitución peruana, se está sugiriendo que el derecho de filiación vaya como un derecho independiente al derecho a la identidad, por su importancia y trascendencia.

2.2.6. Presunción de filiación matrimonial

Los modos de establecimiento de la filiación admitidos en el Derecho, están constituidos por un conjunto de Reglas de Prueba, las cuales tienen por finalidad esencial la de dar al niño sus padres verdaderos. En suma, el sistema de pruebas en el derecho de filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial, se dirige al establecimiento de la verdad biológica²¹.

La filiación matrimonial se funda en tres pilares fundamentales: a) El vínculo de filiación materno; b) El vínculo de filiación paterno; c) El vínculo conyugal entre los padres... Respecto al primero de ellos, debe reunirse dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del niño cuya mujer ha traído al mundo²²; al segundo, debe tenerse en cuenta que ningún niño al momento de su nacimiento, es sometido a la verificación de su origen biológico. Un principio tradicional proclama que la paternidad se presume: el Matrimonio de los padres hace presumir la paternidad legítima. La particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial²³.

El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: ***Paterisestquemnuptiaedemonstrant*** (Artículo 361° del Código Civil). El criterio ordinario de la presunción es el nacimiento o la concepción durante el Matrimonio. Poco importa que el niño haya nacido durante los primeros días del

²¹MONGE TALAVERA, Luz. 2003. "Presunción de la Filiación" En: Gaceta Jurídica "Código Civil Comentado" Tomo II. Perú. Pág. 675.

²² Ibídem.

²³Idem, P. 676.

matrimonio, o durante los 300 días posteriores de su disolución. La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el período del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. En suma para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación²⁴.

En nuestro Ordenamiento Jurídico no está previsto el reconocimiento del hijo matrimonial por el verdadero padre biológico; pues conforme se tiene del artículo 362° del Código Civil, se presume de que el hijo dentro del matrimonio tiene por padre al esposo, y la filiación sólo puede ser cuestionada por el esposo conforme se tiene de lo dispuesto por el artículo 367° del Código Civil; ello se debe a que en nuestra legislación prevalece la moralidad.

El Derecho supone que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido. Estos se sustentan a su vez en los deberes personales de los cónyuges (Cohabitación y hacer vida en común); por otro lado el deber de fidelidad hace suponer que la mujer es fiel a su marido²⁵.

²⁴ *Ibídem.*

²⁵ *Ibídem.*

2.2.7. Interés superior del niño y del adolescente

Aliaga Gamarra²⁶ en su libro Criterios de determinación del interés superior del niño y del adolescente en la adopción internacional, respecto al principio tratado refiere que; a pesar de ser uno de los principios jurídicos más conocidos, usados comúnmente para validar alguna interpretación que concierna a los niños y adolescentes el interés superior del niño es más bien indeterminado.

Ante la falta de definición de este principio, la doctrina ha hecho un esfuerzo por delimitar sus alcances. Jean Zermatth, presidente del comité de los Derechos del Niño, considera que el interés superior del niño tiene dos funciones.

1. El interés superior como regla de procedimiento y que implica la consideración del interés superior del niño y adolescente en toda medida que los impacte es una de las reglas procedimentales o etapas por las que se debe pasar para asegurar que la medida a tomarse respeta el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño;

2. El interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se considere tomar una decisión que concierna a un niño a un grupo de niños, debe evaluarse el impacto de la misma en el niño y adolescente y debe otorgarse a tal impacto una consideración primordial al ponderar los diversos intereses en juego.

²⁶ ALIAGA GAMARRA, Jimena. 2013. Criterios de determinación del interés superior del niño y del adolescente en la adopción internacional. En Gaceta Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Págs. 220 - 221.

Así también tenemos que Andrés Gil Domínguez, respecto al principio tratado refiere; (...) el interés superior del niño es un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, ante lo cual muchas veces resulta arduo para el legislador y el juez decidir el alcance de dicho interés en el caso concreto; sin perjuicio de dicha vaguedad, resultará el interés superior del niño toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos fundamentales²⁷.

2.2.8. La prueba del ADN

La prueba del ADN, ingresa al Perú a través de la ley N° 27048, promulgada el 28 de diciembre de 1998, prueba basada en la ciencia médica, genética y que se aproxima en cuanto a su certeza al 99.98% cuando se afirma la paternidad y llega al 100% cuando se la descarta (...) ²⁸

Detrás de toda declaración de paternidad subyace *in vivo* el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, el cual comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (...) derecho este que encuentra concreción y operatividad judicial en la actuación de parte o de oficio de la prueba de ADN²⁹.

2.2.8.1. El ADN y el derecho a la identidad

Respecto al ADN el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

²⁷ GIL DOMINGUEZ, Andrés. 2006. Derecho constitucional de familia, Tomo I. Ediar S.A. Argentina. Págs. 566 - 567.

²⁸ AGUILAR LLANOS, Benjamín. 2013. Identidad, filiación y ADN desde una perspectiva constitucional. En Gaceta Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 232 - 233.

²⁹Ibid. P. 173.

(...) la prueba de ADN es adecuada para dilucidar asuntos de filiación, siendo facultad del juez, ordenarla de oficio si es que no ha sido invocada por las partes, todo ello dentro del marco del derecho a la identidad del menor.

El Tribunal vuelve a definir qué se entiende por identidad, señalando que el ejercicio del derecho fundamental a la identidad comprende el derecho al nombre, a conocer a los padres y a conservar sus apellidos.

Como es de conocimiento general, la Ley N° 27048 adicionó al artículo 402 del Código Civil un sexto inciso para posibilitar la investigación de la paternidad, el cual está referido a la actuación de la prueba del ADN para acreditar la filiación; ahora bien, esta prueba no puede circunscribirse a la competencia de los jueces de paz letrado, quienes son los que conocen de estos emplazamientos cuando se alega el ADN como medio para probar la filiación. Esta es una prueba que puede ser ofrecida y actuada en todo proceso en los que se discute temas de filiación, y en cuanto a la competencia del juez para ordenarla de oficio, queda claro que este está facultado para hacerlo³⁰.

2.2.9. El derecho a la verdad biológica

A decir de Placido Alex³¹, respecto a este derecho se establece que; el derecho a la verdadera filiación que se condice 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. El dato biológico –identidad estática- del individuo se integra con connotaciones adquiridas por este

³⁰Ibid. P. 19.

³¹ PLACIDO V. Alex, 2003, Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica S.A., Perú, Págs. 7, 8.

como un ser social –identidad dinámica-; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que debe preservar el derecho, en su doble espacio.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción primada autorreferente solo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en mas, 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. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño.

2.2.10. Capacidad para ser parte del proceso

La capacidad para ser parte se refiere a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso. Estamos aquí ante el correlativo de la capacidad jurídica, la cual corresponde a todo aquel a quien el ordenamiento le reconoce o le otorga personalidad jurídica, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

Podría quedar fijado el concepto de capacidad para ser parte como aquella capacidad que se le reconoce a todo el que posee capacidad jurídica o lo que es lo mismo la capacidad de goce, pudiendo ser por ello sujeto de una relación jurídica procesal y con ello titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan del proceso, correspondiéndole tal aptitud a las personas naturales y jurídicas, así como a ciertos grupos organizados y patrimonios autónomos³².

“... Capacidad para ser parte es la aptitud para ser titular de todos los derechos procesales y asumir las cargas y responsabilidades inherentes al Proceso Civil. O, con otras palabras, es la aptitud para pedir la tutela de los tribunales civiles (afirmar acciones) y resultar afectado por la decisión jurisdiccional relativa a la tutela jurídica pretendida³³”

Así también en este punto respecto a la relación procesal se tiene que esta permite comprender la continuidad del proceso, no obstante las vicisitudes y las transformaciones a las cuales el mismo puede estar sujeto en su desarrollo. La relación procesal es una relación dinámica que tiende a alcanzar una finalidad y a extinguirse en el logro de la misma; pero mientras esta finalidad, que es la providencia definitiva, no ha sido alcanzada, o mientras no se haya verificado otra causa de extinción prevista por la ley procesal, la relación procesal continua

³² RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Importancia práctica de la noción de relación procesal. Extraído el 14/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/tag/Presupuestos%20procesales>.

³³ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. 2004. Sujetos del Proceso Civil. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Pág. 226.

estando pendiente, como complejo de facultades y de cargas pre ordenadas a aquella finalidad, aunque momentáneamente toda actividad este suspendida³⁴.

a. Capacidad Procesal

Podemos iniciar este punto afirmando que si la capacidad para ser parte es el correlativo de la capacidad jurídica, la denominada capacidad procesal (o capacidad para comparecer en juicio, capacidad para obrar procesal, capacidad de actuación procesal) es el correlativo de la capacidad de ejercicio. En este orden de equivalencia –no de identidad-, esta segunda capacidad alude a la aptitud para realizar válidamente actos procesales, pues la sola capacidad para ser parte no basta para tener plena aptitud como parte en un proceso.

Como no todos los que poseen capacidad jurídica tienen también capacidad de obrar, vale decir, de ejercer sus propios derechos, así también no todos los que poseen la capacidad para ser parte tienen también la capacidad de estar en juicio, es decir de promover el proceso o de defenderse en este, de cumplir actos procesales validos³⁵.

b. Capacidad para ser parte de las personas naturales

“...Toda persona natural tiene capacidad para ser parte en el proceso desde el nacimiento hasta la muerte, y aún el que está por nacer, en cuanto concierne a

³⁴ RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Importancia práctica de la noción de relación procesal. Extraído el 14/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/tag/Presupuestos%20procesales>.

³⁵ RIOJA BERMUDEZ, Alexander. Importancia práctica de la noción de relación procesal. Extraído el 14/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/tag/Presupuestos%20procesales>.

los derechos que se le deferirán en la sucesión de otra persona, si el nacimiento constituye principio de existencia³⁶”

c. Capacidad procesal o “Legitimatío ad processum”: La capacidad procesal (o capacidad para comparecer en un proceso o capacidad de obrar procesal o “legitimatío ad processum”) es equivalente a la de obrar o de ejercicio y representa la aptitud para comparecer por si mismo (directamente) o como representante –legal o voluntario- de otro. Significa, pues. La facultad de ejercitar derechos civiles (y, por ende, procesales) ante el poder judicial³⁷.

2.2.11. La legitimidad para obrar

Según Fausto Viale³⁸, Nuestro Código Procesal Civil no define la legitimidad para obrar, pero continuamente hace referencia a ella. La legitimidad para obrar está referida a los sujetos que, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en su resultado.

La legitimidad para obrar tiene dos aspectos: la legitimidad activa y la legitimidad pasiva, que corresponde, la una, a la parte que sostiene la pretensión y, la otra, a la parte contradictoria. Mención especial merece la legitimidad para la

³⁶ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. 2004. Sujetos del Proceso Civil. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Pág. 227.

³⁷ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. 2004. Sujetos del Proceso Civil. Gaceta Jurídica S.A. Perú. Pág. 229.

³⁸ VIALE SALAZAR, Fausto. Legitimidad para obrar. Extraída el 06/III/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>.

intervención de terceros por sus particulares características, aunque en la mayoría de los casos terceros terminen integrándose en la legitimidad activa o pasiva.

La legitimidad para obrar tiene una definitiva vinculación con la relación jurídica de derecho material o estado jurídico cuya declaración de certeza, ejecución, u otro tipo de providencia judicial se pretende. Como lo anota Vescovi, la legitimidad para obrar se refiere a la posición de un sujeto respecto al objeto litigioso que le permite obtener una providencia eficaz. Aunque es un concepto procesal, la legitimidad está referida a la pretensión objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado.

A. La legitimidad para obrar no debe de ser confundida con el derecho material:

Consecuentemente con la posición que se adopte frente al concepto de acción, tendremos la legitimidad para obrar. Encontramos así dos posiciones muy marcadas en la doctrina conforme a lo señalado por Fausto Viale³⁹:

a. Para una corriente, la legitimidad para obrar consiste en una condición de la sentencia favorable y con ella se expresa que los derechos subjetivos privados sólo pueden hacerse valer por los titulares de la relación jurídica material contra quienes son parte de ella.

Por ejemplo, en una pretensión de reivindicación de propiedad sólo el propietario estará legitimado para plantear la pretensión, (parte activa) y el poseedor no propietario del bien, para contradecir (parte pasiva).

³⁹ VIALE SALAZAR, Fausto. Legitimidad para obrar. Extraída el 06/III/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>.

Chiovenda, dentro de esta posición, considera que “para que el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que considere que este corresponda, precisamente a aquel que lo hace valer, y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva).

b. Para otra corriente para que exista legitimidad para obrar activa o pasiva, no se requiere que las partes procesales sean titulares de la relación jurídica material; es decir, que en una pretensión relativa a una relación obligacional, las partes procesales deban ser realmente el acreedor y el deudor, sino que afirmen serlo, porque de otra manera significaría volver a las teorías concretas.

Explica Allorio, que “... para resolver afirmativamente el problema procesal referente a la legitimación para accionar, basta (según regla) constatar que el actor ha deducido en juicio una relación jurídica, afirmando que él y el demandado son sujetos de ella.

Pero, para que evidentemente la demanda judicial sea reconocida en el mérito, es necesario, entre otras cosas, que, de acuerdo a los resultados del proceso la afirmación del actor acerca de la subjetividad activa y pasiva de la relación controvertida, se manifieste favorablemente (...), la mayor parte de la doctrina, entre ellos Rocco, Devis Echandía, Montero Aroca, Redenti, Carnelutti y otros, mantienen esta posición.

En resumen, para encontrarse una persona legitimada para actuar en el proceso, sólo requerirá afirmar ser el sujeto autorizado por la ley para pretender la tutela judicial de un determinado derecho material así como la afirmación de que la persona a quien se está demandando es aquel que de acuerdo a la ley deban recaer los efectos de la cosa juzgada.

B. Legitimidad ordinaria y extraordinaria:

Suele distinguirse entre la legitimidad para obrar ordinaria y extraordinaria. La legitimidad ordinaria es la más común. Se presenta cuando el demandante afirma ser titular del derecho subjetivo cuya tutela pretende (legitimidad activa) y dirige la pretensión contra quien el propio demandante afirma ser la parte pasiva de la relación jurídica de derecho material (legitimidad pasiva).

La legitimidad para obrar extraordinaria, no está ya referida al ejercicio de los derechos materiales por quien afirma ser su titular, sino por quien la ley autoriza a ejercitarlos a pesar de tratarse de derechos ajenos⁴⁰.

2.2.12. Filiación Matrimonial

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,

⁴⁰ VIALE SALAZAR, Fausto. Legitimidad para obrar. Extraída el 06/III/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>.

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 se localiza en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar con profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (derecho a los apellidos, derecho a alimentos y derechos sucesorios)⁴¹.

En general, en la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, 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 sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su "paz familiar"⁴².

Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. "La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué

⁴¹ PLACIDO, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada Extraído el 07/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/32101/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-1>

⁴² Ibídem

medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”⁴³.

2.2.12.1. Presunción de paternidad

El artículo 361° del Código Civil trata acerca de la presunción de paternidad y establece claramente que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes tiene por padre al marido⁴⁴.

Sin embargo, hoy es razonable considerar que, respecto del derecho del niño a conocer a sus padres, la definición de "padres" incluye a los padres genéticos (lo cual es importante para el niño, aunque sólo sea por razones médicas) y a los padres de nacimiento, es decir la madre que da a luz y el padre que reclama la paternidad por la relación que tiene con la madre en el momento del nacimiento (o cualquiera que sea la definición social de padre en la cultura de la que se trate, ya que estas definiciones sociales son importantes para la identidad del niño). Asimismo, lógicamente, debe incluirse una tercera categoría, la de los padres psicológicos del niño, los que han cuidado de él durante períodos significativos de su infancia y su niñez, y que de igual forma están íntimamente ligados a la identidad del niño⁴⁵.

(...) La presunción (...) se funda sobre dos presunciones de hecho: la presunción de que en la época de la concepción, existían relaciones sexuales entre los esposos que estaban ligados entre si por la obligación legal de la cohabitación;

⁴³ Ibídem.

⁴⁴ GALLEGOS CANALES, Yolanda. 2008. Manual d Derecho de Familia. Jurista Editores E.I.R.L. Perú. Pág. 257.

⁴⁵ PLACIDO, Alex. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. Extraído el 07/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/32101/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-1>

y la presunción de que la mujer respetó la obligación legal de fidelidad. Se vincula de esta manera, a los efectos del matrimonio. Procede de la idea según la cual el matrimonio normalmente trae aparejada la ejecución de las obligaciones que engendra. Dejando de ser una simple regla de prueba, forma parte integrante de la organización jurídica del matrimonio (...) ⁴⁶

2.2.12.2. Presunción de filiación matrimonial

Según el artículo 362° del Código Civil, que versa sobre la presunción de filiación matrimonial, el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera ⁴⁷.

Los modos de establecimiento de la filiación admitidos por el derecho, están constituidos por un conjunto de reglas de prueba las cuales tienen por finalidad esencial la de dar al niño sus padres verdaderos. Es decir aquellos que le han dado la vida, que lo han engendrado, que lo han procreado. En suma, el sistema de pruebas en el derecho de la filiación, tanto matrimonial como extramatrimonial se dirige al establecimiento de la verdad biológica.

Sin embargo, la búsqueda de la verdad biológica no es criterio exclusivo ni absoluto del derecho de la filiación. A veces, otros criterios como por ejemplo la voluntad individual, el interés del niño, la paz de las familias, los sentimientos y el orden establecido pueden desplazar la proclamación de la verdad biológica

⁴⁶ GALLEGOS CANALES, Yolanda. 2008. Manual d Derecho de Familia. Jurista Editores E.I.R.L. Perú. Pág. 257.

⁴⁷ Ibíd. P. 258.

(artículo 376). Del cual se deduce que no existe un derecho absoluto al conocimiento de sus orígenes⁴⁸.

Por otro lado cabe precisar que; El argumento de defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social no puede establecerse sobre bases que se alejen del concepto de los derechos humanos. Lo contrario lleva consigo el germen de la discordia, de la alteración de la paz social.

Las nuevas valoraciones sociales le privan de su fuerza de convicción a los argumentos del actual diseño del régimen legal de filiación. Ahora se impone afianzar el derecho de toda persona a conocer a sus padres, con prescindencia de las circunstancias fácticas en que se llevó a cabo la procreación.

Las normas de rango constitucional (la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución de 1993), exigen que el régimen de filiación se sustente 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)⁴⁹.

a. Significado de la presunción de paternidad: El Código Civil establece la célebre presunción de paternidad: *paterisestquemnuptiaedemonstrant* (artículo 361). El criterio ordinario de la presunción es el nacimiento o la

⁴⁸ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. 2011. Código Civil comentado – Tomo II. Gaceta Jurídica. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 467.

⁴⁹ PLACIDO, Alex. Otro punto olvidado: el principio de promoción del matrimonio y el régimen legal de filiación. Extraído el 12/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/22454/otro-punto-olvidado-el-principio-de-promocion-del-matrimonio-y-el-regimen-legal-de-filiacion>.

concepción durante el matrimonio. Poco importa que el niño haya nacido durante los primeros días del matrimonio o durante los trescientos días posteriores a su disolución. La aplicación de la presunción de la paternidad supone entonces la reunión de tres condiciones: el establecimiento previo de la filiación materna, el matrimonio de la madre con el presunto padre y la coincidencia entre el período del matrimonio y el momento de la concepción o del nacimiento. En suma, para que se aplique la presunción de paternidad es necesario, y es suficiente, que la madre haya estado casada en algún momento de la gestación⁵⁰.

b. Fundamento de la Presunción de paternidad: Si en la filiación matrimonial, la prueba de vínculo de filiación paterno se deduce de la maternidad de la esposa es porque el derecho supone dos hechos. En primer lugar, que el esposo ha mantenido relaciones íntimas con su marido y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido.

Estos dos hechos se sustentan a su vez en los deberes personales de los cónyuges. Por un lado el deber de cohabitar, de hacer vida en común, permite presumir que el matrimonio se ha consumado; es decir, la existencia de relaciones sexuales entre los esposos (artículo 289). Por otro lado, en deber de fidelidad hace suponer que la mujer es fiel a su marido (artículo 288). Más allá del deber de cohabitar y del deber de fidelidad la presunción legal de la paternidad se funda en la vivencia matrimonial real de los padres⁵¹.

c. Alcances de la presunción de paternidad: a partir del artículo 362 es posible advertir que en el derecho peruano la filiación se funda en una presunción

⁵⁰ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. 2011. Código Civil comentado – Tomo II. Gaceta Jurídica. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 468.

⁵¹ *Ibíd.* P. 468.

de moralidad y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Consecuentemente, la voluntad individual juega un rol determinante en el establecimiento de la filiación. En efecto dentro de nuestra legislación. La presunción de paternidad aparece como una obligación y no como un derecho del marido⁵².

• **La presunción de paternidad es una obligación**, en el sentido de que es por el matrimonio que el marido se compromete implícitamente a reconocer y a tratar a los hijos que su mujer pone al mundo como si fueran sus hijos (artículo 287).

Sin embargo, la presunción legal no es irrefragable. La ley admite la prueba en contrario. Corresponde la marido demostrar la existencia de hechos propios que pongan de manifiesto que no puede ser el padre. Es decir, demostrar que no ha sido el único en mantener relaciones sexuales con la madre o que esta ha faltado a su deber de fidelidad⁵³.

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

El Código Civil peruano consagra así una antigua y clásica tesis según la cual es necesario, en atención al interés del niño proteger la legitimidad a

⁵² Ibídem.

⁵³ PLACIDO. Op. Cit., P. 469.

cualquier precio. Pero es posible también que esta facultad discrecional concedida al marido, pues el libre de no ejercitarla, avale una actitud abusiva de su padre. En efecto, a pesar de estar convencido de su no – paternidad puede abstenerse de ejercer la acción contestatoria con el solo propósito de impedir el reconocimiento del niño por el verdadero padre⁵⁴.

2.2.12.3. Contestación de la paternidad

Ripter y Boulanger dicen del desconocimiento (contestación) de la paternidad que “...se llama desconocimiento a la acción que tiene como fin hacer caer la presunción de paternidad establecida contra el marido en caso de que éste no pueda ser el padre del hijo⁵⁵”

Barbero señala lo siguiente: “...La acción (de desconocimiento de la paternidad), en vida del marido, no puede promoverla más que él; pero si muere sin promoverla antes que haya transcurrido el plazo de prescripción, son admitidos a promoverla los descendientes y los ascendientes (no los herederos como tales), para las cuales corre el nuevo plazo (...) a partir de la muerte del marido, salvo que haya muerto antes del nacimiento del hijo (llamado hijo póstumo), caso en el cual comienza a correr, sin posibilidad de otras variedades, desde el nacimiento del hijo (...)”

(...) Legitimada pasivamente, esto es, contra la cual deba proponerse la acción (de desconocimiento de la paternidad), es la misma persona cuya calidad de hijo se desconoce; y estará en juicio por si mismo o con la asistencia, o con la

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ PLACIDO. Op. Cit., P. 258.

representación, de un curador nombrado al efecto por el tribunal, según que sea, respectivamente, mayor de edad, inhabilitado y emancipado, o menor o declarado en interdicción (...). No se prevé el caso de que el hijo haya muerto, caso que puede perfectamente interesar si hay descendientes⁵⁶.

Por otro lado se tiene que tal hecho; (...), implica que el ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, según sea el caso, sobre la base de la probanza del nexo biológico entre progenitores y procreados. Siendo así, resulta evidente el legítimo interés del niño en conocer quiénes son sus padres, por estar ello referido directamente en las normas de rango constitucional citadas; debiéndose destacar que resultan incompatibles con la Constitución las disposiciones que impidan al niño el ejercicio de la pretensión de reclamación o impugnación de su filiación⁵⁷.

2.2.12.4. La solución legal en el Código Civil de 1984 y el sistema constitucional de filiación en la Constitución de 1993 y en la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁸

El artículo 396 del Código Civil de 1984 establece que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”.

⁵⁶ PLACIDO. Op. Cit., P. 259, 260.

⁵⁷ PLACIDO, Alex. Otro punto olvidado: el principio de promoción del matrimonio y el régimen legal de filiación. Extraído el 12/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/22454/otro-punto-olvidado-el-principio-de-promocion-del-matrimonio-y-el-regimen-legal-de-filiacion>.

⁵⁸ Ibídem

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

La doctrina nacional ha expuesto los fundamentos de esta solución, que los resumimos de la siguiente manera: a) la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde sólo al marido, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad que viene impuesta por la ley; b) la presunción de que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y, por tanto, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; y, c) el matrimonio es la única fuente de la que surge la familia y requiere protección, por lo que la defensa de la tranquilidad de los hogares requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal .

Pero, tales fundamentos reposan en última instancia en el sistema constitucional de filiación que el legislador del Código Civil de 1984 tuvo presente al momento de diseñar tal régimen legal.

En general, debe apreciarse que todo régimen legal de filiación resulta del juego de los principios favor veritatis, favor legitimitatis y favor filii, todos los cuales están previstos en el sistema constitucional de filiación que se trate; de tal manera que en cada ordenamiento jurídico se organiza un esquema normativo poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de aquellos principios. Un análisis de conjunto de las normas del régimen legal puede permitir

conocer el criterio o el principio rector que, del sistema constitucional de un determinado país, se ponderó preferentemente.

Así, el régimen de filiación anterior al Código Civil de 1984 se sustentó en los principios del favor legitimitatis y de jerarquía de filiaciones. De la revisión de las disposiciones de los Códigos Civiles de 1852 y de 1936, se concluye que el principio favor legitimitatis importó extender la protección dispensada a la familia matrimonial a favor de los hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio. Por ello, el vínculo filial no siempre podía o debía coincidir con la evidencia biológica, siendo suficiente, a veces, con una determinación meramente formal. De otro lado, por el principio de jerarquía de filiaciones se admitió la existencia de diversas clases de filiación con clara discriminación de la ilegítima en orden a los efectos personales y patrimoniales.

Con el Código Civil de 1984 tal situación sólo varió en cuanto al principio de jerarquía de filiaciones. Éste fue sustituido por el principio de igualdad de categorías de filiación en virtud del cual se reconocen idénticos derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro.

2.2.13. Deber de fidelidad y asistencia

Artículo 288° del Código Civil señala que; *“los Cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia.”*

El artículo 288 obliga a los esposos a guardarse mutuamente fidelidad y asistencia sin embargo no define lo que debe entenderse por fidelidad y asistencia consagrados por primera vez en el artículo 212 del Código Civil francés de 1804, los deberes de fidelidad y asistencia han sido recogidos textualmente por la generalidad de los países pertenecientes al sistema romanista⁵⁹.

Según, Bossert y Zannoni, la fidelidad – de fides, fe – implica un concepto amplio, que socialmente incluye el deber para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y lesiva para la dignidad del otro.

En tal sentido, se trata de una obligación recíproca de los cónyuges que consiste en la abstención de mantener relaciones sexuales y actos de afectuosidad excesiva con personas distintas del otro cónyuge.

En doctrina, se ha dado en llamar a la fidelidad moral y material. En la primera, el deber resulta violado por conductas que, sin llegar a la relación sexual del cónyuge con un tercero, implican, o permiten presumir una relación que excede de la meramente amistosa o propia del trato social; mientras que en la segunda, el deber de fidelidad resulta violada por el hecho del adulterio. En el primer caso, no se configura el adulterio, pero si la injuria grave que da motivo para el divorcio o la separación de cuerpos.

El deber de fidelidad implica un aspecto positivo, el derecho del cónyuge a que el otro mantenga con él relaciones sexuales y, un aspecto negativo, el deber

⁵⁹ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros. 2011. Código Civil comentado – Tomo II. Gaceta Jurídica. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 159.

del cónyuge de abstenerse de dichas relaciones con terceros. Entonces, el débito conyugal deriva del deber de fidelidad y no de la cohabitación⁶⁰.

a. La fidelidad: El código Civil impone tanto al marido como a la mujer el deber de fidelidad. Es decir, un deber de lealtad, de observancia de la fe que uno debe al otro. La constancia en el afecto y los sentimientos. Lo que supone la obligación de no faltar, ofender, deshonorar o humillar al cónyuge. En suma el deber de no traicionarlo. De lo que se dice que el deber de fidelidad engloba la integridad física y la integridad moral⁶¹.

b. La asistencia: El deber de asistencia supone a los esposos el deber de ayudarse mutuamente, es decir, apoyarse recíprocamente en los planos moral y económico para hacer llevadera la existencia y sobreponerse juntos ante las múltiples dificultades que presenta la vida. La medida y las modalidades del deber de asistencia depende de las costumbres y de las circunstancias. Sin embargo podemos decir que, en general, el deber de asistencia comprende, por un lado, la obligación mutua de cooperar en labores domésticas y por otro lado abarca la obligación de prodigarse cuidados mutuos⁶².

2.2.13.1. Adulterio (Violación del deber de fidelidad):

La causal de adulterio se funda en la violación de fidelidad que origina la desarmonía conyugal cuyo elemento objeto se encuentra constituido por la consumación del acto sexual de un cónyuge con persona distinta a su consorte, de

⁶⁰ DÍAZ POMÉ, Alení. La obligación de fidelidad frente al deber de la convivencia. Extraído el 13/X/2014 desde <http://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-obligacion-de-fidelidad-frente-al-deber-de-la-convivencia/>.

⁶¹ PLACIDO. Op. Cit., P. 159.

⁶² PLACIDO. Op. Cit., P. 161.

ahí que la simple tentativa resulte insuficiente para que se produzca la disolución del vínculo matrimonial⁶³.

2.3. Definición de términos

a. Matrimonio: Es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida en común⁶⁴.

b. ADN: Significa ácido desoxirribonucleico. El ADN es la molécula que lleva la información genética utilizada por una célula para la creación de proteínas. El ADN contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos conocidos. La función principal de las moléculas de ADN es el almacenamiento a largo plazo de la información genética. ADN es a menudo comparado con un conjunto de planos para los seres humanos⁶⁵.

c. Adulterio: En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre y una mujer casados, con quien no es su cónyuge.

Se trata por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad (continencia sexual conyugal) recíproco que se deben los cónyuges⁶⁶.

d. Filiación Extramatrimonial: En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su

⁶³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. 2012. Jurisprudencia sobre derecho de familia. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 48.

⁶⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. 2013. *Diccionario Civil*. El Búho E.I.R.L. Perú. Pág. 293.

⁶⁵ GENETIC EDUCATION FOR ILLINOIS, ¿Qué es el ADN? Extraída el 6/III/2014 desde <http://easylearngenetics.net/what-is-genetics/what-is-dna/que-es-el-adn/>, 04 de julio de 2013.

⁶⁶ *Ibid.* Pág. 32.

descendencia. No existe el negocio jurídico matrimonial (o para algunos un acto jurídico en sentido estricto) que garantice-por así decirlo- que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer⁶⁷.

e. Interés superior del niño: Es uno de los principios fundamentales que consagra el ordenamiento nacional e internacional a fin de otorgar una protección especial a los niños y adolescentes. Este principio se aplica en aquellos casos en los que se presenta un conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente y los de un adulto –incluidos los padres-, una institución o el propio Estado, y determina que en todas estas situaciones siempre deberá prevalecer los derechos e intereses de los primeros⁶⁸.

f. Paternidad: la filiación nos conlleva a determinar la paternidad para establecer el vínculo. Esto es un hecho de permanente preocupación para el derecho, desde tiempos antiguos. Es por este motivo que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr su establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden, o lo innecesario y costosos de estos. Por ello, la filiación se ocupa de los problemas derivados de la reproducción. Y las presunciones creadas por el derecho para la justificación de una investigación de la paternidad resultan medidas buenas⁶⁹.

g. Ordenamiento jurídico: Se designa normalmente el entero conjunto de normas que en un determinado momento histórico rigen de una comunidad (...) hablar del Derecho objetivo, más como ordenamiento jurídico que como norma, por diferenciar las normas, ya sean legales o consuetudinarias, de los

⁶⁷Ibid. Pág. 209.

⁶⁸Ibid. Pág. 32.

⁶⁹Ibid. Pág. 354.

principios y del sistema. De este modo, norma, principio y sistema son los tres elementos o factores que integran el ordenamiento jurídico, es decir, lo que comúnmente llamamos Derecho Objetivo⁷⁰.

⁷⁰ DE LOS MOZOS, Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel. 1998. Teoría General del Derecho. Dykinson. Madrid. Pág. 168.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una investigación dogmática : Teórica-Normativa⁷¹, cuya finalidad fue ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado; buscando conocer el tratamiento dogmático y jurisprudencial sobre el problema de investigación, es decir sobre el estudio de la normatividad civil vigente respecto a un hecho jurídico como lo es la falta de legitimidad para obrar del padre biológico del hijo de mujer casada para poder cuestionar la presunción de paternidad prescrita en el Código Civil peruano y poder reconocer a su hijo, a fin de determinar las deficiencias normativas y como estos generan una serie de problemas jurídicos.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada No Experimental⁷², debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, para lo cual se identificaron previamente las variables de investigación.

⁷¹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. 2001. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Editorial Fecat, Lima. Págs. 46 y ss..

⁷² ROBLES TREJO, Luis et al. 2012. Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Editorial Fecatt. Lima. Pág. 34.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño Transversal⁷³, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2016 y fue durante ese periodo donde se recolectaron datos tanto teóricos como empíricos.

3.1.3.1. Diseño específico

Por su nivel la investigación es de carácter explicativo-propositivo⁷⁴; explicativo porque a través de la identificación de los factores que generan situaciones problemáticas en relación a la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada se va a determinar los diversos problemas e implicancias jurídicas. El nivel propositivo se materializa en el hecho de proponer la modificación de la normatividad civil respectiva a fin de contribuir a la solución de los problemas planteados y evitarlos.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se ha seguido en la construcción de un plan de información:

Proceso que incluye:

a) Determinación de la población o sujetos de estudio

⁷³ HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. 2010. Metodología de la Investigación. Editora McGraw-Hill. México. Pág. 151.

⁷⁴ Ibíd. Pág. 155.

- b) Selección de la muestra
- c) Operacionalización del estudio (afín a los aspectos relacionados con los eventos del proyecto, así como todos sus procesos)
- d) Diseño del instrumento
- e) Método para procesar la información

3.2.1. Población⁷⁵

La delimitación de la población de la investigación fue:

- A. Universo Físico:** Estuvo constituido por el ámbito mundial y nacional.
- B. Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que han generado la jurisprudencia correspondiente.
- C. Universo Temporal:** El período de estudio correspondió al año 2016.

3.2.2. Muestra⁷⁶

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia, normatividad y operadores jurídicos.

⁷⁵ ZELAYARAN DURAND, Mauro. 2007. Metodología de la investigación jurídica, Ediciones Jurídicas. Lima. Págs. 251- 258.

⁷⁶ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. Ob. Cit., Págs. 169-180.

- **Unidad de análisis:** Elementos documentales y respuestas de los operadores jurídicos.

3.2.2. Unidad de Análisis⁷⁷

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; y personales: operadores jurídicos. Además la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías y respuesta de los operadores jurídicos del cuestionario aplicado.

⁷⁷ GOMES, Romeu. 2003. "Análisis de datos en la investigación". En: Investigación social. Lugar editorial, Buenos Aires, p. 55. Expresa que "La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo", En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación. En dichas alternativas serán ubicados, clasificados, cada uno de los elementos sujetos a estudio (las unidades de análisis).

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información⁷⁸.

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) También se empleó la técnica de análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para recoger datos empíricos, se empleó la técnica de la encuesta cuyo instrumento fue el cuestionario para el cual se elaboraron preguntas cerradas sobre el problema de investigación, la misma que se aplicó a los operadores jurídicos, el mismo que permitió elaborar los cuadros y gráficos estadísticos.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo⁷⁹, para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la

⁷⁸ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., Págs. 127-132.

⁷⁹ BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, 1986, p. 43.

argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios que se siguieron en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Mientras que para el análisis de datos y/o información empírica, se utilizó el enfoque cuantitativo para los datos empíricos, empleados la estadística descriptiva simple para la representación e interpretación de datos en cuadros y gráficos estadísticos. Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la información que fue estudiada.
- b) Selección de las categorías que se utilizarán.
- c) Selección de las unidades de análisis.
- d) Selección del sistema de recuento o de medida.
- e) Representación e interpretación de datos.

Por otro lado para el procesamiento y análisis de los datos empíricos se empleó la técnica del análisis estadístico descriptivo, el cual busco representar los datos en cuadros y gráficos estadísticos en base a la frecuencia de respuestas.

Finalmente, los datos o información que se obtuvo en el proceso de recolección y análisis sirvieron para validar la hipótesis⁸⁰ en base a la teoría de la argumentación jurídica⁸¹, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

⁸⁰ROBLES TREJO, Luis. 2014. Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Ffecaat. Lima. Pág. 58 y ARANZAMENDI, Lino. 2011. Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Editorial Jurídica Grijley. Lima. Pág. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

⁸¹GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso. 2005. La argumentación en el derecho. Editorial Palestra. Lima. Pág. 49.

IV. RESULTADOS

4.1. Justificación de los datos empíricos en la investigación dogmática

El desarrollo de la investigación jurídica dogmática se realizó bajo los criterios metodológicos de la investigación o enfoque cualitativo⁸², son aquellas que utilizan la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación. En el presente caso, si bien no debió utilizarse datos empíricos, su inclusión responde a la necesidad solo de conocer la apreciación de los operadores jurídicos respecto del problema planteado, sinninguna incidencia sobre la investigación.

4.2. Descripción de la unidad de análisis

La unidad de descripción estuvo conformada por abogados pertenecientes al Distrito Judicial de Ancash y que laboran y litigan en los juzgados civiles, de familia y en el Juzgado laboral de la Corte Superior de Justicia de Ancash, la encuesta se llevó acabo en el período comprendido del seis al diez de octubre del año 2016.

4.3. Resultados de la encuesta:

A continuación, se muestra la representación en tablas y gráficos cada una de las preguntas de la encuesta realizada, sobre la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano.

⁸² Cfr. ÁLVAREZ-GAYOU, Jurgenson (2003). *Cómo hacer investigación cualitativa. Fundamentos y metodología*. Editorial Paidós. México.

4.3.1. Representación de la pregunta uno: ¿Considera necesario que se regule en nuestro Ordenamiento Jurídico, la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada, para poder cuestionar la presunción de paternidad existente?

A. Cuadro N° 01

RESPUESTA	f	%
SI	44	100%
NO	00	0%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 01



Representación gráfica de la pregunta N° 01.

Del total de encuestados (44), todos respondieron que si a la pregunta número uno, representando el 100%.

De lo señalado se advierte que existe la necesidad de regular en nuestro Ordenamiento Jurídico, la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada, y así poder tener la facultad de cuestionar la presunción de paternidad.

4.3.2. Representación de la pregunta dos: ¿Considera correcto que en base al derecho a la verdad biológica el padre biológico del hijo de mujer casada pueda cuestionar la presunción de paternidad en la filiación matrimonial?

A. Cuadro N° 02

RESPUESTA	f	%
SI	36	82%
NO	08	18%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 02



Representación gráfica de la pregunta N° 02.

De cuarenta y cuatro encuestados, treinta y seis de ellos que representan el 82% respondieron que si a la pregunta dos y dieciocho de ellos que representa el 18% respondieron que no.

De lo esgrimido se evidencia que la mayor parte de las personas encuestadas considera que el derecho a la verdad es un fundamento primordial para que el padre biológico del hijo de mujer casada pueda cuestionar la presunción de paternidad que existe en el matrimonio.

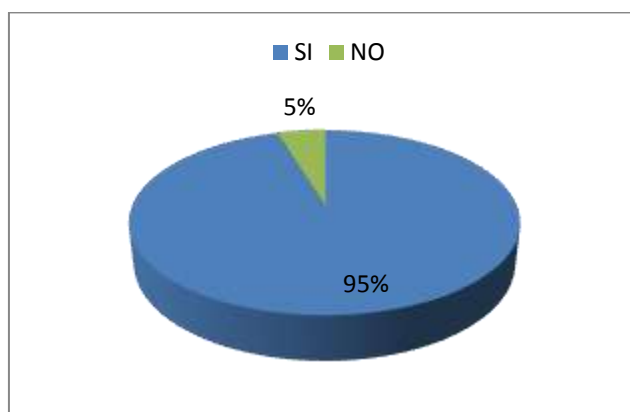
4.3.3. Representación de la pregunta tres: ¿Considera correcto que en base al derecho a la verdad biológica el padre biológico del hijo de mujer casada pueda reconocer a su hijo?

A. Cuadro N° 03

RESPUESTA	f	%
SI	40	95%
NO	04	5%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 03



Representación gráfica de la pregunta N° 03.

De cuarenta y cuatro personas encuestados, cuarenta de ellas que representan el 95% respondieron que si a la pregunta tres y cuatro de ellas que representa el 5% respondieron que no.

De lo que se advierte que el derecho a la verdad biológica constituye un elemento transcendental en base al cual el padre biológico del hijo de mujer casada puede reconocer a su hijo.

4.3.4. Representación de la pregunta cuatro: ¿Estaría de acuerdo con que se modifique el artículo 362° del Código Civil que prescribe; *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.”* Donde se establezca alguna salvedad a esta presunción?

A. Cuadro N° 04

RESPUESTA	f	%
SI	38	86%
NO	06	14%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 04



Representación gráfica de la pregunta N° 04.

Del total de encuestados (44), treinta y ocho de ellos que representan el 86% respondieron que si a la pregunta cuatro y seis de los mismos que representan el 14% respondieron que no. De lo señalado precedentemente se advierte que se considera necesaria la modificación del artículo 362° del Código Civil, debiendo establecerse alguna salvedad a lo prescrito en el.

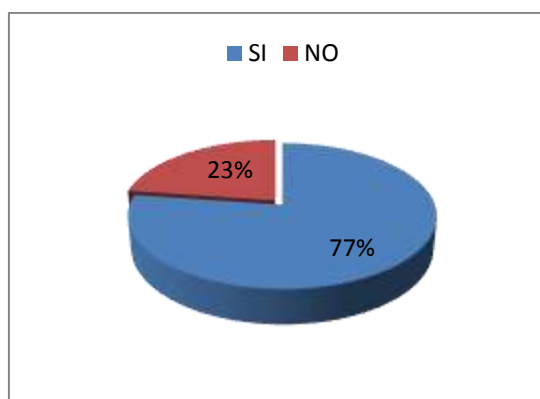
4.3.5. Representación de la pregunta cinco: ¿Considera que la regulación del artículo 362° del Código Civil, vulnera de manera clara el derecho a la verdad biológica, por cuanto toda persona tiene derecho de saber y conocer su origen?

A. Cuadro N° 05

RESPUESTA	f	%
SI	34	77%
NO	10	23%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 05



Representación gráfica de la pregunta N° 05.

Del grupo de cuarenta y cuatro personas encuestadas, treinta y cuatro de ellas que hacen un porcentaje del 77% respondieron que si y de ese mismo grupo diez que hacen el 23% respondieron que no.

Advirtiéndose de lo señalado que el mayor porcentaje de los encuestados antepone el derecho que tiene toda persona de saber y conocer su origen a la regulación del artículo 362° del Código Civil.

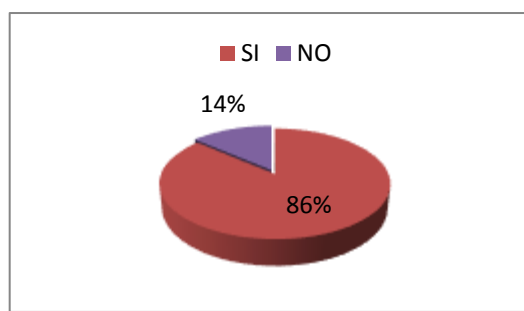
4.3.6. Representación de la pregunta seis: ¿Cree que el tema “La legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano”, genera conflictos relacionados a los valores y a la moral, teniendo en cuenta que sobre los esposos recae el deber de fidelidad del uno con el otro?

A. Cuadro N° 06

RESPUESTA	f	%
SI	38	86%
NO	06	14%
Total	22	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 06



Representación gráfica de la pregunta N° 06.

Del total de los encuestados que suman cuarenta y cuatro, ante la respuesta seis, treinta y ocho de ellos que representan el 86% respondieron que si y seis de ellos que hacen el 14% respondieron que no. Evidenciándose de lo referido que el tema materia de investigación teniendo en cuenta que nuestra sociedad es evidentemente moralista, genera conflictos relacionados a los valores y a la moral.

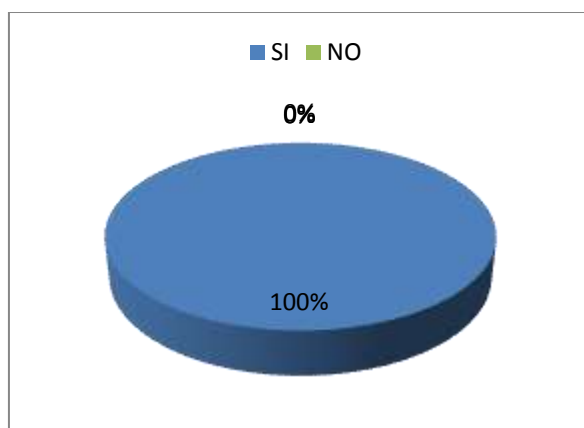
4.3.7. Representación de la pregunta siete: ¿Considera que ante el deber de fidelidad de los esposos, prima el derecho a la verdad biológica y el interés superior del niño y del adolescente?

A. Cuadro N° 07

RESPUESTA	f	%
SI	44	100%
NO	00	0%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 07



Representación gráfica de la pregunta N° 07.

Del grupo encuestado (44), todos que hacen el total del 100% respondieron afirmativamente a la pregunta siete. Quedando establecido de manera clara que aunque nuestra sociedad sea una donde prevalece la moral y los valores, se considera que en situaciones donde se pueden ver afectados por ejemplo el derecho a la verdad y el interés superior del niño y del adolescente ante el deber de fidelidad de los esposos, prevalecen los primeros.

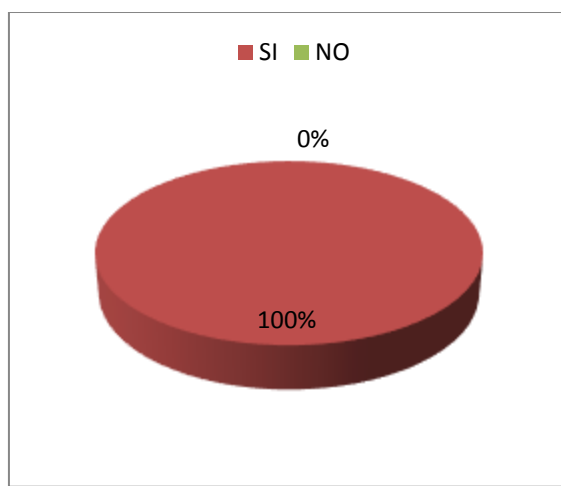
4.3.8. Representación de la pregunta ocho: ¿Considera que el derecho que tiene un hijo de conocer a sus padres prevalece sobre el deber de fidelidad de los esposos?

A. Cuadro N° 08

RESPUESTA	f	%
SI	44	100%
NO	00	0%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 08



Representación gráfica de la pregunta N° 08.

Del grupo encuestado que suman cuarenta y cuatro personas, todas que hacen el total del 100% respondieron que si a la pregunta ocho.

El resultado anterior nos muestra de manera concreta que ante el deber de fidelidad de los esposos prima el derecho a la identidad, que existe en función de la dignidad del ser humano, que entre otros aspectos incluye la identidad biológica.

4.3.9. Representación de la pregunta nueve: ¿Considera correcta la exigencia regulada por el Código Civil respecto a que solo será posible el reconocimiento del hijo de mujer casada por su padre biológico, si el cónyuge lo hubiese negado judicialmente y obtenido sentencia favorable?

A. Cuadro N° 09

RESPUESTA	f	%
SI	14	32%
NO	30	68%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 09



Representación gráfica de la pregunta N° 09.

De los cuarenta y cuatro encuestados, catorce de ellos que representan el 32% respondieron que si a la pregunta nueve mientras que treinta del mismo grupo que representa el 68% respondió que no. Al respecto podemos observar que se considera un tanto extrema la exigencia regulada por el Código Civil respecto a que solo será posible el reconocimiento del hijo de mujer casada por su padre biológico, si el cónyuge lo hubiese negado judicialmente y obtenido sentencia favorable.

4.3.10. Representación de la pregunta diez: ¿Considera que la exigencia de que el cónyuge niegue judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro del matrimonio y obtenga sentencia favorable para que el padre biológico del hijo de mujer casada pueda reconocerlo, vulnera lo regulado por nuestra Constitución Política del Estado en el artículo; 1° *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, y en el artículo 2° inciso 1, toda persona tiene derecho; *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)”*?

A. Cuadro N° 10

RESPUESTA	f	%
SI	28	64%
NO	16	36%
Total	44	100 %

Fuente: Encuesta

B. Gráfico N° 10



Representación gráfica de la pregunta N° 10.

Del total de encuestados (44), veintiocho de ellos que hacen el 64% respondieron afirmativamente a la interrogante diez, mientras que dieciséis del mismo grupo que reflejan el 36% respondieron de manera negativa. De lo señalado anteriormente se deduce que existe una manifiesta contradicción entre lo regulado por nuestra Constitución Política del Estado y la exigencia prescrita en el Código Civil respecto a que el padre biológico del hijo de mujer casada podrá reconocer a su hijo solo si el cónyuge ha negado judicialmente la paternidad de este hijo y ha obtenido sentencia favorable.

4.4. La legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada en el derecho comparado.

4.4.1. En Argentina⁸³: En relación a la filiación matrimonial, el Código Civil Argentino establece una presunción iuris tantum. Así, señala que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos.

Contrario Sensu, establece el Código que no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

La filiación matrimonial da lugar a la acción de reclamación e impugnación de la paternidad. Respecto a la acción de reclamación, el Código Civil indica que los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre.

En relación a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, se establece la acción de paternidad rigurosa, la acción de impugnación preventiva y la acción de negación simple de paternidad matrimonial. En relación a la impugnación de paternidad rigurosa, el artículo 259 reconoce al

⁸³ VARGAR MORALES, Rocío del Pilar. El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción paterisest. Extraído el 10/X/2014 desde http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf

marido y al hijo la legitimidad para contestar la paternidad. El fundamento de la contestación de paternidad se sustenta en el hecho que conforme al artículo 244 del Código Civil, las presunciones establecidas admiten prueba en contrario.

De hecho, el marido puede interponer la demanda de impugnación alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre.

En relación al plazo para interponer la demanda de contestación de paternidad, el código civil ha señalado respecto del hijo que éste podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En el caso del marido, el plazo para interponer la demanda caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo.

Ahora bien, el artículo 259 también establece que en caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido.

Asimismo, el Código Civil argentino plantea la existencia de una acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial. Al respecto, el

artículo 258 señala que antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer.

En relación a la acción de negación de paternidad, el artículo 260 establece que ésta podrá ser planteada para negar la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el art. 258. En relación al plazo para interponer la acción de negación de la paternidad del marido rige el término de caducidad de un año.

Sobre la filiación extramatrimonial, el Código Civil argentino en el artículo 247 plantea que ésta queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal. En este último caso, la filiación extramatrimonial da lugar a acciones de reclamación e impugnación de la paternidad o maternidad.

Al respecto, los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Respecto a la impugnación del reconocimiento de los hijos concebidos fuera del matrimonio, ésta puede ser iniciada por los propios hijos o por los

que tengan interés en hacerlo. Así, el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo.

Igualmente, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento (artículo 263).

4.4.2. En Brasil⁸⁴: En el ordenamiento brasileiro, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la ley 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial – antes legítima e ilegítima- que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, así como los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos.

La legislación del año 2002 da cuenta de principios relevantes que emergen de la filiación. Así, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia a la igualdad de las filiaciones, y por otro lado, del Estatuto del Niño y del Adolescente se desprende la vinculación del derecho a la identidad (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el principio de verdad biológica (artículo 10).

Asimismo, conviene mencionar que en el derecho brasileiro, el régimen de determinación de la filiación matrimonial se basa en la presunción “paterisest” que se sustenta en el vínculo existente entre los cónyuges. Así, los hijos nacidos después de los 180 días del inicio de la unión conyugal y

⁸⁴ Ibídem.

hasta los 300 días después de la disolución del matrimonio se presumen del marido, los habidos de fecundación artificial homóloga, aunque hubiere fallecido el marido y los habidos en cualquier momento, cuando se trata de embriones excedentes, provenientes de concepción artificial homóloga y los habidos por inseminación artificial heteróloga, desde que cuente con la autorización del marido.

La presunción “*paterisest*” es *iuris tantum*. Así, la presunción de paternidad cesa de acuerdo a los artículos 1599, 1600 y 1602 del código civil y los supuestos son los siguientes: a. La impotencia del marido en la época de la concepción, b. el adulterio de la mujer, aunque este debe ir acompañado de otras pruebas que excluyan la paternidad matrimonial y c. El valor de la confesión de la esposa, aunque ello no es suficiente.

La filiación matrimonial da origen a dos acciones: reclamación de la filiación y la impugnación de la paternidad matrimonial. En relación a la acción de reclamación, el ordenamiento brasileiro reconoce al hijo la legitimación mientras viva y a los herederos de éste cuando el hijo hubiera fallecido siendo menor o incapaz o cuando habiendo sido iniciada por el hijo, los herederos pueden continuar el proceso.

Sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, la legislación establece como legitimado al marido y a sus herederos cuando éste hubiera muerto (artículo 1606 del CC.) y hubiera iniciado en vida el proceso de contestación. Respecto al resto de legitimados, la legislación guarda silencio,

así hay un vacío en torno a la legitimidad del hijo, la madre y el padre biológico.

En el marco de la filiación extramatrimonial, se reconoce la acción de investigación de la paternidad y la maternidad. En relación al reconocimiento judicial, el Código Civil de 2002 establece en el artículo 1615 que la legitimación activa para interponer la demanda de reclamación de paternidad o maternidad extramatrimonial corresponde al hijo y sus herederos, conforme al artículo 1606 que regula la acción de reclamación del hijo matrimonial. Asimismo, el 1615 del Código Civil establece que cualquiera que tenga interés legítimo puede contestar o impugnar la paternidad o maternidad extramatrimonial.

Asimismo, podemos hablar de la existencia de un procedimiento de investigación oficiosa de la paternidad. La ley 8560, del 29 de diciembre del 1992, regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales estableciendo que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación.

4.4.3. En Costa Rica⁸⁵: En Costa Rica, la filiación tiene un régimen compuesto por la Constitución de 1949 y los tratados de derechos humanos que poseen rango constitucional tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación pertinente como el Código de Familia, la ley de Paternidad Responsable así como el Código de Niñez y Adolescencia, y muy pocas normas del Código Civil, entre otras.

⁸⁵ Ibídem.

En el derecho costarricense, la filiación se divide en filiación matrimonial, extramatrimonial y por adopción. En relación a la filiación matrimonial, esta se sustenta en la presunción “paterisest” que goza de una naturaleza iuris tantum.

De acuerdo al artículo 69 del Código de Familia, se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Igualmente, para el derecho costarricense se presumen hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración si es que el marido tuvo conocimiento del embarazo de su mujer antes de casarse; si consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y si de cualquier modo lo admitió como tal.

Ahora bien, la filiación matrimonial admite dos tipos de acción. La reclamación y la impugnación de la paternidad matrimonial. En relación a la reclamación de la paternidad matrimonial, o acción de vindicación el Código de familia indica en su artículo 76 que el derecho de los hijos para vindicar el estado que les pertenece es imprescriptible; a su vez, por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos y respecto a ellos también es imprescriptible.

Sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial, la legitimación sólo está reconocida al marido o al apoderado especialísimo y muerto o declarado ausente el marido, a sus herederos. Ahora bien, en contra de la presunción de paternidad, es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo (artículo 70).

En el mismo sentido, el Código de familia señala que el adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad (artículo 70).

Asimismo, la impugnación de la paternidad matrimonial de acuerdo al artículo 73 del Código de familia podrá intentarse por el marido en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Conviene señalar que este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador.

Además, el artículo 74 indica que si el marido muere antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo, podrán sus herederos hacerlo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del

presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

Resulta relevante además mencionar que en el ordenamiento costarricense se admite la posibilidad que el hijo considerado como matrimonial, por encontrarse protegido por una presunción que no ha sido desvirtuada, sea reconocido por el padre biológico. Al respecto, el artículo 85 del Código de Familia indica que en un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de este Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar.

Igualmente, tal dispositivo indica que también podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.

4.5. Jurisprudencia en el derecho internacional:

La información que se presenta a continuación es la más relevante que ha sido obtenida después de una búsqueda realizada en la internet.

4.5.1. En Colombia⁸⁶:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de abril de dos mil doce (2012).

Aprobada en sala de siete (7) de diciembre de dos mil once (2011).

Ref: Exp. 1100131100142005-00078-01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Alberto Cuellar Borrero frente la sentencia de 30 de junio de 2010, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Rafael Ángel Ortiz Bayona en su contra y de la menor Diana Sofía Cuellar Salazar.

A. El litigio

Mediante el ejercicio simultáneo, pero sucesivo, de impugnación y filiación de paternidad reclamó el promotor, previa designación de curador a la menor, declarar que no es hija de Alberto Cuellar Borrero sino de Rafael Ángel Ortiz Bayona, con las consecuentes correcciones en el registro civil de nacimiento.

⁸⁶ Extraído el 09/X/2014 desde
[http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_1100131100142005-00078-01_\[24-04-2012\]_2012.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_1100131100142005-00078-01_[24-04-2012]_2012.htm)

La causa petendi admite el siguiente compendio (folios 10 a 12):

Diana Sofía Cuellar Salazar nació el 29 de julio de 1994, durante la vigencia del matrimonio existente entre Claudia Virginia Salazar Monroy y Alberto Cuellar Borrero, quienes se divorciaron el 12 de septiembre de 1995.

Sin que su esposo se enterara, la progenitora sostuvo relaciones extramatrimoniales con Rafael Ángel Ortiz Bayona, con quien *“inició vida marital de hecho”* desde comienzos de 1996.

Ante los problemas surgidos luego de la separación legal de Claudia Virginia y Alberto, aquella confesó a su compañero permanente la imposibilidad de que la menor fuera hija de Cuellar Borrero.

Consecuentemente, Ortiz Bayona se practicó, junto con Diana Sofía, examen para análisis de marcadores STR a partir del ADN, arrojando un *“índice de paternidad acumulado”* de 115689 y *“probabilidad acumulada de paternidad”* de 99.999135624%, determinante de que sea su padre biológico.

Notificados del admisorio, la madre, en representante de la incapaz, manifestó atenerse a lo que resultare probado, mientras que Alberto Cuellar Borrero se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones.

El Juzgado Catorce de Familia puso fin a la primera instancia en providencia que declaró *“que la menor Diana Sofía Cuellar Salazar (...) no es hija del señor Alberto Cuellar Borrero”* así mismo que es *“hija extramatrimonial*

del señor Rafael Ángel Ortiz Bayona”, ordenando las respectivas correcciones en el registro civil de nacimiento; decisión que, recurrida por el primero, fue confirmada por el superior.

B. Fundamentos del fallo impugnado

Admiten la siguiente síntesis:

Los presupuestos procesales están reunidos y no se observa vicio de nulidad, encontrando que quien aduce ser el verdadero padre cuenta con legitimación en la causa por activa, de conformidad con el artículo 5º de la ley 1060 de 2006, ya que a pesar de que la demanda se presentó antes de su vigencia, tal condición debe evaluarse al momento de resolver.

El caudal probatorio lo conforman los testimonios rendidos por Eunice Salazar Monroy, Martha Ludobina Cagua y Claudia Virginia Salazar, además del interrogatorio absuelto por Alberto Cuéllar Borrero; así mismo, en las tres pruebas de genética realizadas, una de ellas aportada desde la formulación del pleito y las otras dos realizadas en el curso del proceso.

En cuanto a su apreciación, *“si bien, en los procesos de filiación se permiten y deben darse la práctica y la valoración de otros medios de prueba diferentes de la prueba científica de ADN, esta última constituye, sin duda alguna, un elemento fundamental para la decisión que le corresponde tomar al juez en esta clase de procesos, de ahí que el mismo legislador la haya instituido como obligatoria y su omisión, en la ordenación y recaudo, configure nulidad*

procesal”, como lo respaldan pronunciamientos de la Corte de 10 de marzo de 2000 y 10 de junio de 2005.

Se desestima la objeción al dictamen por ser confiable y apuntar hacia el mismo resultado, esto es, excluir la paternidad respecto del apelante y establecer una probabilidad acumulada en el actor superior al 99.999%, por lo que encuentran probados suficientemente los hechos del libelo.

C. La demanda de casación

Tres cargos se plantearon, dos de ellos apoyados en la violación de normas sustanciales, el uno por la vía directa y el otro por la indirecta, mientras el último en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se desatarán en el orden propuesto, con la advertencia de que los dos últimos se analizarán en conjunto en virtud a que ambos están encaminados a establecer la existencia de la caducidad para promover la acción, por lo que ameritan reflexiones que les son comunes.

D. Cargo primero:

Denuncia la afectación recta por equivocada interpretación de los artículos 216, 217, 218, 219 y 222 del Código Civil, subrogados por los preceptos 4º, 5º, 6º, 7º y 8º de la Ley 1060 de 2006.

En desarrollo del mismo se expone lo que a continuación se compendia:

Las disposiciones del Código Civil citadas, vigentes en la fecha de la reclamación, establecían que mientras el marido viviera nadie podía cuestionar la legitimidad del hijo.

A su vez, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 3º de la Ley 75 de 1968, en proveído C-109 de 1995, condicionándolo a que el hijo puede accionar en impugnación en todos los casos, con base en los motivos previstos para el marido, advirtiendo que la posibilidad de acudir a dicho trámite *“está reservada a ciertos sujetos, lo que pretende ofrecer seguridad e intimidad a la familia”*, por lo que *“la jurisprudencia, pues, había definido con claridad que la acción de impugnación de la paternidad legítima estaba reservada al marido, al hijo, después de la vigencia de la Ley 75 de 1968, y a los herederos, en caso de muerte del marido”* (folio 20).

En la actualidad, con la modificación introducida por la Ley 1060 de 2006, *“en lo que se refiere a los titulares de la acción de la impugnación de la paternidad, la nueva legislación mantuvo las restricciones y, en ningún caso, permitió que un sujeto externo, como el presunto padre biológico, pueda promover la demanda”* (folio 21), toda vez que *“[d]el artículo 216 se deriva que la ley le otorga esta facultad al cónyuge, al compañero permanente y a la madre, quienes pueden hacerlo dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a que tuvieron conocimiento de que él o ella no es el padre o madre biológico. Del artículo 217 se desprende que tiene el derecho a impugnar la paternidad el hijo, quien podrá hacerlo en cualquier tiempo. El artículo 218 señala que en los*

procesos de reclamación o de impugnación de la paternidad o de la maternidad, el juez, de ser posible, vinculará al presunto padre o madre biológicos. Del artículo 219 se colige que también pueden impugnar la paternidad los herederos. El artículo 222 prevé que los ascendientes del padre o la madre tienen derecho a impugnar la paternidad o la maternidad” sin que “ninguna de las disposiciones citadas ni norma civil distinta señale que el presunto padre biológico pueda promover la acción de impugnación de la paternidad”.

Incorre el Tribunal en indebida exégesis del artículo 217 al derivar del mismo *“la posibilidad de que el presunto padre biológico pueda demandar la impugnación de la paternidad”.*

El artículo 5º de la precitada ley *“contiene dos cláusulas diferentes. La primera, que el hijo puede impugnar la paternidad o la maternidad y en cualquier tiempo. La segunda, que en el proceso el juez debe establecer el valor probatorio de la prueba científica”* segmento éste al que concretamente se refiere el agregado *“también podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”*, sin que pueda dilucidarse que se contrae a la posibilidad inicial *“pues el complemento califica la frase inmediatamente anterior”*, siendo claro el párrafo.

La Corte Constitucional en su sentencia C-405 de 2009, que se inhibió de *“emitir un pronunciamiento de fondo acerca del inciso segundo del artículo 217 del Código Civil, modificado por el artículo 5º de la Ley 1060 de 2006”*, entendió que *“el padre biológico está llamado a solicitar la prueba, mas no a*

provocar la acción de impugnación”, por no estar incluido dentro de los titulares para proponerla *“puesto que ninguna disposición del régimen lo faculta”*, tan es así que ni siquiera se contempla un término de caducidad para tal supuesto.

No obstante que el *“padre biológico”* debe ser llamado al juicio de oficio o a petición de parte, en vista del deber de asegurar los derechos superiores de los niños a tener una identidad y un nombre, para que dentro del mismo trámite de impugnación se declare la filiación y así evitar su desamparo, ello no implica que pueda promoverlo, pero eso sí, estando autorizado para solicitar la práctica de la prueba genética.

“La interpretación histórica y sistemática, en cambio, resulta de trascendental importancia para confirmar el sentido de la norma, en la perspectiva de que el artículo 217 no persiguió incluir al presunto padre como sujeto activo de la acción de impugnación de la paternidad”, como se deduce de los antecedentes de la disposición dentro del trámite en el Congreso, en los cuales, a pesar de haberse considerado la posibilidad de reclamar la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho por *“cualquiera que acredite sumariamente ante el juez interés”*, que en el curso se matizó para que lo pudiera hacer *“quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico”*, sólo se limitó su participación a la posibilidad de solicitar el examen genético, frente las inconsistencias de las propuestas y el riesgo que de ello se pudiera derivar.

Previamente a la reforma, en sentencia C-109 de 2005, la Corte Constitucional se pronunció sobre la importancia de las restricciones para provocar la acción de impugnación de la paternidad sin que se tratara de un simple capricho del legislador, con lo que se busca *“proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimonio, previniéndolo contra los ataques malintencionados y alejándola de todo escándalo”*.

Sobre la importancia de los valores familiares y culturales para establecer la filiación se pronunció la Corte Suprema en sentencia del 20 de noviembre de 2006, sin que pueda creerse *“que la filiación en las épocas contemporáneas y después de la expedición de las Leyes 721 de 2001 y 1060 de 2006, se limita a un asunto meramente biológico”*.

“No sobra reiterar que el demandante promovió la acción de impugnación de la paternidad bajo el régimen anterior a la Ley 1060 de 2006, en el que aún con mayor claridad no era posible que el presunto padre biológico persiguiera terminar el vínculo de filiación del hijo de mujer casada. En esta perspectiva, podría invocarse el principio de la ultractividad de la ley, para afirmar que en el momento en que se presentó y admitió la demanda definitivamente y sin discusión alguna, el presunto padre biológico no tenía legitimidad para demandar la impugnación”.

E. Consideraciones de la corte

El demandante solicitó que, luego de desvirtuarse la calidad de Diana Sofía Cuellar Salazar como hija legítima de Alberto Cuellar Borrero, se le declare como su padre extramatrimonial, disponiendo las consecuentes correcciones en el registro civil de nacimiento de la menor.

La sentencia de segunda instancia confirmó la del *a quo* que accedió a lo pretendido, bajo el entendido de que el actor se encontraba legitimado para adelantar el trámite, pues, para la fecha del fallo estaba vigente la Ley 1060 de 2006, reformativa, entre otros, del artículo 217 del Código Civil.

El ataque se centra en la indebida interpretación de dicha preceptiva, por cuanto la posibilidad de intervención del padre biológico en los asuntos de “*impugnación de paternidad*”, se limita a que, de ser convocado “*de oficio o a petición de parte*”, pueda requerir la práctica de valoración científica, sin que ello conlleve la posibilidad de actuar como promotor en vista de la taxativa limitación que para tal efecto contemplan las normas que rigen la materia; a más de que no era aplicable, en virtud a que se expidió estando en curso el proceso.

En el plenario se encuentran debidamente acreditadas las siguientes circunstancias que tienen incidencia en la resolución que se está adoptando:

Que Claudia Virginia Salazar Monroy y Alberto Cuellar Borrero estuvieron casados del 29 de diciembre de 1990 al 12 de septiembre de 1995 (folios 7 a 9).

Que Diana Sofía Cuellar Salazar nació el 29 de julio de 1994 durante la vigencia del citado vínculo.

Que Diana Sofía está inscrita como hija matrimonial de Alberto Cuellar Borrero y Claudia Virginia Salazar Monroy (folio 3).

Que los esposos se divorciaron el 12 de septiembre de 1995 (folios 7 a 9).

Que Claudia Virginia Salazar Monroy y Rafael Ángel Ortiz Bayona dieron inicio a vida marital desde comienzos del año 1996 (folios 16 y 24).

Que el 21 de julio de 2004 se tomaron muestras a Rafael Ángel Ortiz Bayona y a Diana Sofía Cuellar Salazar, con el ánimo de practicar “*análisis de marcadores STR a partir del ADN*”, arrojando como resultado un “*índice de paternidad acumulado*” de 115689 y “*probabilidad acumulada de paternidad*” de 99.999135624% (folios 4 a 6).

Que la demanda se presentó el 3 de febrero de 2005 (folio 1).

Que la madre de la menor se notificó el 30 de marzo de 2005 y quien figura como padre legítimo el 3 de mayo de 2005 (folios 19 y 26).

Que durante el trámite respectivo se expidió la Ley 1060 de 2006, publicada en Diario Oficial No. 46.341 de 26 de julio de dicho año, fecha a partir de la cual entró en vigencia.

Es criterio establecido que al acudir en casación invocando la violación directa de la ley sustancial, se debe partir de la aceptación integra de los hechos tenidos por probados en la sentencia, sin que se permita plantear inconformidad alguna relacionada con los medios de convicción recaudados, debiéndose limitar la formulación del ataque a establecer la existencia de falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea.

En tal sentido ha precisado la Corte que la *“violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 ibídem, acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace, y que, por lo mismo, cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo, desde luego, de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del sentenciador, cuestión esta que*

sólo puede abordarse por la vía indirecta” (sentencia N° 285 de 17 de noviembre de 2005 exp. 7567).

De entrada se observa que la hermenéutica del Tribunal sobre la aplicación inmediata de las reformas al régimen de impugnación de la paternidad, sin consideración a que la demanda fue presentada con anterioridad a su expedición y la posibilidad de que quien se considere como padre biológico, como producto de una relación extramatrimonial, pueda reclamar contra la legitimidad de quien considera su hijo, no configuran la vulneración advertida por el impugnante en armonía con las razones que pasan a exponerse:

De conformidad con los artículos 213 y 214 del Código Civil, en su redacción original, el hijo que nacía después de expirados los ciento ochenta (180) días subsiguientes al matrimonio se reputaba concebido en él y tenía por padre al marido.

Tal situación correspondía a una presunción legal de legitimidad, desarrollo del principio de matrimonio como institución, en virtud del cual una vez perfeccionado dicho contrato sus efectos escapan a la voluntad de los casados y son regulados por un conjunto de pautas imperativas expedidas por el Estado; por ende, como tal vínculo se constituye “*con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*”, lo que implica el cumplimiento de deberes de cohabitación y fidelidad, no resultaba ilógico el que quien nacía de mujer casada y dentro del marco temporal contemplado con posterioridad a celebrar las nupcias, fuera tenido como hijo del esposo.

Sin embargo, al no constituir una realidad inmutable, por tratarse de una “*presunción*” *juris tantum*, que como tal admite prueba en contrario, era susceptible de ser desvirtuada, pero sin dejar de lado que, respondiendo a parámetros de protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y en amparo de garantías constitucionales, no cualquier persona podía acudir ante la jurisdicción reclamando contra la paternidad cuando existía un principio de certidumbre que emanaba de la ley, máxime cuando el artículo 216 de la misma codificación contemplaba que “[m]ientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, sino el marido mismo”.

De igual manera, con la expedición de la Ley 75 de 1968 en el inciso segundo del artículo tercero se contempló que “*el hijo podrá reclamar en cualquier tiempo contra su legitimidad presunta, cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal*”, con la advertencia que el subrayado fue declarado exequible en sentencia C-109 de 1995 de la Corte Constitucional, “*siempre y cuando se interprete que, además de esta causal, y en virtud del derecho que toda persona tiene de reclamar su verdadera filiación y del principio de igualdad de derechos dentro de las relaciones familiares, consagrados en la Constitución, el hijo de mujer casada cuenta con otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, así: de un lado, si el hijo acumula la impugnación de paternidad con una acción de reclamación de paternidad, deberá darse aplicación preferente al artículo 406 del C.C; de otro*

lado, en todos los casos, el hijo contará con las causales previstas para el marido en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890”.

Bajo tal normatividad esta Corporación consideró que la facultad para promover la *“impugnación de la paternidad legítima”* únicamente se encontraba radicada, en vida del *“marido”*, en cabeza de éste y del *“hijo”*, sin que se hiciera extensiva a quien adujera ser padre biológico, así pretendiera de manera complementaria que se le tuviera por tal.

Sobre el punto precisó la Sala:

“En este caso, el actor respecto de su específica pretensión de que sea reconocido como verdadero padre del hijo concebido y nacido en el matrimonio de otros, en este proceso de la menor (...), tampoco tiene legitimación para formular tal acción de reclamación de estado civil, puesto que la ley no se la otorga autónomamente. Ciertamente que no hay ninguna norma que le permita al demandante, como tercero, incoar dicha acción frente a una persona que por haber sido concebida dentro del matrimonio de sus padres goza de la presunción de legitimidad, ni menos cuando su padre legítimo – el marido de (...) -, no ha instaurado ninguna acción tendiente a impugnar la paternidad, y, por el contrario, se ha opuesto enfáticamente a la demanda que dio origen a este proceso. (...) Debe recordarse que por expreso y categórico mandato del artículo 216 del Código Civil, como lo rememoró el tribunal, que 'mientras viva el marido, nadie podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el

matrimonio, sino el marido mismo', con la excepción que se le confirió al propio hijo para hacerlo, según lo dispuesto en la ley 75 de 1968 y la ampliación indefinida del plazo en la citada sentencia C-109 de 1995”.

Sirvió de fundamento a lo acabado de reproducir el que *“históricamente el legislador ha regulado el tema del estado civil y de la familia con precisión y cuidado sumos a fin de proteger la propia intimidad que rodea su constitución y de atender a las realidades que en punto de los hijos genera su entorno y su propio desarrollo, tanto como para no haber permitido, a través de las épocas, que cualquier persona puede acudir a los estrados judiciales para cuestionar una paternidad o maternidad propiciada en ese ámbito. (...) Este hermético criterio era explicable por la ausencia de mecanismos probatorios confiables y veraces que sirvieran para establecer un determinado estado civil generado en las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer. Dadas las circunstancias de intimidad, clandestinidad, ocultamiento, reserva o, simplemente, recato en que las mismas tienen ocurrencia, no es sólito que personas diferentes a la pareja que las ejecuta o realiza se den cuenta de ellas. Para acreditarlas el legislador ideó varias presunciones dirigidas a deducirlas, las que, conocida la falibilidad del ser humano, no producen la certeza absoluta e irrefutable de su existencia real. (...) Empero, siempre ha preferido el legislador aceptar los hechos por los cuales se producen situaciones jurídicas que surgen de la vivencia de las relaciones intrafamiliares, en lugar de dejar un determinado estado civil en entredicho o sujeto a una incertidumbre permanente, motivo por el cual ha impedido, en línea de principio, que cualquier persona llegue a cuestionar un estado civil que viene*

consolidado de atrás, ni que pueda intentarlo cuando se le ocurra y en todo tiempo, por muy altruista que parezca o pueda ser el motivo aducido para desvirtuar una situación familiar en cuya construcción afectivamente se han afirmado lazos sólidos y definitivos. (...) La Corte Suprema de Justicia ha conservado con ahínco la tesis de la permanencia de estos criterios restrictivos señalados por el legislador, y en lo que respecta con la familia legítima, ha señalado justamente que es necesario 'proteger la intimidad y el sosiego de los hogares formados bajo la tutela del matrimonio, previniéndolo contra los ataques malintencionados y alejándola de todo escándalo', sentencia de casación de 2 de octubre de 1975”.

Sin embargo, se observa que los planteamientos expuestos, si bien responden a los fines altruistas de la protección al grupo familiar debidamente constituido, dentro del cual incide el concepto de la legitimación y consecuentemente el de su impugnación, deben ser revisados por el desarrollo que el concepto de “familia” ha tenido tanto en el aspecto social, como en el campo constitucional, legal, doctrinario y jurisprudencial.

Es así como de forma paralela al matrimonio se fueron estableciendo uniones afectivas que, pese a derivar de un acuerdo de voluntades, no estaban constituidas con las formalidades establecidas por la ley, siendo objeto de consideración en los artículos 328 y 329 del Código Civil de la Unión, al tener a los hijos de la “concubina” de un hombre como hijos de éste y entendiendo a aquella como la mujer que viviera con un hombre públicamente como si fueran

casados, siempre que uno y otro estuvieren solteros o fueren viudos. Tales normas fueron derogadas por el artículo 65 de la ley 153 de 1887, pero en sus artículos 54 a 59 y 66 a 79 se contempló la figura de los hijos “*naturales*”, esto es, los nacidos fuera del matrimonio no siendo de “*dañado ayuntamiento*”, así como los ilegítimos no reconocidos solemnemente.

Con posterioridad, los hijos habidos en este tipo de relaciones fueron objeto de protección con la expedición de la Ley 45 de 1936, considerada de avance al darle la calidad de “*natural*” al “*nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí*” y al de la “*madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento*”, señalando pautas para su reconocimiento, incluido el caso de los concebidos por mujeres casadas; establecer presunciones de “*paternidad natural*”; contemplar la posesión notoria del estado de “*hijo natural*” y los pasos para la filiación; fijar obligación alimentaria a su favor y el de los ascendientes, así como normas sucesorales con las cuales, aunque de manera limitada, se les reconocía interés. Complementaron la misma las Leyes 75 de 1968 y 29 de 1982, esta última por medio de la cual se equiparan los derechos herenciales tanto de los descendientes como de los ascendientes, sin consideración a su calidad.

De manera alterna, se presentaron cambios respecto de las relaciones derivadas del matrimonio, toda vez que mientras el original artículo 152 del Código Civil contemplaba como única casual de disolución “*la muerte de uno de los cónyuges*”, con la expedición de la Ley 1ª de 1976 se estableció el divorcio

como motivo adicional para los “*matrimonios civiles*” y en la Ley 25 de 1992 se reguló lo relativo a la cesación de los efectos civiles del “*matrimonio religioso*”.

Por su parte, la Ley 54 de 1990 dio luz al concepto de la “*unión marital de hecho*”, cuya existencia puede establecerse mediante las presunciones legales contempladas en su artículo segundo, referentes a que la misma sea superior a dos años y que sus integrantes no tengan impedimento legal para contraer matrimonio o que de haberlo, por parte de uno o ambos, la sociedad o sociedades conyugales anteriores hubieran sido disueltas y liquidadas.

En esa misma dirección el artículo 42 de la Constitución de 1991 contempló dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, los relacionados con la institución familiar, que en lo que tiene relación con el presente asunto contempla el que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable. (...) La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes*”.

Además, el sistema especial de protección en favor de los infantes del artículo 44 de la misma señala que “[s]on derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación

equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (...) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.(...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Es indudable que las modificaciones normativas se encaminan a reconocer la realidad social y la forma como ello trasciende en el desarrollo del individuo, con amparo en el derecho a la igualdad ante la ley y sin que la protección de situaciones de indefensión, como las de los menores, den lugar a políticas discriminatorias o de inequidad.

Precisamente los principios antes señalados inspiraron la promulgación de la Ley 1060, expedida el 26 de julio de 2006, que introdujo cambios en el campo de la impugnación de la paternidad y la maternidad, al reformar los artículos 213, 214, 216 a 219, 222 a 224, 248 y 337 del Código Civil y derogar de manera expresa el 215, 221 y 336 *ibídem*, así como el 5º y 6º de la Ley 95 de

1890, y 3º de la Ley 75 de 1968, los que tienen incidencia en este asunto, como pasa a destacarse a continuación:

Los artículos 1º y 2º, que introducen cambios al 213 y 214 del Código Civil, sustituyen la “*presunción de legitimidad*” por una más genérica “*presunción de paternidad*”, dando cabida a tener como hijos de la relación a los nacidos durante el matrimonio o la unión marital de hecho, lo que se puede desvirtuar en “*un proceso de investigación o de impugnación de paternidad*”.

Con el artículo 4º se elimina la restricción de impugnar solo por parte del marido que contemplaba el 216 *ibídem*, para enunciar sin carácter limitativo que lo podrán hacer “*el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento (140) días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico*”.

El artículo 5º modifica a su vez el 217 contemplando la facultad del hijo de impugnar en cualquier tiempo, la utilización de pruebas científicas y la intervención de “*quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico*”.

La reforma al canon 218, según el 6º de la Ley, señala de manera expresa el deber de vincular “*al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los*

derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre” (subrayas fuera de texto).

Los principales cambios que se observan tienen que ver con la pérdida de connotación de legitimidad derivada del vínculo matrimonial, para extender la presunción de paternidad a los hijos concebidos durante la existencia de unión marital de hecho, situación que justifica el que también se confiriera la posibilidad de reclamar contra la misma, fuera del “cónyuge” y el “hijo”, al compañero permanente y la madre, además de la participación del “supuesto padre biológico” dentro de un trámite en el cual puede intervenir activamente en la solicitud y objeción de la prueba técnica, lo que le permite, sin duda alguna, ejercer los mecanismos de defensa contemplados para las partes.

Es importante tener en cuenta que dentro del trámite surtido por la Ley 1060 de 2006 en el Congreso, se contempló la posibilidad de que en el articulado quedaran de manera expresa como legitimados para impugnar la paternidad los “presuntos padres biológicos”, en aras de la defensa de los derechos del menor y en aplicación del principio de la economía procesal.

Así quedó consignado en el pliego de modificaciones para el primer debate en la Cámara, publicado en la Gaceta 591 de 4 de octubre de 2004:

“4. Titularidad de la impugnación de la paternidad o de la maternidad. Terceros con interés, herederos y ascendientes. (...) El sistema normativo vigente en el artículo 216 del Código Civil prevé que sólo el marido puede reclamar

contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio, limitación que en nuestro criterio debe desaparecer, dado que no sólo es interés del marido el conocimiento de la verdadera filiación de los hijos concebidos en el matrimonio, sino que tal como lo dispone el artículo 44 de la norma superior, cuando es la filiación de menores lo que está en entredicho, se vulneran derechos fundamentales de los niños y dichos derechos prevalecen sobre los demás.(...)

Asimismo, pretendemos ampliar la titularidad a la madre y a cualquiera que previamente y en forma sumaria acredite interés ante el Juez, con el fin de incluir dentro de esta última categoría a los ascendientes, a los herederos y a los presuntos padres biológicos en aras de la economía procesal, con relación a los últimos, lo pretendido es que al interior del proceso y luego de que proceda la impugnación de la paternidad o maternidad, el Juez declare la paternidad o la maternidad en aras de proteger los derechos del menor o, como se expresó anteriormente, simplemente atender al principio de economía procesal”.

Dicha propuesta quedó plasmada en la reforma que se le hizo al artículo 216 siendo aprobada en primer y segundo debate, así como en la plenaria de la Cámara, en la cual se señaló como parte de la fundamentación de la reforma que *“Lo que buscamos con este proyecto de ley, es que la impugnación se pueda hacer si es por parte de la persona, del interesado o sea del hijo, se pueda hacer en cualquier momento de su vida; pero también, que si el padre o la madre presuntos, la puedan hacer dentro de los 180 días, es decir, se amplíe el plazo de 60 días a 180, pero, si la sospecha aún sigue, puede la persona, el padre o madre que quiera hacer la impugnación, pedirle a Bienestar Familiar con cargo a su*

costo que se haga la prueba de ADN; si esta prueba de ADN, es superior al 99.9 % se le dan 180 días más, para que pueda impugnar la paternidad. Por eso al proyecto de ley, que tenía el título de modificación al Código Civil, se le ha cambiado el título y se le ha dado: Proyecto de ley, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad, es decir con este proyecto de ley lo que buscamos es actualizarnos, venir al actual milenio, ya que todavía nosotros nos estamos rigiendo por una norma que data de finales de 1887; eso es más o menos, en síntesis, lo que trata este proyecto de ley; actualizar y permitir que se puedan corregir muchas injusticias, donde en este momento hay padres que no son los padres biológicos, pero son los padres legales que tiene, han tenido que reconocer a un hijo, darle los apellidos y fuera de eso pagar las cuotas alimentarias”.

Ya en curso del primer debate en el Senado se suprimió la facultad que se proponía en el citado artículo 216, respecto de que la impugnación podía ser propuesta por el “*presunto padre biológico*”, con la advertencia de que no fue producto de la inconformidad o desacuerdo de los congresistas, sino en virtud de la siguiente manifestación que obra en la Gaceta 691 de 3 de octubre de 2010:

“Se suprime acreditar sumariamente ante el juez, por cuanto los padres biológicos pueden impugnar por derecho propio en cualquier tiempo conforme al artículo 406 del C.C., situación puesta de presente por la Corte Constitucional en Sentencia C-109 1995, donde le dio preeminencia expresa al citado artículo 406 'significa que cuando una persona acumula la impugnación de la presunción de

paternidad con una acción de reclamación de la paternidad, entonces el proceso se regirá, de ahora en adelante, por el amplio artículo 406 del Código Civil, y no por las normas restrictivas que regulan la impugnación', por lo cual la norma iría en contra de dichas directrices jurisprudenciales”.

No obstante lo narrado, se dejó la alusión al “*padre o madre biológico*” en el artículo 217 con la posibilidad de solicitar la práctica de prueba científica para desvirtuar la paternidad o maternidad, tal como continuó en el restante curso legislativo.

Quiere decir lo anterior que en ningún momento se contempló una intervención restringida del “*padre o madre biológicos*” dentro del proceso de impugnación, como si se tratara de unos convidados de piedra o sujetos pasivos meramente destinatarios de la acusación activa del respectivo estado civil consolidado, a cargo de las personas expresamente autorizadas para hacerlo.

Desde su génesis se les consideró como una parte más dentro de la litis, con la posibilidad de actuar como demandantes a fin de desvirtuar la presunción de paternidad o maternidad que les impedía reconocer al hijo, así como con una participación activa en caso de que llegaran a ser vinculados, en aquellos procesos en que iniciada la impugnación se pretendiera establecer de manera simultánea la verdadera filiación de aquel.

Adicionalmente, lo que en últimas motivó su exclusión dentro del texto que reemplazó el artículo 216 y que según el cambio al 217 puedan intervenir en

la práctica de las pruebas científicas, no tiene una justificación diferente a la consideración de que “*los padres biológicos*” cuentan con una facultad expresa para pretender la impugnación de la paternidad, en acumulación al reconocimiento, en los términos del artículo 406 del Código Civil, que consagra la acción de reclamación del estado civil en cabeza tanto del hijo como de “*quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros*”.

En ese entendido, no queda asomo de duda a que la Ley 1060 de 2006 eliminó los escollos que inhibían que el padre biológico pudiera promover la acción de impugnación de paternidad, toda vez que, ciertamente, le asiste un interés propio y autónomo, siempre y cuando esté plenamente establecida su calidad, ya que de no ser así carecería de legitimación para hacerlo.

Ahora bien, el hecho de que la demanda se haya presentado antes de la expedición de la Ley 1060 de 2006, época para la que, indiscutiblemente, según la legislación y la jurisprudencia, se encontraba impedido el “*padre biológico*” para reclamar contra la legitimidad de la menor, no tiene incidencia en el presente asunto por prevalecer hoy el interés de develar la verdadera identidad de quien está sometido a especial protección por parte del Estado. Máxime cuando en el párrafo del artículo 14 *ibídem* se estableció una nueva oportunidad en pro de quienes, habiendo accionado, obtuvieron fallos adversos ante la presencia de figuras extintivas.

En ese orden de ideas, si bien en este caso no se propuso la excepción de caducidad de la acción de impugnación en cabeza del padre biológico, como

contempla la norma, ni aparecen elementos que obligaran a su reconocimiento de oficio, la sola limitación que existía al momento en que se inició la litis y sin consideración a la preceptiva aplicada por el *ad quem*, hubiera concluido en un fallo adverso al padre biológico, a pesar de contar con tres dictámenes que acreditan la vocación de prosperidad de sus intereses, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial.

Sin embargo, en el entendido de que si la reclamación del estado civil puede ser formulada en cualquier momento, indefectiblemente hubiera podido acudir a su ejercicio simultáneamente con la acción de impugnación que iría aparejada a ella como consecuencia de la nueva situación, con posterioridad al mes de junio de 2006, momento para el cual se encontraba en curso el proceso.

Quiere decir lo anterior, que la situación planteada obliga una interpretación sistemática de las normas que rigen la materia y pretenden dar valor a la realidad material existente en relación con la filiación, prevaleciendo el espíritu del legislador, aún para aquellos casos en que los resultados serían adversos por haberse iniciado con anterioridad a la expedición de la norma, lo que cuenta con pleno respaldo legislativo y sobre lo que tiene dicho la Corte:

“De otro lado, en el párrafo transitorio del artículo 14 se determinó que 'Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, las personas que hayan impugnado la paternidad o la maternidad y esta haya sido decidida adversamente por efectos de encontrarse caducada la acción, podrán interponerla nuevamente y por una sola vez, con sujeción a lo previsto en

los incisos 2 y 3 del artículo 5° de la presente ley'. (...) Este último precepto constituye, según palabras de la propia Corte, "la consagración de un derecho adicional en pro de las personas que formularon demanda de impugnación de la paternidad o de la maternidad y se les haya decidido de manera adversa con apoyo en la figura extintiva, puesto que al entrar en vigencia dicho ordenamiento jurídico, el término rehabilitado ya estaría fenecido" (sentencia de 29 de julio de 2009, exp. 00451-01). (...) Su aplicación, sin duda, conlleva la remoción de situaciones consolidadas en el pasado, como son las concernientes a procesos de impugnación de la paternidad, que la jurisdicción había desestimado por no satisfacerse los términos de caducidad; esto es, que con evidente carácter retroactivo, el legislador estimó como oportuno dejar a un lado la figura de la cosa juzgada, para en su lugar dar una nueva posibilidad a las 'personas' que opugnaron sin éxito, todo, en aras de darle prevalencia a los resultados arrojados por la prueba científica, mismos que no ameritarían que alguien respondiera 'por alimentos de hijos que no son y en forma injustificable' (Gaceta del Congreso No. 591, pág. 2). (...) El aludido 'derecho adicional', como tuvo la oportunidad de nominarlo la Corte, se extiende a 'las personas que hayan impugnado la paternidad', sin que sea preciso entrar en digresiones sobre quienes son ellas, pues, por sabido se tiene que el artículo 27 del Código Civil indica como pauta esencial de interpretación que 'cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá a pretexto de consultar su espíritu' (sentencia de 1° de noviembre de 2011, expediente 2006-00092).

En resumen, si bien para el momento en que se inició el trámite de impugnación estaba vigente el criterio que lo consideraba inviable en cabeza del “*padre biológico*”, se produjo un cambio de facto con la expedición de la Ley 1060 de 2006 al eliminarse la restricción de que, a más del hijo, en vida del marido sólo él estaba facultado para hacerlo.

Una modificación de tal entidad, que trasciende al campo de los derechos fundamentales que protegen la institución familiar, contemplados en el artículo 42 de la Constitución Nacional y los demás conexos a que se refiere el 94 *ibídem*, entre los cuales está el de dilucidar la verdadera filiación de sus integrantes, es de aplicación inmediata.

Consecuentemente, sus alcances se extienden a las actuaciones que para la definición de la relación paterno filial hubieran estado en curso al momento en que entró a regir, como ocurre en este caso.

La censura, entonces, no prospera.

F. Cargo segundo:

Acusa la violación indirecta por falta de aplicación de los artículos 216, 217 y 219 del Código Civil, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la declaración de parte rendida por Claudia Virginia Salazar Monroy y la falta de valoración de la fecha en que fue expedido el examen genético presentado como anexo de la demanda.

Lo fundamenta de la manera que se sintetiza:

Las acciones contempladas para la impugnación de paternidad y maternidad deben ser promovidas dentro de términos estrictos *“con miras a ofrecer seguridad jurídica y a revestir la filiación y el estado civil de la estabilidad que requiere, en atención a que trata de intereses superiores que conciernen a la familia y a la sociedad”*.

Así, conforme al original artículo 217 del Código Civil *“toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer dentro del matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto”*, lo que fue modificado por los artículos 5° y 6° de la Ley 95 de 1890, al otorgarse la posibilidad de que lo hiciera en cualquier tiempo *“en caso de divorcio declarado por causa de adulterio, siempre que probara que durante la época en que pudo tener lugar la concepción no hacía vida conyugal con su mujer, y cuando el nacimiento del hijo se verificara después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó el hogar conyugal”*, derecho que se extendía a los descendientes del esposo en algunos supuestos y sólo cuando éste hubiera fallecido, al tenor de los artículos 220 y 221 de la codificación inicialmente citada.

Con posterioridad, la Ley 75 de 1968 en su artículo 3° numeral 3° contempló la misma posibilidad para el hijo en cualquier tiempo *“cuando su nacimiento se haya verificado después del décimo mes siguiente al día en que el marido o la madre abandonaron definitivamente el hogar conyugal”*, norma cuyo

alcance fue determinado en la sentencia C-109 de 1995 que la encontró exequible *“bajo el entendido de que se extendieran al hijo las causales reservadas al marido y que, si el hijo acumulaba la acción de reclamación y la acción de impugnación, debía darse aplicación preferente al artículo 406 del Código Civil”*.

Por tanto, *“la impugnación de la legitimidad estaba fundamentalmente reservada al marido y al hijo”* en las circunstancias anotadas.

Para el momento en que se presentó la demanda, esto es, el 3 de febrero de 2005, el accionante no estaba legitimado y, de considerarse que lo estaba, el término para promover la impugnación era de sesenta (60) días *“perentorio que se le otorgaba al padre o a los herederos o a las personas con interés actual”*, a computarse *“desde el momento en que coligió que supuestamente era el padre biológico”*, el cual se encontraba ampliamente superado en esta oportunidad por cuanto Rafael Ángel Ortiz Bayona tuvo conocimiento de la condición alegada con una antelación superior a ese lapso, en cualquiera de los siguientes supuestos:

Desde el momento mismo de la gestación y con el nacimiento ocurrido el 29 de julio de 1994, toda vez que la menor fue fruto de un embarazo planeado por Claudia Virginia Salazar Monroy, quien lo enteró de tal situación y así lo manifestó en la diligencia de interrogatorio que se le practicó.

Al recibir el resultado de la prueba genética practicada por “*Servicios Médicos YunisTuybay & Cia. S. en C. Instituto de Genética*” el 29 de julio de 2004.

Conforme a los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887 “*los términos que hubiesen empezado a correr se rigen por la ley vigente al momento de su iniciación; y que si los términos se hubiesen completado en la vigencia de la ley anterior, no pueden regirse por la ley posterior*”, lo que sería aplicable en este caso en el que todas las circunstancias planteadas ocurrieron antes de la expedición de la Ley 1060 de 2006.

A pesar de “*advertir que en la constancia de reparto que obra en el expediente (folio 1, cuaderno No. 1). Aparece una nota que indica que hubo un reparto anterior llevado a cabo el día 9 de septiembre de 2004*”, sin que se sepa que ocurrió con el mismo, “*para los efectos procesales, se trata de una actuación que no es oponible, pues no fue notificada a mi representado*”.

G. Cargo tercero:

Se acusa la sentencia del Tribunal de incongruente, causal segunda, por cuanto omitió declarar de oficio la excepción de caducidad.

El ataque se sustenta así:

Los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, modificados por el Decreto 2282 de 1989, contemplan el principio de la congruencia, en virtud

del cual la sentencia debe estar en consonancia con *“las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*, así como el deber del juez de declarar oficiosamente las que halle probadas, excepto las de *“prescripción, compensación y nulidad relativa”*.

Al estar establecida la caducidad *“desde la propia presentación de la demanda”*, sin que exista restricción a su reconocimiento por parte del fallador, así debió declararlo.

En sentencia de esta Corporación de 21 de mayo de 2010, se *“ha señalado como al juez no le corresponde pronunciarse sobre otros asuntos ni hacer una valoración de las pruebas cuando aparezca la ocurrencia de la caducidad”*, por lo que *“los sentenciadores de primera y segunda instancia debieron abstenerse de realizar una valoración de las pruebas y limitarse a declarar la caducidad (...) pues la misma impide el ejercicio de la acción”*.

H. Consideraciones de la corte

Si bien los ataques difieren por referirse a yerros de juicio y de procedimiento, su estudio se hace conjunto por cuanto sus fundamentos, la caducidad y la finalidad buscada con ella, están sustentados en hechos similares, circunstancias que ameritan explicaciones comunes.

La acción de impugnación fue formulada por Rafael Ángel Ortiz Bayona al tener conocimiento del resultado del examen de ADN que se hicieron él y la menor Diana Sofía Cuellar Salazar, que arrojó un *“índice de paternidad*

acumulado” de 115689 y “*probabilidad acumulada de paternidad*” de 99.999135624%.

El *ad quem* dictó sentencia confirmando íntegramente el fallo de primer grado que acogió la impugnación de la paternidad invocada por el promotor en su calidad de padre biológico y no hizo ninguna mención al punto relativo a la eventual caducidad para presentar este reclamo.

Considera el recurrente que, de reconocerle derecho para reclamar a quien se reputa como padre biológico, la oportunidad para hacerlo ya se encontraba vencida en virtud de que había transcurrido más de sesenta (60) días desde el momento en que supo de la existencia de la menor, bien que se tuviera en cuenta la fecha del nacimiento o la calenda en que se practicó la experticia aportada con el libelo.

En el plenario se encuentran debidamente acreditadas las siguientes circunstancias que tienen incidencia en la resolución a adoptar:

Que en vigencia del matrimonio entre Claudia Virginia Salazar Monroy y Alberto Cuellar Borrero, aquella sostuvo relaciones extramatrimoniales con Rafael Ángel Ortiz Bayona (folios 16 y 24).

Que Diana Sofía Cuellar Salazar nació el 29 de julio de 1994.

Que el informe de paternidad de las muestras tomadas a Rafael Ángel Ortiz Bayona y a Diana Sofía Cuellar Salazar, se practicó el 21 de junio de 2004 y se rindió por el laboratorio el siguiente 29 (folios 4 a 6).

Que esta demanda se presentó el 8 de febrero de 2005 (folio 12 vuelto).

Que el 26 de julio de 2006, estando en curso el trámite respectivo se expidió la Ley 1060, publicada en Diario Oficial N° 46341, fecha a partir de la cual entró en vigencia.

Para el planteamiento de la violación indirecta de la ley sustancial, ante la presencia de yerros de facto en la calificación dada a los medios de convicción obrantes en el plenario, la labor del inconforme debe encaminarse a demostrar, de manera clara y concreta, la equivocación en que se incurrió por el juzgador, sin que sus argumentos puedan ser una mera especulación o el planteamiento de un modo de interpretarlos alterno al que realizó el *ad quem*. De igual manera debe tenerse en cuenta que las normas sustanciales que se señalan como transgredidas sean las aplicables al caso concreto, sin que exista campo para la interpretación del querer del inconforme en vista del carácter eminentemente dispositivo del recurso.

Al respecto tiene dicho la Corte que *“la impugnación por error de hecho busca establecer la figuración por el fallador de una prueba ausente o la ignorancia de la existente en los autos, hipótesis comprensivas de la desfiguración del medio probatorio, ora por adición de su contenido (suposición),*

ya por su cercenamiento (preterición); asimismo, por mandato legal (artículos 368 y 374 del Código de Procedimiento Civil), el yerro, debe ser manifiesto, es decir, protuberante, a primera vista y contra la evidencia establecida en el proceso” (sentencia de 2 de julio de 2010, expediente 2001-00847).

Por su parte la invocación de la inconsonancia deriva de una actuación del fallador que se aleja de la realidad procesal planteada, confutada y demostrada, con la emisión de un fallo que lesiona unos intereses claramente establecidos, ya sea por exceso, por defecto o por preterición.

Tiene establecido la Sala que *“cuando el ataque en casación se funda en la causal segunda de las previstas en el artículo 368 ibídem, encaminado al establecimiento de un vicio de disonancia, la Sala ha dicho que, en orden a establecer si ella tuvo suceso o no, su búsqueda ha de comenzar por un cotejo entre los hechos, las pretensiones y las excepciones propuestas o que aquél ha debido reconocer de oficio de aparecer probadas, con la parte resolutive de la decisión, pues a partir de lo que emerja de ese contraste podrá determinarse si el fallo desbordó por exceso o por defecto los límites trazados por los enunciados actos procesales; involucra entonces este motivo un vicio de construcción formal o de actividad in procedendo. Por tanto, el desacople en cuestión puede tener ocurrencia cuando el funcionario decide más de lo pedido –ultra petita–, resuelve asuntos no sometidos al litigio –extra petita–, omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones del actor o respecto de los hechos aducidos por el demandado –*

mínima petita— o que debió reconocer de modo oficioso”(sentencia de 23 de agosto de 2011, expediente 2002-00297).

La improperidad de los cargos es evidente, tal como pasa a explicarse:

La base del fallo consistió en que *“la demanda fue presentada antes de la expedición de la Ley 1060 citada; sin embargo, la legitimación en la causa debe evaluarse en el momento de proferir la sentencia correspondiente y, en el caso presente, se encuentra que el demandante la tiene por activa, conforme con lo dicho en las disposiciones legales citadas en la doctrina anteriormente transcrita”* en clara alusión al inciso 1° del artículo 217, en la redacción del artículo 5° de la Ley 1060 de 2006, sin que se viera constreñido a revisar la ocurrencia de la caducidad.

No lo hizo porque al considerar la fecha de producción del proveído como determinante del surgimiento de ese interés, con amparo en las reformas legislativas que se produjeron estando en curso el debate, se hacía intrascendente establecer si existía *“legitimación”* cuando se acudió a la justicia o cuando fueron notificados los contradictores, de donde emerge que contempló la posibilidad de que la misma no concurriera en tales épocas. Por lo tanto, no era viable, como se desprende del pronunciamiento objeto de revisión concluir, como lo reclaman con vehemencia las acusaciones planteadas, que se hallaba extinguida la prerrogativa para formular la impugnación de la paternidad por el padre biológico.

Al margen de cualquier consideración sobre esos planteamientos, en el presente caso no se configuraban los efectos extintivos que se derivan de la caducidad, si se tuviera por aceptada su ocurrencia desde el mismo momento en que se radicó el escrito introductor en las oficinas de reparto, con amparo en el párrafo del artículo 14 de la Ley 1060 de 2006, que concedió una nueva oportunidad para impugnar a quienes hubieran obtenido fallos adversos por la ocurrencia de dicha figura, situación que se hace extensiva a los procesos que estuvieran en trámite en virtud al referido presupuesto de interpretación sistemática de las normas a que se ha hecho alusión.

Así se contempló por la Sala en oportunidad pretérita, en aplicación de una hermenéutica apegada al criterio lógico, y por ende, alejada del rigor de la gramática, al considerar que “[a]nalizado literalmente el texto mencionado, tendría que concluirse que en este caso, la prerrogativa prevista en la referida normatividad no podría ser empleada por el accionante, toda vez que no se cumpliría el requisito de que tuviera decisión adversa con apoyo en tal figura extintiva, puesto que al entrar en vigencia dicho ordenamiento jurídico el término rehabilitado ya estaría fenecido. (...) La situación no puede ser analizada de tal modo en este caso, puesto que el párrafo transitorio tiene que extenderse en un escenario lógico y racional, lo que impide que su aplicación sea directa, a raja tabla, sin ninguna clase de análisis y estudio de las condiciones particulares que rodean el problema en concreto. (...) Aquí la demanda de impugnación se presentó en 1998, mucho antes de que se expidiera la Ley 1060 de 2006 que consagró la posibilidad descrita, hasta el punto de que apenas en la fecha de hoy

(la de esta sentencia), se está decidiendo la discusión planteada por el demandante frente a los reparos que viene formulando desde aquélla época respecto de la paternidad que expresamente reconoció frente a las menores accionadas. (...) La demora en el pronunciamiento de un fallo definitivo no puede acarrearle la pérdida de sus derechos ni alternativas legales, mucho más cuando no ha sido por hechos imputables a su dejadez o abandono, sino por el funcionamiento interno del aparato judicial y, como si lo anterior fuera poco, por la actitud abiertamente dilatoria y obstaculizadora que observó en el curso de la instrucción la progenitora y representante legal de sus supuestas hijas, quien siempre eludió la práctica de la prueba genética. (...) Por consiguiente, en aras de una solución acorde con la voluntad del legislador y armonizando la situación específica de quien, como acá ocurre, por no habersele decidido la controversia antes de que se agotara el término complementario otorgado por el legislador en la ley referida no tuvo posibilidad cierta de ajustar su comportamiento a dichos lineamientos legales, deberá analizarse el problema como si dicho tiempo adicional todavía no estuviera corriendo, y además, atendiendo el contenido de la “prueba genética” que es categórica en el sentido de concluir que frente a dicho menor se presenta la exclusión o incompatibilidad de la paternidad. (...) Consecuentemente, no puede declararse próspera respecto a la aludida parte contradictora, la caducidad alegada...” (sentencia de 29 de julio de 2009, exp. 2002-00451-01).

Quiere decir lo anterior que no se configura el error de hecho en lo que se refiere a la indebida apreciación de los medios de prueba, toda vez que el marco

temporal que se pretende establecer tanto de lo narrado por Claudia Virginia Salazar Monroy, en su calidad de madre de la menor, así como de la fecha del “*informe de los estudios de Paternidad*” rendido por “*Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C. Instituto de Genética*”, ninguna relevancia tendría en contraposición con la labor hermenéutica del *ad quem*, que se acompasa con los actuales criterios jurisprudenciales.

De igual manera, tampoco encontraría eco la señalada incongruencia del fallo, pues si, como razonadamente se concluye, no existe cabida para la caducidad en la situación sometida a debate frente a las particularidades que la rodearon, estaba exonerado el fallador de segundo grado de realizar pronunciamiento alguno en tal sentido, sin que en el presente caso se pueda apreciar de qué manera podía contemplar el juzgador la posibilidad de que un derecho surgido en el curso del proceso pudiera considerarse extinto de manera simultánea.

Fracasan, en consecuencia, los dos cargos analizados. Dado que la decisión es adversa al impugnante, de conformidad con el último inciso del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el 19 de la Ley 1395 de 2010, se le condenará en costas y se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho, en atención a que aquí hubo replica (folios 101 a 104).

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 30 de junio de 2010, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Rafael Ángel Ortiz Bayona en contra de Alberto Cuellar Borrero y de la menor Diana Sofía Cuellar Salazar.

Costas a cargo de la parte recurrente, las que liquidará la Secretaría e incluirá como agencias en derecho la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000).

V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión doctrinaria: Los presupuestos teóricos como la verdad biológica, interés superior del niño y derecho a la identidad

5.1.1. Principio de la verdad biológica y derecho a la identidad

Es un hecho indiscutido que una de las características o paradigmas del Nuevo Derecho de la Filiación, cuyos modelos normativos comienzan a diseñarse y ponerse en vigor a partir de la segunda mitad del siglo XX, es la sustitución del principio de la verdad formal por el de la verdad biológica en el establecimiento jurídico de los lazos de filiación, paternidad y maternidad. Podría decirse que este principio y el de igualdad de derechos de los hijos, son los dos ejes sobre los que se han construido las reformas al modelo tradicional de regulación de la filiación, que procede de la codificación decimonónica.

El principio de la verdad biológica fue impulsado no sólo por cambios ideológicos y culturales, sino también -hay que reconocerlo- por los avances científicos que, por medio de test genéticos, hicieron posible la demostración probatoria tanto de la exclusión como de la inclusión de paternidad. Normalmente, no se trataba de averiguar quién era la madre de un niño, ya que en la maternidad el hecho del parto indica con facilidad la identidad de la progenitura (de allí el adagio *mater semper certa est*).

Era la paternidad la que en muchas ocasiones se escabullía de la determinación jurídica. Las políticas legislativas trataban de evitar juicios que causaban escándalo social sin que hubiera maneras de determinar indubitablemente una verdad que pudiera justificar la discusión judicial. Por eso,

las trabas por ejemplo para impugnar la filiación legítima y el otorgamiento al marido del derecho casi exclusivo de desconocer al hijo nacido respecto de la mujer que contrae nupcias, y las dificultades para reclamar la filiación incluso ilegítima o natural respecto de personas casadas.

Las concepciones de que se podía comprobar la verdadera filiación y de que era un derecho del hijo conocer esa realidad abrieron este terreno erizado de cortapisas y restricciones, para dar lugar a la libertad de investigación de la paternidad, a lo que se sumó, aunque con menos relevancia práctica, la de la maternidad.

El principio de verdad biológica nace, por tanto, como un estándar normativo que va en beneficio del hijo que ha sido procreado, pero que va más allá, por cuanto se entiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde a la realidad biológica, y ello aunque vaya en contra del interés del hijo, que podrá quedar sin padre legal.

También se amplía al interés del padre biológico para impugnar la paternidad formal en beneficio no sólo del hijo sino del mismo progenitor demandante. Pareciera, en consecuencia, que el principio de verdad biológica es valorado no sólo como una expresión del principio de protección al hijo (favor filii) sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos.

En suma, el principio de verdad biológica es considerado un elemento que favorece una mejor organización y desarrollo de los lazos familiares que se generan por la filiación. En el fondo, la ley asume que la verdad, incluso aunque

inesperada y a veces dura, es mejor que la falsedad y la mentira en la regulación de la familia: verita libera nos (la verdad nos hará libres).

Con lo anterior no pretendemos negar que en una gran parte de los casos el principio de verdad biológica tiene por beneficiario al hijo. Es a éste a quien le interesa conocer quiénes son sus verdaderos progenitores y ello no sólo por la necesidad de reclamar de éstos los deberes de afecto y ayuda material conectados a la paternidad o maternidad, sino también porque él puede reconocerse y determinarse como individuo humano singular y único.

La pregunta ¿de dónde vengo?, ¿cuál es mi historia?, se presentan como fundamentales para la construcción de una personalidad psicológicamente sana. De allí que rápidamente se haya conectado el principio de verdad biológica, como un derecho del hijo, y más específicamente, del hijo a construir su propia identidad. El principio asume entonces la característica de un derecho humano, derecho fundamental o derecho de la personalidad tutelado por instrumentos jurídicos de alto rango: tratados internacionales y constituciones.

El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles declara que; todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y que todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad; (art. 24 No. 2 y 3). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario (art. 18).

De aquí la Convención de Derechos del Niño avanza más hacia el derecho a conocer el origen biológico y dispone que, El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7 No. 1). Agrega además que Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas (art. 8 No. 1). El tratado sigue diciendo que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8 No. 2).

En el ámbito europeo el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que el derecho a la identidad forma parte del núcleo duro del derecho al respeto a la vida privada sancionado en el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos (*Pretty c. Royaume-Uni* n. 2346/02, 61, CEDH 2002-MI; *Bensaid c. Royaume-Uni* No. 44599/98, 47, CHDH 2001 -I), y que en él se contiene el derecho al acceso al expediente confidencial de un niño que ha sido colocado en la asistencia pública desde su temprana infancia (*Caskin c. Royaume-Uni*, 7 de julio de 1989, serie A No. 160) o a obtener información necesaria para el descubrimiento de la verdad concerniente a un aspecto importante de su identidad personal como lo es la identidad de sus progenitores (*Mikulic c. Coratie*, No. 53176/99, 54 y 64, CEDH 2002-I). La Recomendación 1443, de 26 de enero de

2000, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, para un respeto de los derechos del niño en la adopción internacional, contiene una invitación a los Estados para asegurar el derecho del niño adoptado de conocer sus orígenes a más tardar a su mayoría de edad y a eliminar de sus legislaciones nacionales toda disposición en contrario.

La Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de los niños y cooperación en materia de adopción internacional, dispone que las autoridades competentes del Estado contratante velarán por conservar las informaciones sobre los orígenes del niño, especialmente las relativas a la identidad de su madre y de su padre, así como los datos sobre el pasado médico del hijo y de su familia. Se asegura así el acceso del hijo o de su representante a esta información con los consejos apropiados, en la medida permitida por la ley de su Estado (art. 30).

En todas estas normas e interpretaciones jurisprudenciales puede apreciarse que se reconoce un derecho a la identidad, que parte por el nombre pero se desarrolla hasta las relaciones familiares y, concretamente, al derecho del niño a conocer la identidad de sus padres o progenitores biológicos, en la medida de lo posible. También surge un deber para el Estado de respetar esta identidad y de prestar asistencia y protección apropiadas para restablecer dicha identidad en caso de que sea afectada de algún modo. Entendemos que dentro de esas medidas está el acceso a la justicia y la posibilidad de determinar la verdadera identidad de los progenitores.

5.1.2. Interés superior del niño y derecho a la identidad

Pareciera que no hay desacuerdo en que tanto en las decisiones legislativas, administrativas como judiciales en las que se vean implicados menores de edad o niños, en los términos de la Convención de Derechos del Niño, el interés de éste debe ser considerado con particular relevancia. La Convención de Nueva York lo expresa claramente:

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. No discutiremos aquí en qué consiste específicamente este interés superior del menor, pero parece indisputable que el mandato imperativo de la Convención contiene al menos dos partes: primero la de identificar cuál sea el interés superior del niño, y segundo resolver o adoptar las medidas ateniendo a él de manera primordial, es decir, de alguna forma, privilegiada.

El estándar normativo del interés superior del niño cuando se trata de conflictos de intereses entre padres o ascendientes y un menor que es hijo, asume la denominación usual de favor filii, o interés superior del hijo. La reforma al régimen de filiación en el Perú lo aplicó expresamente en varias normas, que reflejan la influencia de la Convención de Derechos del Niño en materia de relaciones paterno-filiales.

Se señala así que: La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y

material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

A ello se agrega que en los procesos relativos a los derechos de los padres sobre los hijos, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Específicamente en materia de cuidado personal, la ley dispone que si bien a la madre toca el cuidado de los hijos, en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres.

A este estándar normativo que debe aplicarse a las contiendas en las que confluyen intereses diversos provenientes de los padres o de alguno de ellos y los hijos, hay que agregar ahora el derecho a la identidad, en su dimensión dinámica de conocer la historia personal y concretamente, dentro de lo posible, quiénes han sido los progenitores biológicos.

Nos parece que es bueno no confundir ambas figuras jurídicas: el favor filii o interés superior del hijo y el derecho a la identidad que le puede asistir. En primer lugar, porque el derecho a la identidad, si se le reconoce como tal, es más que un simple y mero interés, y tiene la consistencia y garantía de un derecho fundamental de las personas o, en términos civiles, de un derecho de la personalidad.

En segundo término, porque el derecho a la identidad corresponde a toda persona y no sólo a los menores de edad o niños, ni tampoco a los que invocan su estado filiativo. Debe recordarse que la noción de derecho a la identidad ha sido forjada para proteger primariamente la verdad de la persona proyectada en su vida social de distorsiones producidas por la libertad de información y de ahí se ha ido ampliando a otros ámbitos.

La distinción conceptual entre favor filii o interés superior del niño y derecho a la identidad pese a que ambos puedan resultar convocados en una determinada situación o conflicto, y así sucede, pensamos, cuando se trata del problema del conocimiento de la verdad biológica de la procreación. Lógicamente puede invocarse en su ayuda y auxilio el favor filio interés superior del hijo, puesto que es indiscutible que es conveniente y necesario para su desarrollo el que le sea posible conocer la identidad de sus progenitores.

Pero, además, ese interés será reforzado (o sustituido cuando el menor haya dejado de ser tal y esté en la adultez), por la necesidad de respetar su derecho a la identidad personal, a través del cual él puede exigir que el Estado y el ordenamiento jurídico le haga posible determinar cuáles son las raíces de su progenie.

A pesar de esta confluencia y relativa confusión en el caso concreto de la investigación de la paternidad o maternidad, resulta importante para la resolución de los conflictos el apreciar que deben ser ponderados tanto un interés (el del niño o hijo) como un derecho fundamental, el derecho a la identidad (ahora de toda persona cualquiera sea su edad).

5.2. Discusión normativa

Es de nuestro conocimiento que el menor, al amparo de sus derechos reconocidos y ratificados en los diversos mecanismos jurídicos nacionales e internacionales, tiene como derecho inherente, su identidad.

Hemos comprendido, que la identidad no solo se limita al ámbito legal, sino que tiene una implicancia sustantiva en el ámbito biológico, además de ser su génesis. El menor no solo comparte y es reconocido por nombres, apellidos y nacionalidad, que sus padres le han otorgado, sino que al mérito de su identidad, la componen los rasgos y características tanto físicas como psicológicas, y el reconocimiento por parte de su entorno, entiéndase por referidos no solo los padres, sino los familiares y cercanos.

Observemos el artículo 362° del Código Civil detalla: “El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.”

Claramente la ley muestra una preponderancia a la relación matrimonial, por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor. En tal sentido nuestro ordenamiento en la materia, permite la vulneración de derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también el derecho a su libertad, igualdad, desarrollo personal y social, y en su conjunción se estaría violando la dignidad del menor.

La familia como institución jurídica y social, es pilar fundamental en el desarrollo de cualquier país. El derecho de familia entonces, debe ser muy compacto y preciso, y por sobretodo adaptarse a la realidad, para así, lograr un

verdadero sentido a la norma protegiendo y promoviendo a la familia como institución base del derecho.

Sin embargo, existen aspectos y circunstancias que el derecho (en cualquier ámbito) no ha podido prever. Como lo hemos podido apreciar el derecho de familia, y en su subsecuente, el de filiación, no es extinto a ello

Es un caso específico, el artículo 396° del Código Civil detalla: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.” Observamos, como este artículo es concorde con el artículo 392, el legislador, prepondera lo antes mencionado, pero no prevé la situación real de nuestra sociedad actual. Con frecuencia podemos encontrar hijos extramatrimoniales, no reconocidos por el impedimento de “la mujer casada”, a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN). Ante este acontecimiento es válida la pregunta: ¿Podríamos decir que el niño ha quedado restringido de su derecho a ser reconocido?

El problema, se torna en su estado procesal, para el reconocimiento del menor, se necesitara la negación de paternidad y/o impugnación de paternidad, y no solo como un precedente probatorio, sino que después de interponerse la demanda, la sentencia resulte a favor del marido.

Como mencionamos en líneas anteriores, la ley prepondera el matrimonio civil- que en muchos casos ya no existe, por encontrarse en separación de cuerpos- sin percatarse del menor, que en este sentido, urge de su verdadera identidad. La filiación busca una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica y social, entre el padre y el menor.

La casuística en materia de filiación, nos muestra un razonamiento del juez en pro de buscar un amoldamiento entre la intimidad, relación matrimonial del padre o la familia y el derecho de identidad del menor (que no podemos presumir arbitrariamente, que carece de una familia). El juez por ende, puede calificar la demanda de impugnación de paternidad o filiación extramatrimonial, sobre la base del caso en concreto y a los requisitos y pruebas presentadas, por sobre la aplicación efectiva o no, de la ley en mención. Entendiendo, que no existe ninguna vulneración, porque el derecho a la identidad, está estipulado en la Constitución, norma suprema del estado.

El interés superior del niño, es altamente relevante en este punto, a pesar de que no tiene una extensa y mucho menos precisa definición jurídica.

El interés del menor, es en efecto un estándar jurídico: un modelo de conducta o de actuación jurídico social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidades sociales.

La definición de interés superior del niño, que como estándar jurídico, la normatividad o el accionar del juez inmiscuido en el proceso, y en la posterior sentencia, debe sin duda alguna, evaluar con un sentido de protección y en favor del menor, en los determinados casos, a fin de que el niño pueda obtener el mayor beneficio en su porvenir.

No podemos evitar mencionar, que el principio “interés superior del niño”, es pilar fundamental, en el accionar del Estado, respecto a los derechos, deberes, protección y desarrollo no solo del menor, sino también, de sus padres y su familia.

Finalmente podemos argüir, que tanto el juez, en su potestad jurisdiccional de aplicar la ley, debe prevalecer los derechos del menor, reconocidos en los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y respecto al derecho de filiación extramatrimonial en hijo de mujer casada, como se ha podido apreciar en la jurisprudencia peruana al respecto, en muchos casos la norma no se ajusta a la realidad, por consiguiente, el juez toma un adecuado sentido de razonamiento (con apego al interés superior del niño) para darle al menor, no solo su reconocimiento legal, sino la verdad biológica que pretende y necesita reconocer, para su pleno desarrollo.

5.3. Discusión jurisprudencial

La paternidad como realidad antropológica no se ordena únicamente a satisfacer una necesidad de la naturaleza: la reproducción y conservación de la especie. Sino que se ordena a crear unos vínculos de justicia, de responsabilidad, de solidaridad y de amor entre padres e hijos y otros parientes, como los abuelos que se encuentran entre los más cercanos. Por eso los hijos, todos, son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos no importa que sean matrimoniales, extramatrimoniales, adoptivos, etc.

La filiación tiene algunos efectos que originan derechos y deberes naturales, tales como la patria potestad, la obligación de alimentos de los padres, también cuando se han separado o divorciado, la relación paterno-filial entre el hijo y el padre o la madre que no tiene su guarda y custodia, el socorro y la ayuda mutua, el derecho-deber de educar al hijo, la herencia o derecho sucesorio que obliga a la reserva de la legítima y a ser el heredero legal prioritario (junto con el

resto de hermanos), a llevar los apellidos de sus padres, a adquirir la nacionalidad de los padres, etc. También, en derecho penal, la filiación y el parentesco pueden agravar la comisión de un delito familiar.

Las formas de determinar la filiación de un hijo son varias: 1) A través de la inscripción de su nacimiento en el Registro Civil. 2) Por sentencia firme. 3) Depende también de cada legislación nacional. 4) Existen unas presunciones como, por ejemplo, la presunción de maternidad mediante el parto; y la presunción de paternidad que considera que el marido de la madre será el padre del hijo de ésta porque existe un matrimonio y porque el nacimiento del hijo ha acaecido dentro del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. 5) Por la posesión notoria de estado que es la actitud de un aparente padre, es decir, un hombre que trata a un niño(a) como si fuera suyo: lo cuida, lo educa, le provee alimentos y vestido. 7) Por la exactitud de las pruebas de ADN (su práctica es voluntaria, no se puede imponer, pero la negativa injustificada a hacérsela permitirá al Tribunal presumir la posible filiación reclamada, junto con otros indicios)⁸⁷.

Respecto a las pruebas de ADN, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo sostienen que la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una “ficta confessio” del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser

⁸⁷ ALZATE MONROY, Patricia. La filiación y las relaciones paterno-materno-filiales. Extraído el 01/IV/2015 desde <http://www.am-abogados.com/blog/la-filiacion-y-las-relaciones-paterno-materno-filiales/1948/>

ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento.

Respecto a la acción de impugnación de la paternidad en España, se tiene que puede ejercerla el padre para desvirtuar la presunción de que son hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento (Artículo 136 del Código Civil español). El Tribunal Constitucional (TC) ha declarado inconstitucional este plazo de un año para impugnar la paternidad, aunque el padre tenga pruebas de que el hijo no sea suyo, porque imposibilita el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. El Tribunal Constitucional considera que “el legislador no puede obviar la presencia de valores como la protección de la familia y de los hijos y la seguridad jurídica en el estado civil de las personas”. Al mismo tiempo hace hincapié en que se debe posibilitar la investigación de la paternidad, “mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona, tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la

configuración de la paternidad como una proyección de la persona” (Sentencia TC (Pleno) 156/2005, de 9 de junio)⁸⁸.

Por otro lado en lo que respecta al hijo extramatrimonial, este es aquel hijo procreado fuera del matrimonio, siendo uno de los derechos de los niños el de conocer quien es su progenitor y que se le reconozca para ejercer sus derechos así como sus obligaciones que le corresponden⁸⁹.

Para el Código Civil son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Entre los medios de prueba de la filiación extramatrimonial son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad, mediante las cuales se asentarán una nueva partida o acta de nacimiento.

El reconocimiento del hijo extramatrimonial es de manera voluntaria, pues como sabemos al hijo nacido dentro del matrimonio se presume matrimonial. Las personas que pueden reconocer al hijo extramatrimonial son el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos, esa es la regla pero la excepción sería que los padres se encuentren incurso en algunas de las causales de incapacidad absoluta o relativa o se encuentren desaparecidos o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último caso, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo

Por otro lado, el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. El

⁸⁸ Ibídem.

⁸⁹ ROMERO CASTELLANO, César. El reconocimiento y la filiación extramatrimonial. Extraído el 01/IV/2015 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/50730/el-reconocimiento-y-la-filiacion-extramatrimonial>.

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. El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. Este es el caso que uno de los cónyuges esta ausente por diversos motivos, como el de enfermedad, viaje, negocios, etc., tiene noventa días desde que tuvo el conocimiento del nacimiento de esta persona para negar el reconocimiento que es hijo suyo.

El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, es decir una persona que no considera que la persona que lo ha reconocido sea su padre o madre, cuando tenga diecinueve años o si es mayor de edad y cesa su incapacidad, puede negar dicho reconocimiento.

La declaración judicial de filiación extramatrimonial, surge cuando la persona presuntamente padre o madre niega que es progenitor de esa persona, aquella tendrá la posibilidad que se le reconozca como hijo suyo en la vía judicial. Sin embargo cabe precisar que lo señalado anteriormente no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. Es decir, si la persona no niega que una persona sea hijo suyo, aquella persona fuera del matrimonio no podrá declararse como padre por filiación judicial extramatrimonial.

En ese contexto estando a lo señalado cabe precisar que de la encuesta realizada en la presente investigación a los profesionales en derecho se ha llegado a establecer que los fundamentos básicos para que el padre biológico del hijo de

mujer casada pueda cuestionar la presunción de paternidad existente, es el derecho a la verdad y a la identidad del ser humano y todo lo que este implica, precisando en este extremo que el Tribunal Constitucional en la RTC Exp. N° 02432-2005-PHC/TC señala que “el derecho a la identidad comprende el nombre, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación a que el Estado reconozca su personalidad jurídica”; luego, se ve reflejado en otros textos legales como el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 6.

Puesto que en la realidad se dan situaciones en las que el hijo quiere impugnar su filiación matrimonial y que se le reconozca como hijo del padre biológico; o en los que éste quiere impugnar tal filiación y reconocer a su hijo legalmente, sin embargo, se les deniega tal pretensión con el argumento de que legalmente, nadie, excepto el marido puede impugnar la filiación matrimonial, con lo que queda demostrado que estas normas que regulan tal hecho sin lugar a dudas afectan derechos del hijo y de quienes tuvieran legítimo interés.

En tal sentido teniendo en cuenta los artículos 1°, 2° inciso 1, 139° inciso 3, de la Constitución política, seguir afirmando que sólo el marido puede impugnar la presunción de paternidad matrimonial y dentro de un determinado plazo, parece a todas luces contrario a lo que la Constitución establece como principios ordenadores de la identidad y filiación de las personas, así como de defensa de su dignidad humana.

5.4. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada ha quedado validada en mérito de los siguientes fundamentos:

Hace algunos años atrás, resultaba indignante para algunos, inmoral para otros y se considerada "tabú", toda conducta adúltera de la mujer casada; sin embargo, en pleno siglo XXI ya no resulta en modo alguno, ser sorpresa, el enterarnos que una mujer casada tuvo un hijo extramatrimonial con un tercero ajeno al vínculo matrimonial.

Es por ello que el caso que nos ocupa en esta oportunidad se encuentra dirigido a determinar el nivel de protección normativa que otorga nuestro Código Civil al menor nacido como consecuencia de una infidelidad o no, de la madre. Decimos que puede o no tratarse exclusivamente de un acto de infidelidad, toda vez que puede tratarse de un ajuste de cuentas entre los esposos (el esposo puede haber sido infiel en una primera oportunidad y la mujer decide actuar del mismo modo y consecuencia de ello nace el hijo extramatrimonial), de una necesidad económica de supervivencia que obligue a la mujer a sostener relaciones íntimas con un tercero, de un abandono -temporal- del hogar conyugal del marido o de cualquier otra circunstancia.

En nuestros días es frecuente encontrar niños y niñas nacidos dentro de un matrimonio, cuyo padre no es el marido de la madre. Esto supone la existencia de niños y niñas que formalmente (o legalmente) tienen por padre al marido de la madre, en función de la regla de presunción de paternidad contenida en nuestro Código Civil.

El padre que no se considere tal, puede negar esta paternidad (esta acción se encuentra reservada al marido y al propio hijo cuando alcance la mayoría de edad).

Sin embargo el padre biológico no se encuentra facultado por ley para interponer esta acción contestatoria de paternidad.

En estos tiempos, con el avance de la ciencia se puede afirmar que a través de la prueba de ADN se puede demostrar la verdadera filiación de una persona. Esta prueba biológica, ha dado certeza a la filiación y a la identidad del niño.

El hijo adulterino es aquél que fue engendrado por hombre y mujer que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque uno de ellos o ambos estaban casados con otra persona. En la mitología griega Zeus casado con Hera es un infiel recurrente, en su relación con Alcmena concibe al último de sus hijos, Hércules, quien es perseguido implacablemente toda su vida por la burlada Hera. Afrodita, la diosa del amor, estando casada con Hefesto le es infiel con Ares, el marido enterado de esta relación los ata en su lecho y llama a todos los dioses para que se enteren, ellos se burlan del marido; de esta relación adulterina nace Harmonía.

Todo lo cual nos hace ver que la infidelidad matrimonial es tan antigua como la existencia humana misma, siendo una conducta reprochable jurídica y moralmente da lugar a la separación legal o divorcio, salvo que quien sea ofendido perdone tal conducta; sin embargo las peores consecuencias se presentan, cual tragedia griega, cuando de la conducta infiel de la mujer casada nace el hijo. El hijo per se no es el problema, este se presenta cuando se pretende

su reconocimiento como hijo del padre biológico, lo cual sólo será posible si el cónyuge lo hubiese negado judicialmente y obtenido sentencia favorable, pues la ley establece que el hijo que nace dentro de la vigencia del matrimonio se presume del marido.

Se dan situaciones en las que el hijo quiere impugnar su filiación matrimonial y que se le reconozca como hijo del padre biológico; o en las que éste quiere impugnar tal filiación y reconocer a su hijo legalmente, sin embargo, se les deniega tal pretensión con el argumento de que legalmente, nadie, excepto el marido puede impugnar la filiación matrimonial; al respecto, el artículo 361° del Código Civil establece que “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, esto es, al hijo que nace de mujer casada, se le atribuye por disposición legal, la paternidad al marido de ésta, sin necesidad de un reconocimiento expreso por parte de él.

Se trata pues, de una presunción de paternidad legal relativa, que asigna de forma absoluta tal paternidad y no puede ser modificado por acuerdo privado, pues sólo podrá ser variado mediando sentencia dictada en un proceso judicial instaurado a iniciativa del marido y dentro de los noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día siguiente de su regreso, así lo establece el artículo 364° del Código Civil.

Tales normas son sin lugar a dudas restrictivas, pues consideran sólo al marido con facultad procesal para impugnar la presunción de paternidad, lo cual podría estar afectando muchos casos tan justos como los que recoge la ley, que se

verían marginados y sin solución, impidiéndose que el hijo o quienes tuvieran legítimo interés, entre ellos, el presunto padre biológico o la madre, puedan cuestionar tal presunción. Veamos sólo el caso de aquél hijo que se encuentra viviendo con la madre, o con el padre biológico, o con ambos, o aún dentro del hogar matrimonial, pero continuamente rechazado, vilipendiado o despreciado por el marido de su madre por tener la condición de hijo adulterino, nos preguntamos, ¿será justo y conforme a derecho obligarlo a mantener una filiación distinta al de su identidad biológica y que además lo afecta en su dignidad?

El derecho como creación cultural del hombre no es otra cosa que el conjunto de reglas y principios establecidos con el fin de regular la vida humana en sociedad orientado hacia la justicia, como valor supremo a alcanzar; tales reglas y principios deben ser entonces interpretados sin perder de vista su finalidad, siendo que en la Constitución Política encontramos el núcleo de principios que como valores una sociedad aspira alcanzar y hacia el cual debe estar orientado la interpretación de todo texto legal.

Nuestra Constitución Política de 1993, en su Artículo 1° señala que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado; el artículo 2°, establece: “Toda persona tiene derecho” inciso 1, “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Por su parte el artículo 139° inciso 3) garantiza el derecho de todo ciudadano a la tutela jurisdiccional, que comprende el libre acceso a los órganos

jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de los derechos afectados o amenazados.

Por lo que seguir afirmando que sólo el marido puede impugnar la presunción de paternidad matrimonial y dentro de un determinado plazo, parece a todas luces contrario a lo que la Constitución establece como principios ordenadores de la identidad y filiación de las personas, así como de defensa de su dignidad humana, coincidente con lo establecido en el Código de los Niños y Adolescentes que en su Artículo 6° establece que “el Niño y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

En consecuencia, declarar de entrada o liminarmente improcedente la demanda si no ha sido iniciado por el marido, es colocar en indefensión al hijo y a quienes tuvieren legítimo interés en promover la investigación de su verdadera identidad, afectándoseles en su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que no es sino, la facultad del ciudadano de acceder a la justicia pidiendo la solución a un conflicto de derechos o a una incertidumbre jurídica mediante una sentencia fundada en derecho.

VI. CONCLUSIONES

1. En nuestro Ordenamiento Jurídico no está previsto el reconocimiento del hijo matrimonial por el verdadero padre biológico; pues conforme se tiene del artículo 362° del Código Civil, se presume que el hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al esposo, y la filiación sólo puede ser cuestionada por el esposo conforme se tiene de lo dispuesto por el artículo 367° del Código Civil, debido a que en nuestra legislación prevalece la moralidad.
2. La forma como regula actualmente nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la legislación civil la presunción de paternidad genera problemas de carácter normativo que vulneran a su vez derechos constitucionalmente protegidos.
3. El derecho a la verdad y el derecho a la identidad que deriva de la dignidad del ser humano, constituyen elementos de vital trascendencia para que el padre biológico del hijo de mujer casada pueda cuestionar la presunción de paternidad.
4. El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer.
5. En la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, 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 sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su "paz familiar".

6. A partir de los artículos 361° y 362° del Código Civil es posible advertir que en el derecho peruano la filiación se funda en una presunción de moralidad y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Consecuentemente, la voluntad individual juega un rol determinante en el establecimiento de la filiación. En efecto dentro de nuestra legislación, la presunción de paternidad aparece como una obligación y no como un derecho del marido.
7. La presunción de paternidad deja de aplicarse porque en nuestro ordenamiento legal se da prioridad al derecho a la identidad de los menores. Nuestra Constitución consagra como derecho fundamental el derecho a la identidad, norma que debe preferirse sobre cualquier otra. Asimismo, la Convención de derechos del niño, instrumento internacional del que nuestro país forma parte también consagra este derecho.

VII. RECOMENDACIONES

1. Regular en nuestro Ordenamiento Jurídico, la legitimidad del padre biológico respecto a la filiación del hijo de mujer casada, para que este pueda tener la facultad de cuestionar la presunción de paternidad.
2. Así mismo, para evitar los problemas identificados y descritos en la investigación es necesario modificar el artículo 361° del Código Civil que prescribe *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”* y el artículo 362° del Código en mención que regula *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.”* o incorporar en ambos, *salvo que se pruebe lo contrario*, refiriéndonos por ejemplo a que exista una prueba del ADN que establezca como padre biológico a una persona distinta del marido de una mujer casada.
3. Que al conceder sólo al marido la facultad para impugnar la paternidad del hijo matrimonial, se limita el derecho del menor a conocer su propia identidad, pues posibilita atribuir al niño una identidad falsa e impedir su reconocimiento por el padre verdadero. El marido podría negarse a interponer la acción contestatoria de paternidad únicamente para impedir que el verdadero padre pueda reconocer al niño, sin que la madre tenga la posibilidad alguna de proteger el derecho a la identidad del hijo; debido a que las normas jurídicas actuales no permiten que el padre biológico pueda reconocer a su hijo biológico, sin que el marido (presunto progenitor) antes no haya negado previamente su paternidad y la sentencia le haya sido

favorable; por lo que se justifica la legitimidad de accionar del padre biológico.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AGUILAR LLANOS, Benjamín y otros (2013). *“El Derecho de Familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. El Búho E.I.R.L. Perú.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín (2013). *“Identidad, filiación y ADN desde una perspectiva constitucional”*. En Gaceta Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú.
- ALIAGA GAMARRA, Jimena (2013). *“Criterios de determinación del interés superior del niño y del adolescente en la adopción internacional”*. En Gaceta Constitucional. El Búho E.I.R.L. Perú.
- ALZATE MONROY, Patricia. *“La filiación y las relaciones paterno-materno-filiales”*. Extraído el 01/IV/2015 desde <http://www.am-abogados.com/blog/la-filiacion-y-las-relaciones-paterno-materno-filiales/1948/>
- ARANZAMENDI, Lino (2011). *“Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho”*. Editorial Jurídica Grijley. Lima.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge (2013). *“Diccionario Civil”*. El Búho E.I.R.L. Perú.
- BRIONES, Guillermo (1986). *“Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales”*. Editorial Trillas. México.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín y otros (2012). *“Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos”*. Grijley E.I.R.L. Perú.

- DE LOS MOZOS, Citado por LLEDO YAGUE, Francisco y ZORRILLA RUIZ, Manuel (1998). *“Teoría General del Derecho”*. Dykinson. Madrid.
- DÍAZ POMÉ, Alení. *“La obligación de fidelidad frente al deber de la convivencia”*. Extraído el 13/X/2014 desde <http://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-obligacion-de-fidelidad-frente-al-deber-de-la-convivencia/>.
- GALLEGOS CANALES, Yolanda (2008). *“Manual d Derecho de Familia”*. Jurista Editores E.I.R.L. Perú.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *“La argumentación en el derecho”*. Editorial Palestra. Lima.
- GENETIC EDUCATION FOR ILLINOIS. *“¿Qué es el ADN?”*. Extraída el 6/III/2014 desde <http://easylearngenetics.net/what-is-genetics/what-is-dna/que-es-el-adn/>, 04 de julio de 2013.
- GIL DOMINGUEZ, Andrés (2006). *“Derecho Constitucional de Familia”*, Tomo I. Ediar S.A. Argentina.
- GOMES, Romeu (2003). *“Análisis de datos en la investigación”*. En: Investigación social. Lugar editorial, Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al (2010). *“Metodología de la Investigación”*. Editora McGraw-Hill. México.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2004). *“Sujetos del Proceso Civil”*. Gaceta Jurídica S.A. Perú.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *“El derecho de familia y los nuevos paradigmas”*, Tomo II. Rubinzal - Culzone Editores. Argentina.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *“El derecho de familia y los nuevos paradigmas”*, Tomo I. Rubinzal - Culzone Editores. Argentina.
- LARA BONILLA, Rodrigo (2007). *“Filiación en el Derecho de Familia”*. Grafi-impacto Ltda. Colombia.
- MONGE TALAVERA, Luz (2003). *“Presunción de la Filiación”* En: Gaceta Jurídica " - Tomo II. Gaceta Jurídica S.A. Perú.
- PLACIDO V. Alex (2003). *“Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia”*. Gaceta Jurídica S.A. Perú.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros (2011). *“Código Civil comentado”* – Tomo II. Gaceta Jurídica. El Búho E.I.R.L. Perú.
- PLACIDO VILCACHAGUA, Alex y otros (2011). *“Código Civil comentado”* – Tomo II. Gaceta Jurídica. El Búho E.I.R.L. Perú.
- PLACIDO, Alex. *“La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada”*. Extraído el 07/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/32101/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-1>
- PLACIDO, Alex. *“Otro punto olvidado: el principio de promoción del matrimonio y el régimen legal de filiación”*. Extraído el 12/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/22454/otro-punto-olvidado-el-principio-de-promocion-del-matrimonio-y-el-regimen-legal-de-filiacion>.

- RIOJA BERMUDEZ, Alexander. “*Importancia práctica de la noción de relación procesal*”. Extraído el 14/X/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/tag/Presupuestos%20procesales>.
- ROBLES TREJO, Luis et al (2012). “*Fundamentos de la investigación científica y jurídica*”. Editorial Fecatt. Lima.
- ROBLES TREJO, Luis (2014). “*Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*”. Editorial Ffecaat. Lima.
- RODRIGUEZ AVALOS, Yobar. “*Génesis legislativo de las pruebas biológicas en el Derecho Civil Peruano*”. Extraía el 5/III/2014 desde http://genyderecho.com/articulos/Aut_Genesis_Legislativo_de_las_Pruebas_Biologicas.pdf.
- ROMERO CASTELLANO, César. “*El reconocimiento y la filiación extramatrimonial*”. Extraído el 01/IV/2015 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/50730/el-reconocimiento-y-la-filiacion-extramatrimonial>.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (2001). “*Metodología de la Investigación Jurídico Social*”. Editorial Fecat, Lima.
- VARGAR MORALE, Rocío del Pilar. “*El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción paterisest*”. Extraído el 10/X/2014 desde http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2006). “*El proceso de filiación extramatrimonial*”. El Búho E.I.R.L. Perú.

- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2011). *“Tratado de Derecho de Familia”*. Tomo II. El Búho E.I.R.L. Perú.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2012). *“Jurisprudencia sobre derecho de familia”*. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. El Búho E.I.R.L. Perú.
- VIALE SALAZAR, Fausto. *“Legitimidad para obrar”*. Extraída el 06/III/2014 desde <http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *“Metodología de la investigación jurídica”*. Ediciones Jurídicas. Lima.