

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POST GRADO

**PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO
CON MENCION EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**



TESIS:

**“POSIBILIDAD DE UNA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM EN LA FILIACION
MATRIMONIAL”**

PERIODO DE INVESTIGACIÓN: En Tacna, año 2008 - 2013

**Para optar el Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y
Comercial**

**Presentado por:
Abog. Haydee Magalli Ortega Flores**

**TACNA-PERU
2015**

Mi agradecimiento:

A mis padres por su apoyo constante.

Dedicatoria: “El presente trabajo va dedicado a mi madre, por transmitirme su fuerza, su firmeza y su franqueza”.

INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO	02
DEDICATORIA	02
RESUMEN	06
ABSTRACT	07
INTRODUCCION	08
CAPITULO I: EL PROBLEMA	
DISEÑO DE INVESTIGACION	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
ENUNCIADO	10
JUSTIFICACION	10
OBJETIVOS	12
CAPITULO II: FUNDAMENTO TEORICO-CIENTIFICO:	
ANTECEDENTES	13
MARCO TEORICO	
1. Origen de la Filiación	23
2. Determinación de la Filiación	25
3. Los modos de determinación y la prueba de Filiación	26
4. Importancia de la Presunción Iuris Tantum	29
5. Antecedentes históricos de la Filiación	32
6. La Filiación como noción Jurídica	33
7. Regulación de la presunción matrimonial en el C.C	34
8. Teoría de presunción de paternidad del marido	37
9. Filiación matrimonial, probabilidad de una presunción Iuris Tantum	39
10. Fuentes de la Filiación	44
11. Principios Básicos en materia de Filiación	45
12. Cuáles son los efectos de la Filiación	46
13. Reconocimiento discriminatorio de la paternidad en nuestro país	46
14. El derecho del niño a conocer a sus padres en el Derecho Internacional	47
15. La Filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada	55
16. Jurisprudencia Peruana	56
17. Legislación Comparada	59
18. Análisis de l Exp. N° 2273-2005-PH/TC	60
19. Marco Conceptual	63

CAPITULO III

HIPOTESIS	73
VARIABLE	73
INDICADORES	73
ASPECTOS METODOLOGICOS	75
POBLACION DE LA INVESTIGACION Y MUESTRA.	76
DETERMINACION DE LAMUESTRA DE PROCESOS DE FILIACION	79
METODOS	82
TECNICAS	84

CAPITULO IV:

ANALISIS Y DISCUSION DE RESULTADOS	86
ANALISIS DE LA ENCUESTA	100
VERIFICACIÓN Y CONTRATACIÓN DE HIPÓTESIS	100
CONCLUSIONES	101
ECOMENDACIONES	103
PROYECTOS DE LEY	104
BIBLIOGRAFÍA	105
LINKOGRAFIA	111

INDICE DE TABLAS

Cuadro 1.....	87
Cuadro 2.....	88
Cuadro 3.....	89
Cuadro 4.....	90
Cuadro 5.....	91
Cuadro 6.....	92
Cuadro 7.....	93
Cuadro 8.....	94
Cuadro 9.....	95
Cuadro 10.....	96
Cuadro 11.....	97
Cuadro 12.....	98
Cuadro 13.....	99

INDICE DE GRAFICOS

Gráfico 1.....	87
Gráfico 2.....	88
Gráfico 3.....	89
Gráfico 4.....	90
Gráfico 5.....	91
Gráfico 6.....	92
Gráfico 7.....	93
Gráfico 8.....	94
Gráfico 9.....	95
Gráfico 10.....	96
Gráfico 11.....	97
Gráfico 12.....	98
Gráfico 13.....	99

RESUMEN

El presente trabajo de Investigación consta de cuatro capítulos, el primer capítulo se enfoca en el problema de investigación, el segundo capítulo está vinculado al Fundamento Teórico-Científico, el tercer capítulo corresponde al marco metodológico, el cuarto capítulo está relacionado a los resultados obtenidos, seguido de ello vienen las conclusiones y recomendaciones.

En el primer capítulo, contempla el Problema principal que trae a colación un cuestionamiento respecto si es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum, acorde con el derecho constitucional de identidad biológica y de certeza jurídica, ubicando este problema en la materia de Derecho de Familia y bajo estas circunstancias, bastante controversiales.

En el segundo capítulo se encuentra el Marco Teórico, que empieza por desarrollar conceptos de filiación, entendida como la relación inmediata del padre o la madre con el hijo, asimismo otro concepto que resulta importante es el Derecho a la identidad que demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre.

El tercer capítulo corresponde a la Hipótesis, dando una respuesta afirmativa al problema planteado, basado en métodos y técnicas, entre los primeros se puede hallar al método descriptivo, analítico, explicativo, inductivo histórico, entre otros; al respecto van acompañados de técnicas referentes al análisis de registro documental, al cuestionario y entrevista.

Finalmente, el cuarto capítulo presenta los resultados y su interpretación, así como el análisis y la verificación con la hipótesis, por todo lo ya dicho, invito al lector a que pueda pasar a la siguiente hoja y así sucesivamente en aras de conocer mucho más sobre este tema, que más allá de ser una Tesis de Grado, pueda convertirse en una amena manera de razonar respecto a la identidad de las personas en el año 2012 y percibir que también el Derecho ha evolucionado.

ABSTRACT:

This is a research in the Family Law which is referred to identity of the children. Basically, there are two issues to be examined: the true biological identity of a child according to Constitutional Rights that invokes the Principle of Identity and a rebuttable presumption *iuris tantum* that attack the filiation of the child born within the marriage but with another father I mean a biological father and not a legal father.

By the other hand, this research has four chapters. The first one is focus in the problem, the second one is about scientific bases, the third one contents the methodology and the last one is about the results, then you can find conclusions and recommendations.



INTRODUCCION

A lo largo de la Historia hemos vivido y creído en que las presunciones de paternidad son suficientes para demostrar el vínculo de padre a hijo, e inclusive bajo pretexto de mantener la paz familiar, hemos preferido no escudriñar más allá; sin embargo los tiempos han cambiado, y precisamente este trabajo es una propuesta para demostrar que la ciencia debe ser incorporada al campo de Derecho de Familia, precisamente para desterrar las presunciones de paternidad, cuando sean necesarias, pues la verdad es una, por lo que un padre biológico no cónyuge, tiene derecho a reconocer a su hijo tenido con mujer casada e impugnar la paternidad cuando demuestre científicamente ser padre del hijo que reclama, al amparo de los derechos constitucionales a la identidad biológica y verdad; advertir y regular estos hechos constituyen a mi entender, el normal desarrollo y evolución de una sociedad, que permita a sus ciudadanos actuar con libre albedrío, con esa capacidad de asumir las consecuencias de sus propios actos, para que trasciendan y leguen a su descendencia, no sólo su apellido, sus costumbres o la integración a su grupo familiar, sino también el derecho a compartir el fruto de su amor, más allá de toda censura, transmitir su afecto, sentimientos y anhelos, sin temor a mostrar una realidad, que no es otra cosa que la verdad. Téngase presente que las relaciones interpersonales se hacen más sólidas, sanas y estables cuando prima el valor de la verdad, que debe ser el sustento de nuestros actos y la que nos ayudará a dar la explicación adecuada, en el momento apropiado.

El presente trabajo está distribuido en tres partes, la primera contiene el planteamiento del problema, la hipótesis, las variables, los objetivos, el marco teórico donde se da a conocer el origen de la filiación, los modos de determinación y la prueba de filiación, para seguidamente trata la importancia de la posibilidad de la presunción iuris tantum en

la filiación matrimonial, donde resalta al principio de la verdad como sustento y base de las relaciones filiales entre un padre y su hijo, así también se enfatiza al derecho de la identidad que en estos tiempos ha cobrado relevancia, a la luz de los Derechos Humanos y con apoyo de la ciencia que coadyuva a la certeza jurídica.

La segunda parte contiene el Análisis del problema, aquí nos remitimos a los antecedentes históricos de la filiación, la noción jurídica, para entrar a la discusión de la presunción matrimonial, la manera de cómo se encuentra regulada esta presunción en el código civil y las teorías que la soportan, la explicación del cuestionamiento a la presunción iuris tantum que no se condice con estos tiempos en materia de filiación, seguidamente ahondo en el derecho a la identidad desde la perspectiva de sus facetas tanto dinámica como estática, efectos y fuentes, así también se aprecia un capítulo que nos habla del derecho del niño a conocer a sus padres, y qué legislaciones comparadas soportan esta tesis, advirtiendo además en un marco conceptual.

Finalmente, la tercera parte contiene las conclusiones, análisis de resultados y la propuesta de un proyecto de ley que incluye la prueba en contrario sustentada en que esta sea científica y cause certeza. Que el derecho también se encuentre a la vanguardia de los cambios que en materia de filiación se viene dando, es nuestra responsabilidad como abogados, intento con sencillez que este aporte nos lleve a reflexionar si actualmente es relevante la aplicación de presunciones que tienen su origen en el Código de Hamurabi, y como me dijo mi asesora Mag. Priscila Payahuanca “El contexto histórico ha evolucionado, estamos ante una realidad diferente, estamos para romper dogmas”, quisiera aprovechar esta líneas, para rendir tributo a mi asesora, por donarme su tiempo con gentileza y generosidad, como lo hacen esos grandes hombres y mujeres que comparten su saber para promover la investigación, toda falencia es de mi exclusiva responsabilidad, todo mérito se lo dedico a Ud.

Muchas gracias
Haydee Magalli Ortega Flore

CAPITULO I

I.-DISEÑO DE LA INVESTIGACION:

1.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Problema Principal.-

¿Es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum, acorde con el derechos constitucional a la identidad biológica y a la certeza jurídica?

Problemas Secundarios:

¿Es necesario que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum en razón al derecho que tiene el padre biológico?

¿En qué medida los derechos constitucionales a la identidad biológica y a la verdad, así como la prueba de ADN, limitan la aplicación de la presunción iure et de iure?

2.-ENUNCIADO:

Filiación matrimonial inmersa en la presunción iuris tantum acorde con el derecho constitucional a la identidad biológica y a la certeza jurídica.

3.-JUSTIFICACION DEL PROBLEMA:

Coincido con la doctrina que este caso se ubica en un campo altamente conflictivo y controvertido del derecho de familia, en el que se confrontan diferentes intereses, que se apoyan en valores difícilmente compatibles; por un lado, la auténtica filiación, los derechos constitucionales a la identidad y a la verdad; y por el otro lado las presunciones legales que supuestamente dan estabilidad al matrimonio.

Vivimos un mundo globalizado, aperturado, por lo que las ideas y formas de vida se encuentran en constante cambio, asimismo el Derecho debe ir acorde a la realidad, debe regular lo real y no lo ideal.

El reconocimiento de una nueva filiación por el padre biológico –no cónyuge vía proceso judicial, donde se impugne la paternidad basada en meras presunciones, constituirá la solución para muchos padres que hasta la fecha, no pueden mantener un vínculo paterno-filial, pues no hay norma en que puedan ampararse.

Nuestro ordenamiento jurídico, en un afán conservador, no contempla en su legislación la impugnación de la paternidad al marido de la madre por el padre biológico-no cónyuge, aún cuando existe la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica que logra determinar indiscutiblemente el vínculo biológico entre un adulto y su supuesto hijo.

Es hora de que exista una apertura mental que nos permita aceptar los cambios en el derecho de familia, sin entender que se está vulnerando a la familia, pues justifico este trabajo, al indicar que no es que a través de la permisón de esta impugnación, surjan los problemas familiares, es decir, que la impugnación de paternidad es la consecuencia de un conflicto habido entre los cónyuges y por ende debe entenderse que primero es el resquebrajamiento de la familia que causa o a causa de la infidelidad y después es el derecho del padre biológico a impugnar la paternidad.

Por otro lado, el derecho al permitirle al hijo, conocer la realidad, sus orígenes, su historia a temprana edad, permite un mejor desenvolvimiento en su vida tanto afectiva como social, pues los vínculos basados en la sinceridad son mucho más resistentes que aquellos basados en el engaño.

Finalmente, negar al presunto padre la posibilidad de asumir la paternidad, implica castigar a quien decide aceptar las consecuencias de sus propios actos.

4.-OBJETIVOS.-

a.- OBJETIVO GENERAL:

Determinar si es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum, acorde con el derecho constitucional a la identidad biológica y a la certeza jurídica.

b.- OBJETIVO ESPECIFICO:

b.1.-Determinar si es necesario que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum en razón al derecho que tiene el padre biológico.

b.2.-Determinar en qué medida los derechos constitucionales a la identidad biológica, a la verdad, así como la prueba de ADN, limitan la aplicación automática de la presunción iure et de iure.

CAPITULO II: FUNDAMENTO TEÓRICO-CIENTÍFICO

I. ANTECEDENTES:

La Filiación representa el vínculo jurídico que une un niño a sus progenitores. Para determinar ese vínculo, fundamento del parentesco, el derecho se sustenta en ciertos elementos: la verdad biológica, la verdad sociológica (el hecho de vivir en calidad de hijo), la manifestación de voluntad de los interesados (el reconocimiento).

Clásicamente el derecho distingue la filiación matrimonial de la filiación extramatrimonial. Esta distinción reposa exclusivamente en la situación jurídica de los padres, es decir, la existencia o ausencia de matrimonio entre ellos. Si éstos son casados, el niño es automáticamente matrimonial y su filiación, respecto de sus dos autores, es establecida por el hecho del parto de la madre, el cual desencadena la presunción de paternidad del marido. El fundamento es que por el matrimonio, el hombre y la mujer manifiestan su deseo de formar una familia y aceptan oficialmente asumir las consecuencias que genera su comunidad de vida. Así, desde su nacimiento, el niño está indivisiblemente unido por el matrimonio a sus dos progenitores. El principio, consagrado en el artículo 361º del Código Civil, proclama que el hijo nacido o concebido dentro del matrimonio tiene por padre al marido. Un compromiso social de similar naturaleza no existe en la familia extramatrimonial o natural.

Si los padres no son casados, el niño es extramatrimonial (natural o ilegítimo), lo que significa que el establecimiento de su la filiación es divisible. Cada uno de los padres puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño en forma separada. Cada padre es independiente del otro. De tal forma que la indicación del nombre de la madre, en la partida de nacimiento, no genera consecuencias jurídicas respecto del vínculo paterno. La presunción de la paternidad, al ser un efecto del matrimonio, no existe en la filiación extramatrimonial. Para establecer el vínculo de la filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, sea una declaración judicial en ese sentido. Ahora bien, en cuanto a los

antecedentes de la figura en estudio, se encuentra establecida en el Derecho Antigo, Romano, a través de nuestros dos primeros Códigos Civiles, de 1852 y de 1936, el criterio de regular con marcadas discriminaciones las filiaciones legítima o matrimonial y la ilegítima o extramatrimonial, privilegiando a la primera con el otorgamiento de mayores derechos y prerrogativas, en desmedro de la segunda, que por tales razones devino en una filiación realmente relegada y, en una época, proscrita. En la legislación nacional, fue la Constitución de 1979 la que, por fin, mediante su Art. 6º, establece que todos los hijos, cualquiera que sea su filiación, tienen iguales derechos, además de prohibir toda mención respecto al estado civil de los padres y la naturaleza de filiación de los hijos en los Registros del Estado Civil, y en los documentos de identidad, disposición que fue reiterada por el Art. 6º de la Constitución vigente, de 1993, y repetida por el Art. 235, in fine, del C.C. de 1984. Sin embargo, el acercamiento en referencia no ha llegado a la integración de las dos filiaciones en una sola, como ha ocurrido en otros países, permitiéndose la subsistencia de profundas diferencias que hacen muy difícil la integración, como las referentes al establecimiento de una y otra filiación, desde cuyo punto de vista la matrimonial continúa siendo una filiación privilegiada, fácil de demostrar, partiendo de un hecho tan preciso como es la celebración del matrimonio más un sistema práctico de presunciones, haciendo muy difícil su cuestionamiento, lo que no ocurre, o no puede ocurrir, con la filiación ilegítima o extramatrimonial, que para su establecimiento requiere del reconocimiento de los padres, que no es fácil de obtenerlo en nuestra realidad, no quedando otra alternativa que recurrir a la declaración judicial de la paternidad o maternidad extramatrimoniales, sometida a la necesidad de acreditar causales taxativas y muy difíciles de demostrar, especialmente en el caso de la primera, a tal punto que da lugar a la posibilidad o existencia de muchos hijos, que por no estar comprendidos en ninguno de los causales previstos en la Ley, no llegan a establecer su filiación paterna. Para ellos, a manera de paliativo, se ha creado la figura del denominado hijo alimentista, el que, según lo dispone el Art. 415 del C.C. vigente, sólo tiene derecho a reclamar alimentos del hombre que tuvo relaciones sexuales con su madre en la época de la concepción.

DOCTRINAS JURÍDICAS SOBRE FILIACIÓN:

Revisando la doctrina nacional, tenemos que según el doctor Javier Rolando Peralta Andía, en su obra "El Derecho de Familia en el Código Civil", menciona que actualmente, dentro de la doctrina se advierte que no existe un cabal y ceñido concepto de filiación, en efecto dentro de las doctrinas más conocidas destacan:

- a) Filiación como hecho.- Algunos autores la consideran como un hecho, sin determinar si ese hecho es biológico o jurídico. Arturo Yungano refiere que la filiación es un vínculo biológico que liga a los padres con el hijo. Carbonier, piensa que es un vínculo jurídico entre el padre, la madre y el hijo, olvidando que se trata fundamentalmente de un hecho biológico o natural, ya que la ley no puede dar hijos, salvo en el supuesto de la adopción.
- b) Filiación como parentesco.- Otros autores la identifican con el parentesco, precisamente Aubry y Rau, la consideran como el lazo de parentesco existente entre el padre y la madre y el hijo, y el brasileño Antonio Chávez estima que es el vínculo existente entre padres e hijos, el mismo que viene a ser la relación de parentesco por consanguinidad en la línea recta de primer grado, entre una persona (hijo) y aquellos que le dieron la vida (padre o madre), omitiendo explicar que la filiación es el resultado de un hecho biológico o natural, más no su antecedente.
- c) Filiación como estado jurídico familiar.- Un tercer grupo, entre ellos, *Messineo* sostiene que la filiación es simétrica y por ello atribuye un status: el padre, el de la madre o del hijo. Demolombe, que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre o madre, todo lo que crean un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes de la misma; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo el carácter de padre e hijo.
- d) Doctrina mixta.- Por último un cuarto criterio con la doctrina italiana, según la cual, la filiación de un estado, un hecho natural y un hecho jurídico. Piug Brutao, estima que la filiación es ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación y que ese hecho está regulado por el derecho, por tanto, un hecho

jurídico. Otros la ven como un hecho biológico o natural, regulado por el Derecho como un hecho jurídico, pero olvidan la conversión en un acto jurídico. Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del derecho, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo, pero la renovación del sistema no es fácil, implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi considerada leyendas, grandes obras de la mitología jurídica. "El legislador de 1984, queriendo suprimir toda distinción discriminatoria entre hijos concebidos o nacidos dentro del matrimonio y aquellos concebidos o nacidos fuera del matrimonio, ha preferido descartar la terminología, considerada oprobiosa, de hijos ilegítimos utilizada por el Código Civil de 1936. Sin embargo, la utilización de los términos hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales no hace más que disimular la subsistencia de la discriminación entre ambas filiaciones".

LA FILIACIÓN MATRIMONIAL:

La filiación matrimonial, anteriormente denominada legítima, se denomina así porque se genera dentro del matrimonio de los padres, que viene a ser su causa determinante, de ahí que se puede decir que son matrimoniales los hijos habidos durante la vigencia del matrimonio de sus progenitores. Pese a la igualación de derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales consagrada por el Art. 6 de la Constitución de 1979 y reiterada por igual en el Art. 6 de la Constitución de 1993, y recepcionada por el Art. 235 del C.C. vigente, de 1984, in fine, la filiación matrimonial en cuanto a su establecimiento continúa siendo privilegiada en comparación con la extramatrimonial, como se ha explicado anteriormente, y como lo confirman las presunciones materia de los Arts. 361 y 362 del C.C., que integrando las teorías del nacimiento y concepción, prescriben que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tienen por padre al marido, y que dicho hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Pero

en el supuesto que la viuda haya contraído un nuevo matrimonio antes del vencimiento de los 300 días posteriores al fallecimiento de su anterior marido y conciba un hijo, generando el dilema de a cuál de los dos maridos habría que atribuir la paternidad, a propuesta del Dr. Héctor Cornejo Chávez, según el Art. 243, inciso 3, in fine, del C.C., se ha creado una nueva presunción en virtud de la cual se considera como padre al nuevo marido. La citada presunción de paternidad en contra o a favor del segundo marido, en lugar de resolver la confusión creada la agudiza, y entra en abierta contradicción con lo establecido en los Arts. 361 y 362 del C.C., según los cuales se atribuye la paternidad al marido anterior, finado o divorciado.

Resulta una solución más práctica y simple la de respetar el régimen legal de comprobación de la filiación matrimonial tal como está establecido, esto es, respetando a plenitud la presunción de los Art. 361 y 362 del C.C.; y si el nuevo marido considera que el hijo alumbrado por su mujer no ha sido procreado por él sino por el cónyuge anterior, o si los herederos del marido fallecido consideran que el hijo alumbrado por la viuda no fue procreado por el causante de los mismos, no tendrían otra alternativa que accionar impugnando o negando la paternidad con la que nació el hijo, según la presunción de los Arts. 361 y 362 del C. C.

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL:

En lo que se refiere a su comprobación, como se ha explicado anteriormente, en comparación con la matrimonial, la filiación extramatrimonial no cuenta con las facilidades y presunciones que privilegian a la otra, porque si bien ha dejado de ser considerada como una filiación inferior, y aun proscrita, como lo fue en el derecho clásico, con el reconocimiento de iguales derechos para los hijos de ambas filiaciones, su verificación o constatación no ha dejado de ser muy difícil, estando sujeta a dos alternativas concretas, que son las señaladas por el Art. 387 del C. C., que prescribe que el reconocimiento de los padres y la sentencia declaratoria de la paternidad o de la maternidad son los únicos medios para acreditar la filiación extramatrimonial. Consecuentemente, según lo establecido por los Arts. 386 al 417 del C.C. vigente,

teniendo en cuenta las dos citadas alternativas, son formas de prueba de la filiación extramatrimonial las siguientes: a) El reconocimiento otorgado por parte del padre, o de la madre, o por ambos conjuntamente. b) A falta de reconocimiento sólo es posible la constatación de la filiación extramatrimonial, mediante declaración judicial de la misma, sea de la paternidad o de la maternidad. c) Si comparamos la investigación judicial de la maternidad y de la paternidad extramatrimoniales, sin duda es más simple la primera por estar sometida a la comprobación de dos extremos concretos, que son el hecho del parto y la identidad del hijo, como lo dispone el Art. 409 del C.C., en tanto que no ocurre lo mismo con la declaración judicial de la segunda, de la paternidad, por estar sometida a causales taxativamente establecidas, como son las que tipifica el Art. 402 del C.C., a tal punto que hay el riesgo de que en muchos casos, por no estar comprendidos en dichas causales, no se consiga establecer la paternidad extramatrimonial.

Es muy simple la justificación de dicha diferencia en la forma de comprobar judicialmente una u otra clase de filiación extramatrimonial, porque la maternidad se manifiesta mediante hechos tan objetivos como son el embarazo, y el alumbramiento, cuya duración y desarrollo se prolongan en el tiempo hasta un máximo legal de 300 días, en tanto que la participación del padre en la procreación no se presenta con la misma objetividad y duración, de ahí que para evitar se incurra en decisiones injustas la investigación judicial de la misma ha tenido que ser sometida a un régimen de severas limitaciones, presunciones y causales.

LAS PRUEBAS DE VALIDEZ CIENTÍFICA Y LA FILIACIÓN:

La filiación legítima, la impugnación a la misma y la investigación judicial de la filiación extramatrimonial, desde el punto de vista procesal, tenían que sujetarse al ofrecimiento y actuación de las denominadas pruebas tasadas que enumeraba el Art. 347 del Código de Procedimientos Civiles, y a partir de 1993, con la vigencia del nuevo Código Procesal Civil, fueron reordenadas con mayor amplitud como pruebas típicas determinadas por el Art. 192, y atípicas por el Art. 193 de este último Código Procesal

Civil, que en sustancia, son los medios probatorios tradicionales, sin recepción aún de las denominadas pruebas de validez científica, resultado de la investigación y de la tecnología modernas, por lo menos de incidencia en el área de Derecho de Familia.

Fue el Código sustantivo de 1984 que por intermedio de su Art. 413, a iniciativa del ponente del Libro de Familia, Dr. Héctor Cornejo Chávez, introdujo la prueba negativa de los grupos sanguíneos, dejando abierta la posibilidad para la utilización de otros medios probatorios de validez científica.

El Dr. Cornejo Chávez fundamenta su iniciativa en que el progreso de la ciencia, mediante la prueba de sangre, permite llegar a conclusiones tan inequívocas como las de cualesquiera otras pericias, pero el estado actual del conocimiento científico aún no es capaz de determinar mediante el análisis sanguíneo la paternidad o maternidad desde un punto de vista positivo o afirmativo, esto es, que uno es hijo de otro, pero sí está en condiciones de probar con certeza la no paternidad, o la no maternidad, desde un punto de vista negativo. Entonces, si se trata de una prueba negativa de la paternidad o maternidad extramatrimoniales, el análisis de los grupos sanguíneos constituye un medio de defensa que la ley otorga a favor del demandado para demostrar que no es el padre ni la madre, lo que se podría alegar aun en el supuesto de que se acredite que el demandado tuvo relaciones sexuales con la madre del hijo que se le atribuye.

Lo prescrito en la segunda parte del Art. 413 del C.C. de 1984, de autorizar la actuación de la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante, no le hace perder su carácter de prueba negativa, por cuanto su aplicación se limita a que haya pluralidad en la comisión de los ilícitos de violación, raptó o retención violenta de la mujer en la época de la concepción, en cuyo supuesto sólo se le podría atribuir la paternidad del hijo a uno de los coautores del delito, o codemandados, si la prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás.

LA PRUEBA DEL ADN Y LA FILIACIÓN:

Tuvieron que transcurrir 15 años de vigencia del Art. 413 del C.C. de 1984 y de actuación de la prueba negativa de los grupos sanguíneos, para que la ciencia y la tecnología en su estado actual hayan permitido la introducción en el área de la

investigación y esclarecimiento tanto de la filiación matrimonial como de la extramatrimonial, de las pruebas genéticas, entre ellas, la más importante, la del ADN, a la que se atribuyen resultados definitivos de comprobación tanto desde el punto de vista positivo, confirmatorio, como negativo, en ambas filiaciones, lo que ha revolucionado radical y dramáticamente la teoría y práctica de la prueba orientada a la verificación y negación de ambas filiaciones.

En efecto, con fecha 31 de diciembre de 1999, fue promulgada la Ley 27048, que introdujo en la legislación nacional la prueba del ADN, y otras de igual validez científica, con mayor amplitud y valor probatorio que la de los grupos sanguíneos, que estaba limitada en su aplicación a la filiación extramatrimonial dirigida, por su carácter negativo, a desvirtuar las cinco causales de paternidad tipificadas por el Art. 402 del C.C., y las dos causales de maternidad del Art. 409° del mismo Código.

Adquiriendo los caracteres de prueba realmente privilegiada, irrumpe en las áreas de ambas filiaciones para acreditarlas o para desvirtuarlas, esto es, no como simples medios probatorios orientados a demostrar las causales materia de los Arts. 363, 371, 402 y 409 del C. C., sino más allá de dichas limitaciones, para constituirse en una nuevo causal, o presunción, de comprobación o de negación, de una u otra filiación, con inevitable tendencia para sustituir o hacer ineficaces las causales materia de las disposiciones antes mencionadas. El ADN (ácido desoxirribonucleico) es una sustancia química que se encuentra en el núcleo de todas las células del cuerpo y permanece invariable; por ello en la actualidad es muy usado en ciencia forense como una herramienta fundamental para la determinación del vínculo filial ya que del ADN proviene el 50% del óvulo materno y el 50% restante, del espermatozoide paterno, razón por la cual es muy utilizado en la determinación del vínculo de filiación. La función del ADN dentro de la célula es transmitir los caracteres hereditarios y esto lo realiza "ordenándole" a la célula (codificando) que fabrique determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína se la denomina "Gen"; por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., son manifestaciones de los genes que poseemos. Los genes, al pertenecer todos los seres humanos a la misma especie son poco variables y constituye sólo un pequeño porcentaje

de la información contenida en la molécula de ADN; la restante, incluye sectores que pueden exhibir un cierto grado de variabilidad entre los individuos, en consecuencia: "todos los seres humanos tenemos sectores del ADN en común y otros que no lo son". El llamado análisis de ADN o "Huellas digitales genéticas" es un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad y calidad del ADN presente.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN MATERIA FILIATORIA.

En este sentido podría preguntar: ¿Cuáles son los derechos fundamentales a tener en cuenta, en materia de filiación? Al final del presente artículo, nos ocuparemos a dilucidar cuáles son los principios, valores y derechos que se encuentran latentes en materia filiatoria.

Sin lugar a dudas, en el proceso de filiación, el derecho a la identidad juega un rol preponderante. El mismo integra el derecho a conocer los orígenes, el derecho a la verdad, el derecho a tener filiación, el derecho a relacionarse con la familia de origen, el derecho a la identificación, el derecho a la documentación. Con respecto al derecho a la identidad, Carlos Fernández Sessarego manifiesta "Se logró aprehender paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y calidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos efectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente". Por su parte, Eduardo Zannoni propone la siguiente triple clasificación sobre la identidad personal: 1) referido a la identidad biológica, es decir, tanto a la identidad genética- el patrimonio genético heredado de los progenitores como a la identidad filial- el que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia. 2) referido a los caracteres físicos de la persona- relativo a los rasgos externos de la persona, que la individualizan e identifican. 3) referido a la realidad existencial de la persona, o sea, a la proyección existencial, propia de cada persona. El derecho a la identidad se encuentra entre los derechos implícitos en nuestra Constitución

Política del Estado, y expresamente sostenido en el Arts. 7º y 8º de la Convención de los Derechos del niño, de jerarquía constitucional. Según lo sostenido por Zannoni que de ninguna manera el derecho a la identidad se agota con el derecho a conocer sus orígenes. Frente a los innumerables casos de desaparición forzada de personas que ha padecido nuestro país, este derecho ha adquirido una marcada autonomía del derecho a la identidad. Concordantemente, existe un derecho innegable de obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica, denominada identidad filiatoria.

En cuanto al derecho a la verdad, forma parte de los denominados derechos implícitos. Norberto Bobbio afirma que "Quien no cree en la verdad, tendrá la tentación de confiar toda decisión, toda elección, toda fuerza, según el principio de que, así como no se puede mandar aquello que es justo, es justo aquello que es mandado". En la misma línea, se ha sostenido que "el derecho a la verdad integra el bloque de constitucionalidad federal y desde la cúspide normativa infiltra al derecho infraconstitucional." Ahora bien, no es cierto acaso, que al final, lo que se busca es la verdad verdadera y no la verdad formal; por ello, son las pruebas genético-científicas, las que pueden coadyuvar en el logro de la VERDAD. El derecho a relacionarse con la familia de origen integra también el amplio concepto de derecho a la identidad. Se revaloriza entonces la preservación de los vínculos o relaciones familiares, aún en los casos en que los padres se encuentren separados o divorciados, o alguno de ellos se encuentre en una institución carcelaria. Esto se relaciona indudablemente con la responsabilidad parental, o mejor dicho "coparental", a los efectos de destacar la importancia del mantenimiento del vínculo con ambos progenitores. Este derecho a relacionarse con la familia de origen se encuentra conexo pues al principio de la paternidad responsable, al indicar que los padres tienen obligaciones para con sus hijos. Sabemos que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Así, el artículo 418 de nuestro Código Civil establece: "Por la patria potestad los padres tienen el deber y el

derecho de cuidar la persona y bienes de sus hijos menores". El artículo 18° inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño mantiene dicho criterio.

El derecho a la identificación y el derecho a la documentación también integran el derecho a la identidad, tal como se ha mantenido. Aún las personas indocumentadas, tienen derecho a obtener la documentación referida a su documentación. Así lo garantiza el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño. En cuanto al sistema de identificación, este derecho aparece expresamente recogido en el artículo 7°, numeral 1, de la convención de los derechos del niño, con el siguiente texto: "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;" y que también se encuentra recogido por nuestra Constitución Política de 1993, en el artículo 2° inc. 1), como el derecho a la identidad, siendo considerado como un derecho fundamental con rango constitucional.

II. MARCO TEORICO.-

1.-ORIGEN DE LA FILIACION.-

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; la filiación matrimonial y la extramatrimonial, como la adoptiva tienen los mismos efectos. Queda así simplificada la relación de filiación de acuerdo a sus fuentes.

La ley define qué se entiende por ¹filiación extramatrimonial sin precisar el concepto de filiación matrimonial; pero esta última cuestión no es dudosa. La filiación es matrimonial si los padres están casados y no ha cesado la presunción de paternidad del marido. En este punto es preciso aludir a la supresión de la institución histórica de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Históricamente la legitimación por subsiguiente matrimonio ha tenido gran importancia en las relaciones de filiación, pues por virtud de esta institución los hijos

¹ Art 386 del C.C, peruano señala que: "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio"

naturales reconocidos podían llegar a adquirir los mismos derechos que los legítimos. Su fundamento estaba en la posibilidad de contraer matrimonio los padres naturales en la época de la concepción.

El principio de igualdad de filiaciones determina la supresión de la legitimación en cualquiera de sus formas. Ello es así, por cuanto la legitimidad y la legitimación presuponen un contexto discriminatorio entre filiación legítima e ilegítima, el cual ha desaparecido con el mencionado postulado.

Con respecto a la adopción, viene a ser la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio.

²El Código de los Niños y Adolescentes define a la Adopción como; una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tiene por naturaleza.

En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Es con actos de amor que se crea un vínculo irreversible entre los niños y adolescentes, así como entre las personas dispuestas a integrarlos dentro de sus familias.

² En el Código de los Niños y Adolescentes del Perú, artículo 115

2.- DETERMINACION DE LA FILIACION:

³La filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo o sus padres.

Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o maternidad queda, jurídicamente determinada. La determinación de la filiación es

⁴**“la afirmación de una realidad biológica presunta”**.

De acuerdo a nuestro código civil la maternidad se determina por el parto, pero la paternidad puede quedar determinada o por las presunciones legales si la presunción es matrimonial o por reconocimiento del padre o por la sentencia que lo declare tal, si la filiación es extramatrimonial.

La inevitable diferencia, pues, entre la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial exige, por consiguiente, distinguir también en lo relativo a las acciones de estado que son su consecuencia. De acuerdo al código civil, la paternidad patrimonial presumida en el marido de la madre que dio a luz al hijo es susceptible de impugnación. La paternidad extramatrimonial es susceptible de reclamación, si no existiese reconocimiento del padre.

La impugnación de paternidad sólo es posible cuando, presumiendo la ley esa paternidad, el marido ataca la presunción.

³ Alex Plácido en su libro “La Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

⁴ Lacruz Berdejo, José –Sancho Rebullida, Francisco de Asis, “Derecho de FAMILIA”, editorial Bosch, Barcelona –España, 1982, p 606.

3.- LOS MODOS DE DETERMINACION Y PRUEBA DE LA FILIACION:

⁵La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial.

Es legal cuando la propia ley, sobre la base de ciertos supuestos de hecho, la establece. Así cuando el artículo 361 del código civil dispone que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución.

Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso del hijo.

Es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida.

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

A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en proceso en que se haya demostrado la posesión constante del estado o cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres.

Por su parte, la filiación extramatrimonial se acredita por el reconocimiento practicado por el progenitor en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento; o por sentencia dictada en juicio de filiación.

Por el contrario, la filiación matrimonial se prueba, se acredita y ostenta como título de estado mediante las inscripciones; en ocasiones se determina por la presunción de

⁵ Alex Plácido en su libro “La Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú , 2003

paternidad del marido, basado en los plazos de gestación presunta, en cotejo con las fechas que acreditan aquellos asientos (fecha de nacimiento y fecha de matrimonio); otras veces, se prueba y acredita por los mismos documentos; pero se determina además por el reconocimiento expreso o tácito del marido; y otras veces se determina por resolución judicial que, inscrita origina el mismo título y prueba de la filiación matrimonial, es decir, el mismo título y prueba habitual que la determina por presunción legal o por reconocimiento, además de por el matrimonio.

En el caso de un hijo extramatrimonial de mujer casada las cosas son discriminatorias, toda vez que nuestro ordenamiento no permite realizar el reconocimiento del hijo extramatrimonial, sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Es decir, mientras en el caso de una infidelidad y adulterio del marido, con mujer soltera que haya traído como consecuencia el nacimiento de un hijo extramatrimonial, aquel puede válidamente reconocer de manera voluntaria a su hijo o en su defecto, la madre del menor puede exigir judicialmente la declaración de paternidad respectiva.

En el caso de una infidelidad o adulterio **de la cónyuge**, primero el marido debe negar la paternidad, cual repudio social, y luego de haber obtenido sentencia favorable, el padre biológico del menor podrá optar por su reconocimiento filial. ¿Es acaso que el derecho a la identidad biológica y familiar de un menor de edad, de una persona puede estar supeditado al género y estado civil de sus progenitores, o en todo caso, a la voluntad de aquel cónyuge víctima del adulterio de su mujer?.

Muy por encima de la dignidad y honor del cónyuge ofendido con el adulterio e infidelidad de su esposa, y de esa potestad primigenia que la ley le otorga de negar la paternidad del hijo de su cónyuge, está el principio del interés superior del niño y adolescente; y el derecho de toda persona de conocer su identidad biológica y

familiar, de conocer a sus padres y llevar sus apellidos, conforme lo establece nuestra Constitución en el inciso 1 del artículo 2 y lo prevé el ⁶ artículo 6 del Código de Niños y adolescentes en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Establecer restricciones normativas que impidan a un padre reconocer a su hijo, atenta y vulnera inexorablemente el derecho de todo ser humano a su identidad y a conocer a cabalidad su origen familiar y de llevar como apellido el de sus padres biológicos.

No se pretende desconocer el sufrimiento y evidente menoscabo al honor y dignidad del marido víctima de la infidelidad de su cónyuge, que ciertamente lo faculta (dentro del plazo de seis meses de conocida la infidelidad) a interponer demanda de divorcio por la causal de adulterio a efectos de procurar disolver el vínculo matrimonial y hacer exigible la indemnización por daño moral que estime pertinente; sino que pretendo evidenciar ciertas deficiencias legislativas que de manera errada no antepone el derecho de todo padre a reconocer a su hijo y de aquel hijo a ser reconocido y de llevar el apellido de sus progenitores.

⁶ SPIJ 2008:

Artículo 6.- A la identidad.-

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad(...)

4.- IMPORTANCIA DE LA POSIBILIDAD DE UNA PRESUNCION IURIS TANTUM EN LA PRESUNCION MATRIMONIAL.-

La importancia reside en que tanto el padre como el hijo puedan establecer su filiación basados en el principio de verdad , que se condice con el derecho a la identidad biológica; se demanda que exista normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre.

Es decir, que un padre biológico pueda impugnar la paternidad otorgado al marido de la madre, en la vía de un debido proceso judicial. Entonces la pregunta sería: ¿Cómo podría ser esto?. Si contamos con la presunción legal de paternidad matrimonial, *“que todo hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al marido”*.

No es mi intención eliminar tal presunción, sino simplemente hacerla inaplicable cuando exista un padre biológico que pruebe científicamente su condición, vía proceso judicial , impugnando la paternidad **de su hijo**, a quien se le haya aplicado la presunción en favor del marido de la madre o que haya sido reconocido por este último.

La ley no puede permitir el engaño, atribuyéndole una paternidad a un hombre que no le corresponde, ni puede ignorar que no es padre del hijo que se le reputa.

⁷El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Por tanto, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta hasta la muerte.

⁷Alex Plácido V.- *“Existencia de filiaciones y determinación de la identidad biológica del individuo”*, <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/mar05/boletin22-03.html>.

⁸La importancia del contenido del “derecho a la identidad”, es que comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido posee una faz estática y una faz dinámica: La primera se refiere al origen genético –biológico de la persona y la segunda en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y⁹ su desarrollo histórico-existencial.

Cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial.

Cada sujeto podrá figurar como padre de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance y que son fundamentalmente las acciones de filiación.

¹⁰El derecho a conocer a los padres, reconocido en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y garantizado por la Constitución, al haber sido aprobado y ratificado por el Perú, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico; confiere a cualquier persona la posibilidad de poder develar el misterio de su origen, siempre y sin dificultad alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Se trata, por lo tanto, de un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible.

⁸Diario La Ley “El Derecho a la Identidad”-citando a Bertoldo de Fourcade María Virginia “Investigación de la paternidad”, LA LEY, 1999-F, Argentina-p 1230

⁹ Diario La Ley “El Derecho a la Identidad”-citando XVI Jornadas Internacionales de Derecho Civil ,Buenos Aires,25 al 27 de Setiembre de 1997, Comisión N° 01:Parte General-Identidad Personal, propuesta aclaratoria del Dr. Cifuentes aprobada por mayoría (21 votos).

¹⁰ Dr. Guido Castillo Lira, “**LA FILIACIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL**”, <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=216>

¹¹La importancia del derecho a la identidad biológica reside, en el derecho de que los padres estén con sus hijos en familia, de que puedan identificar su origen biológico, de que tanto padres como hijos sean reconocidos como tales y ejerzan los primeros, su paternidad; el hecho de pertenecer a una familia, donde existan lazos biológicos, derechos determinados constitucionalmente.

Con todo lo expuesto, sólo queda afirmar la seguridad jurídica que otorga el artículo dos inciso primero de la Carta Magna reconociendo el Derecho Filiatorio dentro de un contenido constitucional.

¹²El obtener su verdadera identidad biológica importa que, el hijo adquiera el derecho a establecer las relaciones parentales no sólo con sus progenitores sino también con el resto del grupo familiar paterno o materno, y con ello beneficiarse de las consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que pudieran derivarse.

¹³La Filiación y sus derivaciones lógicas, como el nombre, identidad biológica, derecho a la verdad requieren de normas efectivas para su establecimiento. Los derechos personalísimos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes pretendiendo esconder aquello evidentemente en nuestros días. La procreación genera descendencia frente a esta y entre ambas existe una relación causa-efecto en la que simplemente debe imponerse el reconocimiento: hacer legalmente suyo lo que física y biológicamente existe y por contribución nuestra.

¹¹ Dr. Guido Castillo Lira, “**LA FILIACION COMO DERECHO CONSTITUCIONAL**”, <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=216>

¹² **EUGENIO HERNÁNDEZ FLORES**, Gobernador Constitucional del Estado de Tamaulipas, <http://www.congresotamaulipas.gob.mx/transp/iniciativas/2007/octubre/EXP.%20631.pdf>

¹³ Enrique Varsi Rospigliosi, “Más allá de mis genes está la ley”, artículo publicado en el periódico mensual de Gaceta Jurídica, Febrero 2008, pagina 09

5.-ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FILIACIÓN .-

¹⁴Código de Hamurabi, leyes del Manu, en el derecho Hebreo y en el derecho antiguo del Derecho Romano, se consagró primigeniamente “Dies nuptiation dies est conceptionis et nativatis legitimae” que significa que el día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento del legítimo.

Asimismo en EL DIGESTO (libro II, Título IV, ley 5) que reza Pater est is quem justae nuptia demonstrat. Asimismo, el Derecho Canónico, medieval y los glosadores, adoptaron esta presunción. Habiéndose reconocido en las legislaciones de Perú, Alemania, Bulgaria, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia y Guatemala.

¹⁵Históricamente, en los pueblos antiguos el nacimiento constituía un hecho físico sin ninguna trascendencia jurídica, puesto que la voz y la aceptación de quien ejercía la potestad familiar permitía el ingreso de aquel pequeño, al núcleo social de carácter religioso que se llamaba familia. La declaración del padre constituía el vínculo moral y religioso.

La figura de la filiación en el Derecho Romano, antes de Justiniano se basaba en el régimen de la familia patriarcal, sometido a la dirección y autoridad del jefe, este poder se llama “patria potestad”.

La familia romana estaba constituida según el tipo patriarcal, donde el hijo era extraño a la familia de la madre y la autoridad absoluta pertenecía al “paterfamilis”.

¹⁶El paterfamilis, era el dueño de su persona física, tenía personalidad jurídica y un patrimonio. El parentesco civil no reposaba en el vínculo de la sangre sino en la

¹⁴ C.C. comentado, Tomo IX, Derecho de Familia, Gaceta Jurídica pág .459,editorial EL BUHO,2º Edición , Agosto de 2007, Lima-Perú.

¹⁵ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima – Perú, 2003.

¹⁶ Herrera Paulsen, Darío “Derecho Romano”, Editorial San Marcos, Lima ,1998,Pág 34

identidad del poder. Así son parientes para la ley todos aquellos que están bajo la patria potestad de un mismo jefe de familia. Este parentesco se llama Agnático.

Posteriormente, con la legislación de Justiniano, aparece la cognación, es decir, el parentesco basado en la sangre.

La legislación romana consideró la fuente de filiación biológica estrictamente ligado a las justas nupcias, de esta manera el parentesco se basaba en la comunidad de sangre de personas que descienden de un tronco común.

El nacido de justas nupcias es cognado (pariente de sangre) de su padre y de su madre; pero el nacido de matrimonio ilegítimo carece de padre, siendo cognado de la madre.

6.-LA FILIACION COMO NOCION JURIDICA:

Etimológicamente la palabra filiación deriva de la voz latina filius que los antiguos españoles pronunciaban como filo, fiio, fijo y por último hijo.

En sentido genérico, refiere ¹⁷Cornejo Chávez, “la filiación es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendiente, y en sentido estricto, la que vincula a los padres con sus hijos. Desde el punto de vista natural y biológico, todos los individuos son hijos de una madre y de un padre, inclusive los niños concebidos por el procedimiento in vitro tiene de una manera fatal un padre y una madre, sean estos conocidos o desconocidos”.

¹⁸También, puede afirmarse que la filiación es una institución del Derecho de Familia que consiste en la relación paterno filial existente entre una persona (hijo) con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. La filiación, sin embargo, debe de ser

¹⁷ Cornejo Chavez, Héctor “Derecho de Familiar Peruano”, tomo II, editorial Studium, Lima-Perú,1985,pág. 11

¹⁸ Peralta Andía Javier Rolando “Derecho de Familia en el Código Civil” III edición, editorial Moreno S.A.,Lima –Perú,2002

entendida como el vínculo jurídico existente entre procreadores y procreados o, producto de la adopción del cual emergen derechos y obligaciones para padres e hijos. Es preciso recordar que no siempre ese lazo deviene de la unión sexual, ya que puede derivar de la inseminación artificial, de la fecundación extrauterina, de la clonación donde ya desaparece la cópula sexual.

¹⁹En sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico tiene un significado más restringido, equivale a la relación inmediata del padre o la madre con el hijo; de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere el lado del padre o de la madre; y por lo tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

²⁰Maternidad y paternidad son, pues, los dos elementos en que se basa la relación de filiación desde el punto de vista físico o natural, según el cual todo ser humano tiene una padre y una madre, sin embargo, jurídicamente no es así, pues hay que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico.

7.-CÓMO ESTA REGULADA LA PRESUNCION MATRIMONIAL EN EL CODIGO CIVIL:

En la actualidad, con la aparición de medios científicos de identificación y la comprobación del momento exacto de la concepción, se debe ir dejando de lado los criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en las presunciones, pues hoy es posible determinar de manera segura la paternidad con las modernas pruebas de ADN y de contrastación genética.

¹⁹Alex Plácido en su libro “La Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú ,2003, citando a Planiol-Ripèrt, Georges, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudente,1948,Tomo I, número 1280,pág. 454.

²⁰ Alex Plácido en su libro “La Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú ,2003

La ley posibilita la investigación de la paternidad y maternidad, mediante el uso de toda clase de pruebas de validez científica.

En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99,9%.

Hoy este examen es obligatorio. En caso que la persona a quien se le imputa la paternidad se oponga al examen de ADN, el juez lo llamará de nuevo y si se resiste otra vez, el juez tomará este factor como una presunción positiva de paternidad o maternidad, o la ausencia de ella, según corresponda. Con esto, se termina con la práctica de los padres que evitan realizarse tal examen.

Se debe dar paso a los reales hechos de vida, porque por razonable que sea la presunción, después de todo no es más que una apariencia que puede ser destruída por la prueba en contrario. Las presunciones deben ser consideradas, según expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz, que disuelve aquella presunción erigida artificialmente.

La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, por lo que debe darse a las pruebas que permitan asegurar este presunto nexo biológico toda la fuerza legal posible, de modo de evitar subterfugios que impidan o entorpezcan el conocimiento de esa verdad básica y esencial de todo ser humano, cual es su identidad.

En tanto la presunción pater est tiene una carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales, técnicas y científicas, pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto.

Por lo tanto, la determinación de la paternidad matrimonial las fundamento en las siguientes razones:

-En caso de que el hijo nazca de mujer casada, la paternidad queda atribuida al marido de esta; es decir, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte del marido, la ley le atribuye la paternidad de los hijos que tiene su esposa con posterioridad a la celebración del matrimonio.

-La presunción de paternidad matrimonial es una presunción legal relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes, salvo que en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efecto.

-En consecuencia, aunque la mujer casada anote al hijo ocultando su estado civil, diciéndose soltera y no mencione el nombre de su marido al inscribir al niño, y aún en caso de que a ello se sume un acto de reconocimiento de paternidad de un tercero, no perderá relevancia jurídica la presunción de paternidad.

-Evidentemente, el reconocimiento practicado por el tercero carece de eficacia estructural ya que se contrapone a una filiación establecida por la ley.

-En los supuestos señalados, el marido podrá solicitar que se deje sin efecto la mención del padre que se atribuyó al inscrito en la partida de nacimiento, prevaliéndose simplemente de la presunción de paternidad matrimonial; promoviendo una acción de nulidad del reconocimiento, para incluirse como padre de la criatura y dejar sin efecto el reconocimiento del tercero. Asimismo, podrá interponer una acción de rectificación de partida de nacimiento, para modificar la mención del estado civil de la mujer que se dijo soltera.

-La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, debe tenerse en cuenta que la ley considera que el termino máximo de un embarazo

es de trescientos días y el mínimo, de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento. En tal sentido y en estricto se establece que la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución.

-Al hijo nacido dentro del periodo indicado se le considera concebido dentro del matrimonio (presunción de concepción dentro del matrimonio, presunción legal relativa que admite prueba en contrario actuada en sede jurisdiccional, quedando sin efecto por mérito de la sentencia que ampare la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial).

Por otro lado, el artículo 361 del código civil peruano recoge una de las afirmaciones jurídicas más antiguas de que se tiene: se presume que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su marido.

En virtud a ello, es menester argumentar estas razones basadas en las teorías, tales como:

8.- TEORIAS DE PRESUNCION DE PATERNIDAD DEL MARIDO:

- a) TEORIA DE LA ACCESION²¹:
- b) TEORIA DE LA PRESUNCION DE FIDELIDAD DE LA ESPOSA:
- c) TEORIA DE LA COHABITACION EXCLUSIVA:
- d) TEORIA DE LA VIGILANCIA DEL MARIDO:
- e) TEORIA DE LA ADMISION ANTICIPADA DEL HIJO POR EL MARIDO:
- f) TEORIA CONCEPTUALISTA O FORMALISTA QUE CONSIDERA A LA PRESUNCION DE PATERNIDAD COMO UNA RESULTANTE DEL TITULO DE ESTADO.

²¹ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

a)- TEORIA DE LA ACCESION:

²²La presunción de paternidad del marido es una consecuencia del dominio que él ejerce sobre su esposa, cuyo fruto, el hijo, es accesorio, lo que en latín se traduciría con el clásico aforismo: lo accesorio sigue la condición de lo principal.

b)- TEORIA DE LA PRESUNCION DE FIDELIDAD DE LA ESPOSA:

²³La fidelidad de la esposa hacia su marido, de modo que vendría a erigirse en una suerte de presunción de inocencia del delito de adulterio que la mujer goza, mientras no se prueben, a su respecto, relaciones extramatrimoniales. Como el delito es una excepción y no puede suponerse en principio, el deber de fidelidad conyugal obliga a admitir, hasta que se pruebe en contrario, que el hijo pertenece al marido.

c.- TEORIA DE LA COHABITACION EXCLUSIVA:

²⁴Lo que implica relaciones sexuales exclusivas entre cónyuges.

d.- TEORIA DE LA VIGILANCIA DEL MARIDO:

²⁵Si el marido ejerce adecuadamente la potestad marital, le está encomendada legalmente la vigilancia de la conducta de su esposa y por lo tanto, el hijo que ella de a luz debe atribuírsele.

e.- TEORIA DEL ADMISION ANTICIPADA DEL HIJO POR EL MARIDO:

²⁶La atribución del hijo reposa en una admisión que hace el marido por anticipado, de los hijos que su esposa de a luz en lo sucesivo.

²² Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

²³ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003

²⁴ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

²⁵ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

²⁶ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

El matrimonio es un acto voluntario y de ese acto se infiere que el marido confiesa, es decir, admite por adelantado los hijos que su mujer traiga al mundo.

f.- TEORIA CONCEPTUALISTA O FORMALISTA QUE CONSIDERA A LA PRESUNCION DE PATERNIDAD COMO UNA RESULTANTE DEL TITULO DE ESTADO:

²⁷La presunción, en realidad, no es sino una resultante del título de estado constituido por el acta de nacimiento del hijo, en que consta el hecho del nacimiento y la maternidad.

9.-FILIACION MATRIMONIAL, PROBABILIDAD DE UNA PRESUNCION IURIS TANTUM.-

Previamente a señalar la propuesta de solución a la luz de estos tiempos, quiero esbozar una interrogante. Es permitido evidentemente dudar a que sea conforme al interés de niño, atribuirle y mantener una filiación que no corresponda a su filiación biológica. Imaginemos el caso de una mujer casada con un hombre que no puede ser objetivamente ni materialmente el padre, sea porque es estéril, porque abandono el hogar conyugal, estaba desaparecido, estaba declarado ausente, raptado o en prisión.

¿Corresponde realmente al interés de ese menor conservar una filiación presumida respecto al marido de su madre, o convendría más bien desaparecer ese vínculo ficticio permitiendo al padre biológico del niño reconocerlo?

Evidentemente, el uso de la ciencia y tecnología, nos dará la respuesta abriendo paso a la posibilidad de una presunción iuris tantum, bajo el sustento de que la filiación es consustancial e innata al ser humano, que es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legal reales, sino para permitir la

²⁷ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

concreción y el goce de su derecho a la identidad, como el derecho a la verdad biológica.

²⁸El 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 éste como un ser social; identidad dinámica, es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho, en su doble aspecto.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quienes lo han engendrado. El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su identidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos, el primero debe prevalecer.

Engendrar a un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más, concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad ni del padre ni de la madre, ni de 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 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, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño.

Al respecto, el estado no debe tener ningún interés en intervenir en la intimidad de una familia mientras la normatividad interna funcione y no lesione ningún derecho fundamental de sus integrantes. Pero en las crisis familiares sí debe intervenir, cuando la

²⁸ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

normatividad interna ya no resulte satisfactoria para cualquiera de sus integrantes. Esta crisis puede afectar intereses de menores, incapaces y de terceros.

Cuando el Poder Judicial interviene y se pronuncia, lo que está haciendo es dictando la norma al caso concreto y a esto se llega cuando los sujetos interesados en la solución de crisis familiar han resultado incapaces de encontrar por sí, nuevos códigos y pautas de comportamiento que se adecuen a las situaciones de cambio y eso los ha llevado a la crisis.

Es así que el derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones y el derecho a la identidad personal, demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo.

Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales.

Si ese resultado deriva de negar la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se le reconozca al amparo de la Constitución y de la Convención sobre los Derechos del niño.

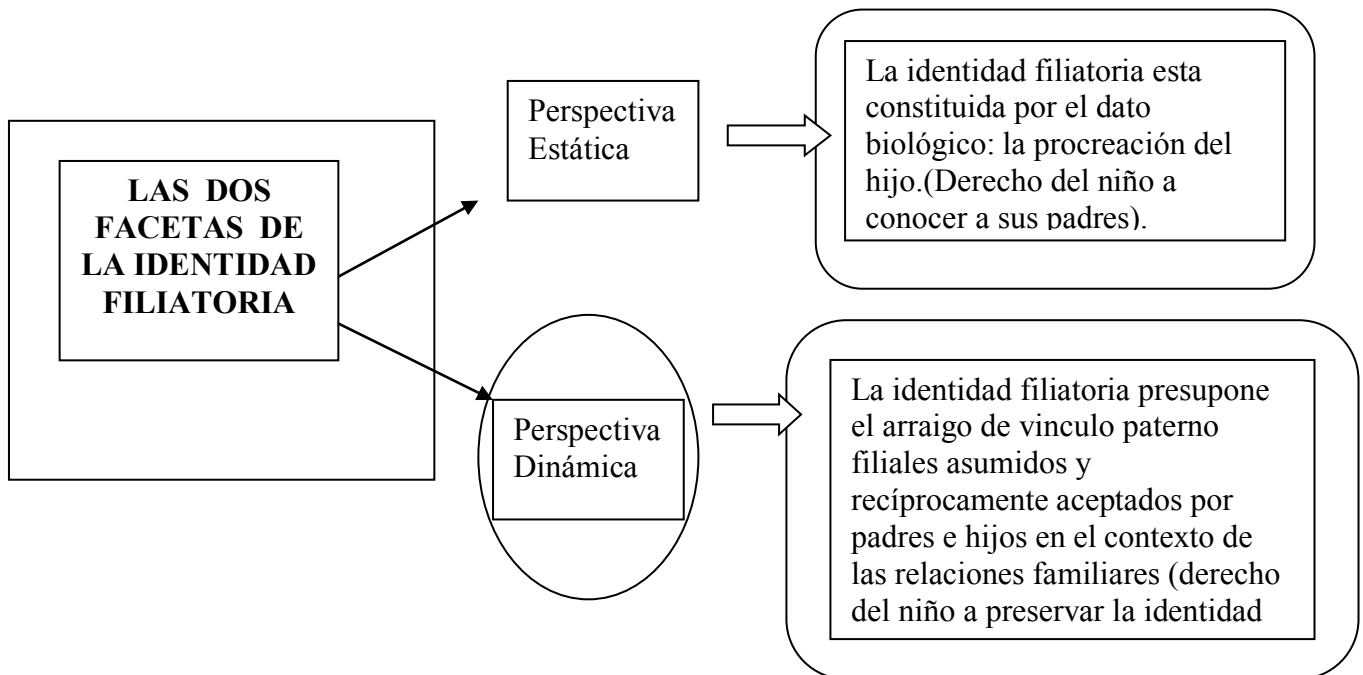
Nuestra identidad, lo que somos y lo que queremos ser, nos viene dado en gran parte por la adscripción a un universo familiar determinado. Más la familia no está aislada del resto de las instituciones sociales. Sus miembros desarrollan muchas de sus actividades en el exterior, de donde derivan parte de sus valores, además de estar sujetos también al influjo de los medios de comunicación de masas.

No obstante, la transmisión de dichos valores, el cultivo de la sociabilidad, el equilibrio emocional y hasta el espíritu cívico de los individuos dependen en gran medida del ajuste entre demandas y expectativa de los actores familiares tanto en el interior como en el exterior. Nadie absolutamente nadie puede decir, quién en definitiva debemos ser.

LA IDENTIDAD Y SUS FACETAS.....

²⁹La identidad está constituida por dos facetas: La Perspectiva Estática y la Perspectiva

Dinámica, conforme se aprecia en el siguiente cuadro.



³⁰Los derechos de la persona o derechos personalísimos son las prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, de las que no puede ser privada por la acción del estado ni de otros particulares porque ello implicaría un desmedro o menoscabo de la personalidad.

Estos derechos esenciales tienen por fundamento la libertad, la independencia, autodesarrollo y realización del ser humano, independientemente de su capacidad para ser titular de derechos subjetivos reconocidos por el orden jurídico positivo o contraer

²⁹ Varsi Rospigliosi Enrique, "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial", editorial Juristas editores, 2º edición, Lima-Perú, 2010, Página 148.

³⁰ Alex Placido "Filiación y Patria Potestad" editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

obligaciones. Se incluye en esta categoría el derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al honor y a la dignidad, entre otros.

La Convención de los Derechos del Niño contiene una serie de principios básicos, entre los cuales se encuentra el de no discriminación que en este ámbito tiende especialmente a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Dentro de los llamados derechos de tercera generación, propios del llamado estado de cultura, vienen cobrando vigencia lo que se ha denominado derechos a la identidad personal, entendida como el que tiene todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos. Una de las facetas más relevantes de este derecho es el derecho de todo niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre que le corresponda, una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El derecho de toda persona a conocer su identidad de origen goza de reconocimiento como un derecho constitucional explícito que se ve complementado con la incorporación a nuestra legislación nacional de la Convención sobre los Derechos del Niño; por ello, el derecho a la identidad, en este aspecto, es un derecho de fundamento constitucional expresamente reconocido.

El concepto de identidad personal tiene un aspecto estático y otro dinámico, y es más amplio que el normalmente aceptado, restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aun estado civil). Conocer cuál es su específica verdad personal es sin duda, un requisito para la dignidad de la persona, para su autodeterminación, y está íntimamente vinculada a la libertad.

El llamado aspecto dinámico del derecho a la identidad se funda en que el ser humano, en tanto unidad, es complejo y contiene una multiplicidad de aspecto esencialmente

.....
vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológica, religiosa o política que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto. El conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los otros.

10.- FUENTES DE LA FILIACION:

³¹Al amparo del principio de igualdad de filiaciones se da origen a la siguiente clasificación:

La filiación puede tener lugar por **naturaleza y por adopción**; la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial; la filiación matrimonial y la extramatrimonial, como la adoptiva tienen los mismos efectos. Queda así simplificada la relación de filiación de acuerdo a sus fuentes.

La ley define qué se entiende por ³²filiación extramatrimonial sin precisar el concepto de filiación matrimonial; pero esta última cuestión no es dudosa. La filiación es matrimonial si los padres están casados y no ha cesado la presunción de paternidad del marido. En este punto es preciso aludir a la supresión de la institución histórica de la legitimación por subsiguiente matrimonio.

Históricamente la legitimación por subsiguiente matrimonio ha tenido gran importancia en las relaciones de filiación, pues por virtud de esta institución los hijos naturales reconocidos podían llegar a adquirir los mismos derechos que los legítimos. Su fundamento estaba en la posibilidad de contraer matrimonio los padres naturales en la época de la concepción.

El principio de igualdad de filiaciones determina la supresión de la legitimación en cualquiera de sus formas. Ello es así, por cuanto la legitimidad y la legitimación presuponen un contexto discriminatorio entre filiación legítima e ilegítima, el cual ha desaparecido con el mencionado postulado.

³¹ Alex Plácido en su libro “La Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú ,2003

³² Art 386 del C.C, peruano señala que: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”

Con respecto a la adopción, viene a ser la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio. ³³El Código de los Niños y Adolescentes define a la Adopción como; una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tiene por naturaleza.

En consecuencia el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea. Es con actos de amor que se crea un vínculo irreversible entre los niños y adolescentes, así como entre las personas dispuestas a integrarlos dentro de sus familias.

11.- PRINCIPIOS BÁSICOS EN MATERIA DE FILIACIÓN:

- ³⁴**Igualdad de todos los hijos**, de modo que no sean discriminados cualquiera que sea la circunstancia de su nacimiento, es decir, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.
- **Supremacía del interés superior del niño**, lo cual supone considerar al niño como sujeto de derecho, procurando su mayor realización espiritual y material posible, guiarlo en el ejercicio de sus derechos esenciales conforme su edad y desarrollo.
- Toda persona tiene **derecho a la identidad**, a conocer su origen biológico, a pertenecer a una familia. De este principio surge la posibilidad de investigar la paternidad y maternidad.

³³ En el Código de los Niños y Adolescentes del Perú, artículo 115
³⁴ Biblioteca del congreso de Chile- <http://www.bcn.cl/guias/filiacion>

12.- CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN:

³⁵Existen los **derechos-deberes de los padres**, englobados dentro de la autoridad paterna:

1. La crianza o cuidado personal de los hijos.
2. La educación y establecimiento del menor, esto es, procurarle la educación, profesión u oficio que le permita subsistir por sí mismo.
3. El derecho de visitas para el padre o madre que no tenga el cuidado personal del menor.
4. Corregir a los hijos sin menoscabar su salud y desarrollo personal.
5. Los padres deben contribuir a estos deberes, a través de la obligación de dar alimentos.

13.-RECONOCIMIENTO DISCRIMINATORIO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL EN NUESTRO PAÍS.-

³⁶En términos legales, la Filiación es aquel vínculo jurídico que une a una determinada persona con su progenitor o progenitora. Antiguamente ante situaciones de duda o incertidumbre respecto del vínculo filial, se establecía este en base de hechos o circunstancias lógicas concretas, que hacían inferir la existencia o no de un vínculo de parentesco.

La falta de técnicas científicas biológicas originó la creación de determinadas presunciones legales a fin de resguardar la integridad familiar y cautelarla como institución jurídica y social. Es por ello la creación de determinadas presunciones

³⁵ Biblioteca del congreso de Chile- <http://www.bcn.cl/guias/filiacion>

³⁶ Ana Mela Baldovino, Abogada por la Universidad de Lima, Especialista en Derecho de Familia. Dialogo con la Jurisprudencia de la Gaceta Jurídica –Actualidad ,análisis y critica jurisprudencial ,Nº 120 *Septiembre*Año 14, 1º Edición, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, pagina 153,Lima-Perú,2008.

como la de paternidad y de filiación matrimonial, reguladas actualmente en los artículos 361 y 362 del Código Civil.

Nuestro ordenamiento legal establece la filiación partiendo de ciertas premisas elementales, como:

1. La manifestación de voluntad del interesado, que se concreta con el reconocimiento de la paternidad correspondiente.
2. Las situaciones de hecho concretas, donde entra a tallar determinadas presunciones legales como las ya mencionadas.
3. La identidad biológica establecida por una prueba científica concluyente, como la del ácido desoxirribonucleico (frecuentemente denominada ADN) que es determinante para el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

La filiación de paternidad extramatrimonial es el derecho y obligación que posee todo progenitor y a su vez, es el derecho a la identidad familiar que posee toda persona.

14.- EL DERECHO DEL NIÑO -EN LA MEDIDA DE LO POSIBLE A CONOCER A SUS PADRES, EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO:

El derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente reconocido en el artículo 7 de la convención sobre los derechos del niño.

El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el derecho positivo. Dentro de este contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz.

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

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

En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño cristaliza el reconocimiento del derecho a conocer a los padres. En el más reducido ámbito regional americano, ello puede considerarse comprendido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, también es reconocido y protegido en la Constitución de 1993, como vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1.

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

En este sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir de este, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no

unido entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pondrá a su alcance – y que son fundamentalmente las acciones de filiación- para rectificar la situación que vive sino está conforme con ella, es decir para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

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

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

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

En cambio, desde la perspectiva objetiva el derecho a conocer a los padres viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el

proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico.

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

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

La primera concepción parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación, desde que en el texto del artículo 7, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que ese se ejercita “en la medida de lo posible”. De esta manera se brindaría la debida protección constitucional a este derecho.

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

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

Toda interpretación jurídica requiere que los términos sean interpretados según las palabras empleadas en el texto. Sin embargo, en esta concepción se sustituye el significado literal de los términos por la pretendida finalidad buscada con la inclusión de la norma. Así, y aun reconociendo la complejidad del término identidad biológica y su conexión con el principio de dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, es necesario darle a la expresión “en la medida de lo posible” una proyección más limitada. Con ello debe tenerse presente que, una vez superada la tradicional distinción entre interpretación de la letra de la ley e interpretación de la voluntad del legislador, el jurista ha de deducir el significado de la norma de la propia actividad interpretativa en ningún caso a priori.

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

De acuerdo con ello y respecto a la interpretación del término “en la medida de lo posible” no parece, sin embargo, que se de la aludida contradicción: las propias discusiones acerca de su expreso reconocimiento evidencian que mediante la introducción de este término se pretendía proteger algo más que la identidad biológica del individuo. Junto a ello, una interpretación contextual del

término, sustentada en la cercanía entre el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, refleja su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Se puede afirmar, por lo tanto, que el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación.

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

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

Al igual que ocurre con el derecho al honor, también procedente de la idea de dignidad pero dotado de un ámbito y contenido propio, se protegen aspectos derivados de la dignidad personal, pero no este valor en sí mismo considerado. La dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse

como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. En este sentido, la identidad biológica se la concibe como una sustantivación de la dignidad, porque aquella va referida a la existencia humana.

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

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

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

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

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

Por lo mismo, las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho de niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias, por cuanto sólo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incursos en alguna de las causas legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.

Siendo así, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. No obstante, la frase “en la medida de lo posible” antepuesta el derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Ello se presenta como un límite intrínseco a este derecho.

Como se observa, el derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno

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

15.- LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA, LA PRESUNCION DE PATERNIDAD MATRIMONIAL Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA:

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

³⁷Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad.

El tribunal Constitucional ha expuesto que por virtud de principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental

³⁷ www.amag.edu.pe “La evidencia Biológica y la Presunción de paternidad matrimonial” por Alex F. Plácido.

satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio favor veritatis) y de esta manera determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.

De otro lado, el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es la presencia de los principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales; de tal manera que la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción.

16.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA:

El tema no ha sido ajeno a nuestros Tribunales. Cuando el padre biológico impugnaba la paternidad matrimonial del marido de la madre para reclamar para sí la paternidad extramatrimonial del hijo, los pronunciamientos no hacían sino confirmar y evidenciar la posición del Código Civil de 1984: estando la madre casada en época de la concepción y no habiendo el marido, contestado la paternidad matrimonial, resulta improcedente reclamar judicialmente una filiación paterna diferente a la ya determinada.

Sin embargo, existe un precedente jurisprudencial en el que, sobre la base del control difuso de la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, se resolvió de manera diferente. Se trata de la demanda interpuesta por don Cesar Enrique Collazos Koo contra doña Nancy Roque Valdivia de Hurtado y don Antonio Modesto Hurtado Maringota sobre impugnación de paternidad matrimonial, sustentada en que el demandante es el padre biológico de la niña I.A.H.R., nacida dentro del matrimonio de los demandados. ³⁸Expediente Nro. 2003-0839-251801-JF01).

De la revisión del expediente, se comprueba que la niña I.A.H.R. fue inscrita en el Registro Civil como hija del marido de la madre, sobre la base de la presunción de paternidad matrimonial. De otro lado, también se advierte que las partes se sometieron a la prueba de ADN la que dio por conclusión que Don Antonio Modesto Hurtado Maringota no es el padre biológico de la niña I.A.H.R.; sino, por el contrario, el padre es don Cesar Enrique Collazos Koo. Por último, se aprecia que la niña I.A.H.R. vive con su madre en compañía del padre biológico; pero que, por estar registrada como hija del marido de la madre, es sus evaluaciones que se le toma en el colegio privado “Niño Jesús de Praga” se consigna como Collazos y en otras como Hurtado.

En la sentencia del 29 de Noviembre del 2004, la jueza del Primer Juzgado de Familia del Distrito Judicial del Santa al analizar la constitucionalidad del artículo 396 del Código Civil, concluye que dicha disposición legal no puede ser interpretada conforme a la Constitución, pues se trata de una norma que a partir de una presunción de paternidad que ha quedado destruída por la corroboración del vínculo de paternidad, ya que no es coincidente con la realidad biológica paterna, “obstaculiza a que dicha menor sea tenida legalmente como hija de quien biológicamente lo es, puesto que nuestra norma sustantiva impone que

³⁸www.amag.edu.pe, incluida como anexo del Artículo “La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial”-El reconocimiento extramatrimonial de hijo de mujer casada. Asimismo, es menester indicar que esta sentencia obra en lo anexos de la presente Tesis.

previamente se debería ejercer la acción contestataria de impugnación de paternidad por el codemandado Don Antonio Modesto Hurtado Maringota como lo disponen los artículos 396 y 404 del Código Civil”; lo que no ha sucedido, en el presente caso.

En consecuencia y advirtiendo que en el marco actual del sistema constitucional de filiación el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, la magistrada señala que “encontrándose en discusión la filiación biológica de la niña, resulta imperiosa la necesidad de que esta se establezca y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura; máxime si en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal sobre la otra de rango inferior, y en el presente caso se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y dejar de aplicar las normas antes referidas que se oponen a esta finalidad, considerando la jerarquía de la norma constitucional en el inciso primero artículo segundo de la Constitución Política del Perú; así como instrumentos internacionales y especialmente el de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo ocho y que se trata de los derechos a la identidad y demás inherentes a una menor de edad, la Juez conjetura la inaplicación del artículo trescientos noventa y seis y cuatrocientos cuatro del Código Civil, artículos que no hacen viable la defensa y protección de la menor”.

Resulta pertinente resaltar que, en el presente caso, se aplicó el artículo ocho de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque sin hacer referencia expresa a la preservación de la faceta dinámica de la identidad filiatoria de la niña en cuestión, la jueza parece inferirlo; pues indica que “es necesario proteger la identidad y filiación de la menor I.A.H.R., es decir a conocer y ser reconocida

por sus padres biológicos”. Por último, en la adopción de esta solución, el órgano jurisdiccional evidencia la consideración primordial del interés superior del niño del lado que se trata.

No habiendo sido impugnada la referida sentencia, esta fue remitida en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República; siendo aprobado el control difuso realizado, con la ³⁹Sentencia en Consulta N° 370-2005-CHIMBOTE de fecha 18 de Abril del 2005.

17.-LEGISLACION COMPARADA:

CÓDIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA:

Artículo 85: Reconocimiento mediante juicio.

⁴⁰En 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 ese 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.

● Como se puede apreciar la presunción legal de paternidad constituye la premisa esencial, por la que partimos, sin embargo, ante la impugnación de esa paternidad por el padre biológico, sólo queda probar la afirmación vía proceso, y en consecuencia se obtendrá la verdadera filiación, en honor a la verdad de los hechos, teniéndose presente que la verdad constituye un valor esencial de vida.

CÓDIGO DE FAMILIA DE PANAMÁ:

⁴¹Artículo 269. El hijo o hija se presumirá del marido. Sin embargo, se permite el reconocimiento por el padre biológico del hijo o hija de la mujer casada, si en el acto de la declaración del nacimiento éste se presenta junto con la madre y el presunto padre legal para el trámite del reconocimiento, y éstos manifiestan personalmente su anuencia al reconocimiento. Se dejará constancia de esta acción declarativa de consentimiento en el acta respectiva, firmada por el presunto padre legal.

³⁹ Ver anexos de la presente Tesis.

⁴⁰ www.iin.oea.org/badaj/docs/lcofcr74.htm - 171k

⁴¹ www.legalinfo-panama.com/legislacion/familia/codfam_index.htm - 81k

Artículo 269 A. En ausencia del presunto padre legal, sólo se permitirá el reconocimiento por la madre y el padre biológico, previa autorización judicial, para lo que se requiere la comprobación de los hechos conducentes que justifiquen que el esposo no es el padre del menor o la menor de edad.

- En esta legislación, el procedimiento es especial, pues el padre legal debe concurrir con la madre señalando que él no es el padre biológico del menor.

- Ante esta imposibilidad el código contempla la impugnación de paternidad y por ende autorización judicial para que de nacimiento a una nueva filiación.

18.-ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONTITUCIONAL DEL EXP. N° 2273-2005-PH/TC DE FECHA 20/04/2006, ART. 7 DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO CONCORDANTE CON LA IV DISPOSICION FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCION DE 1993.

En el ⁴²Expediente N° 2273-2005-PHC/TC el Tribunal Constitucional nos ofrece un alcance a fin entender el derecho a la identidad, que se encuentra consagrado en el inciso 1 art. 2 de la Constitución de 1993, pues lo define como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido por lo que es y por el modo cómo es, vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

En este entendido, un ser humano tiene derecho a invocar su identidad y a legar identidad, pues los datos elementales como nuestro nombre, como nuestras características físicas, las recibimos de nuestros padres e inclusive referentes mucho más complejos, como nuestras costumbres y creencias.

En tanto, pretendo que la protección de este derecho abarque a dos seres humanos, vale decir, tanto al padre biológico, como a su hijo. Ya que un padre por el simple

⁴² Ver anexos de la presente Tesis.

hecho de haber engendrado vida, tiene la facultad de mantener un vínculo paterno-filial y jurídico con su hijo, al amparo del derecho Natural sostenido en la corriente filosófica del Iusnaturalismo, por lo que establecer restricciones normativas que impidan a un padre a reconocer a su hijo, vulnera el derecho a la identidad; estos tiempos de globalización, de apertura a la información, de avance científico y tecnológico, deben coadyuvar a que sea el valor de la verdad, el que prime, no sólo porque a la larga es el camino menos dañino para la familia, ya que las relaciones interpersonales se hacen más sólidas, sanas y estables cuando prima la verdad. Negarle la oportunidad a un padre a que reconozca a su hijo con mujer casada, no es sino otra cosa que privarlo de asumir las consecuencias de sus actos, de hacerlo partícipe de una mentira, de una hipocresía, de un engaño a sí mismo, de impedirle que comparta con su descendencia sus logros de vida, sus costumbres y anhelos, es cercenarle a un padre, el derecho a compartir los atributos de su personalidad. Respecto al hijo me toca decir que con mayor razón, este tiene derecho a saber quién es su verdadero padre, qué nombre tiene, qué apellido lleva, así como el derecho a conocer a su padre y a ser cuidado por él. Desde una visión simple de la vida, un hijo recibiría mejores cuidados en su educación, salud, vivienda, recreación de su propio padre que del padre ajeno, pues es el padre biológico el llamado a cumplir con beneplácito este deber que además se vuelca en un derecho. No quiero dejar de mencionar en este análisis a aquellos padres que sin ser biológicos han asumido este rol, se han comportado como padres responsables de los hijos de otros y con generosidad les han brindado una vida distinta, sin embargo, bien sabemos que este comportamiento se ha debido a situaciones de carencia de padre biológico ya sea por muerte de este u olvido de su condición, pero este homenaje a su labor será compartido por una minoría de padres “adoptivos”, por llamarlo de alguna manera, pues la generalidad en el ser humano es que tienda a proteger y reivindicar lo suyo, su grupo familiar, su supervivencia. Apliquemos a este ejemplo un concepto de microeconomía que nos da ⁴³Michael Parkin para hacer más objetiva la explicación, la microeconomía es el

⁴³ Parkin Michael y Loria Eduardo, “Microeconomía” , novena edición, editorial impresora Apolo, Junio de 2010, México, pág, 2.

estudio de las elecciones que hacen los individuos y empresas, la manera en que dichas elecciones interactúan en los mercados y la influencias que los gobiernos ejercen sobre ellas. A la incapacidad de satisfacer todos nuestros deseos se le da el nombre de la escasez. Pobres y ricos la enfrentan por igual. Dicho esto, comenzaré, naturalmente un padre político, mejor conocido como padrastro tiene recursos limitados, por lo tanto escasez, en razón a ello establecerá prioridades para cubrir las necesidades de los miembros o cuasi miembros de su familia, deberá elegir, entre el alimento o la recreación, siendo el alimento una necesidad básica que permite la supervivencia, elegirá entre el alimentos, así también deberá elegir entre enviar al colegio a sus hijos y a su hijastro, racionalmente pensemos manteniendo la variable de la escasez, ¿a quién enviaría al colegio, universidad o instituto un padre político? ¿Qué esperamos de un padre biológico en cambio? ¿Quién tiene el deber y derecho de actuar como padre? ¿a quién se le impone una situación de padre? ¿Qué se espera cuando nos imponen un situación y qué cuándo libremente la elegimos?

Sí, es cierto cuando los recursos son abundantes nuestras decisiones podrían variar, pero ¿es el Perú un país donde prima la abundancia o la escasez?, en tanto qué conductas esperamos de quienes educarán a los futuros peruanos.

Precisamente el art. 7 inciso 1 de la Convención Internacional sobre los Derecho del niño de 1989, señala que debe ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, que tendrá derecho a un nombre, a una nacionalidad, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Lo que concuerda con lo el derecho a la verdad, a la identidad como expresión directa de la dignidad humana. Asimismo el inciso 2 del mismo art. Indica que Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apatriado, lo que se encuentra concordado con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 que s se refiere a que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la

.....

Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Por lo tanto, esta propuesta cuenta con el respaldo no sólo de los tratados internacionales, sino de nuestra misma constitución.

19.-MARCO CONCEPTUAL.-

Familia:

⁴⁴La acepción común del término *familia* lleva a que se le reconozca como aquel grupo de personas que se encuentran emparentadas y que comparten el mismo techo. Tradicionalmente, con ello se pretendía englobar a la familia nuclear, conformada por los padres y los hijos, que se encontraban bajo la autoridad de aquellos. Así, desde una perspectiva jurídica tradicional la familia “está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco”.

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

⁴⁴ Landa Arroyo, Beaunont Callirgos, Eto Cruz-Magistrados del Tribunal Constitucional, “Sentencia del Tribunal Constitucional”-Exp. N° 09332-2006 PAT/C. www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA

Las Familias reconstituidas:

⁴⁵En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.

Derecho de Familia:

El **Derecho de familia** es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco.

Tradicionalmente se ha considerado que, el Derecho de Familia, es una sub-rama del Derecho civil, sin embargo, puesto que este último se estructura sobre la base de la persona individual y que habitualmente se ha estimado que las relaciones de familia no pueden quedar regidas sólo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, en la actualidad gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios.

⁴⁵ Landa Arroyo, Beaunont Calligos, Eto Cruz-Magistrados del Tribunal Constitucional, “Sentencia del Tribunal Constitucional”-Exp. N° 09332-2006 PAT/C. www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA

⁴⁶Desde un punto de vista genérico, según el tratadista BELLUSCIO, dice: El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

⁴⁷Para Bonnecase, el Derecho de familia es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo principal accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia.

⁴⁸Díaz de Guijarro, al respecto dice: El derecho de familia forma parte del Derecho Privado y más precisamente, del civil; tiene caracteres propios que le comunican una filosofía peculiar.

⁴⁹Juan Reborá, sostiene que el Derecho de Familia es el conjunto de normas y de principios concernientes al reconocimiento y estructura del agregado natural que recibe el nombre de familia.

El Derecho al Nombre:

⁵⁰Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos. El signo que distingue a las personas en sus relaciones jurídicas y sociales es el nombre civil, el que está compuesto por un nombre individual o de pila y por el apellido o nombre de familia, nombre que va unido a la personalidad de todo individuo como designación permanente de ésta, consiguientemente toda persona tiene derecho a un nombre.

⁵¹El derecho de nombre que es parte del derecho a la identidad, implica el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quienes son sus progenitores, por lo que mal se puede sostener que se está protegiendo la identidad de una persona

⁴⁶ Belluscio, Augusto "Derecho de FAMILIA", Buenos Aires, Desalma 1975, Pág. 29

⁴⁷ Bonnecase, Julián, "El código de napoleón en el Derecho de Familia", México, Pág. 33.

⁴⁸ Díaz de Guijarro, Enrique; citado por Borda cita página 07

⁴⁹ Reborá, Juan. "Instituciones de Familia" Buenos Aires 1945, página 57

⁵⁰ Juristas editores, Código Civil, s/e, Lima- Perú, 2006

⁵¹ Cas. N° 2747-98-Junín, El Peruano, 28-09-1999, p.3594

al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad.

La filiación:

En el concepto biológico, significa que una persona ha sido procreada por otra.

En el concepto jurídico, es la relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones.

La Filiación matrimonial:

Es aquella determinada por el hecho del matrimonio. Conforme lo determina el Código Civil.

La Filiación extramatrimonial:

Es aquella con que se conoce a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Y tiene dos formas: Filiación extramatrimonial por reconocimiento voluntario y por declaración judicial de la filiación extramatrimonial.

Impugnación de la filiación matrimonial:

Es una acción de estado, en este caso el que tiene legítimo interés para obrar es el marido de la madre, que no se considera padre del hijo de su mujer y debe hacerlo valer conforme a los plazos establecidos en el artículo 364 del Código civil.

La Presunción Pater is:

⁵²Viene a ser una presunción *juris tantum*, es decir admite prueba en contrario, el marido le corresponde la destrucción de la presunción conforme a los extremos del artículo 363 y los plazos del artículo 364 del Código Civil vigente.

⁵² Juristas editores, Código Civil,s/e, Lima- Perú, 2006

La Prevalencia de los Derechos Humanos:

Es un interés superior de la persona o del menor nacido durante la separación de hecho de su madre, conforme al artículo 7º de la Convención del Niño, el de conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, es prevalente este derecho frente al derecho de los padres a resguardar su intimidad.

La Convención de Niño y el Interés Superior:

Es un instrumento jurídico internacional, que forma parte del derecho nacional, conforme a lo establecido en la disposición final de la Constitución de 1993.

El Derecho a Reclamar la Verdadera Filiación:

Es un derecho inherente y consustancial a la persona conocer su verdadera filiación paterna, por encima del vínculo jurídico que pueda unir o no de sus progenitores.

El Principio de Verdad Biológica:

La filiación paterna de la persona debe darse en base a la probanza del nexo biológico del hijo con su progenitor, mediante las pruebas biológicas y de marcadores genéticos ADN, etc, y otras de valor científico.

El Derecho a la Identidad:

⁵³El derecho la identidad “es ser uno mismo y no otro”. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia que engloba otros derechos. Supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como lo referido a la personalidad, que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

⁵³ Alex Placido “Filiación y Patria Potestad” editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú, 2003.

El Proyecto Existencial:

Es la libre determinación de la persona de autorealizarse conforme a su libre albedrío, y respeto a su dignidad humana.

La Globalización:

La globalización es un proceso de integración mundial que engloba a todo los agentes protagonistas de la era actual, relacionados con todos los quehaceres del mundo moderno, buscando el progreso y el bien común. El derecho de familia, y en especial el problema materia de investigación no puede escapar a ese proceso. Lo contrario significaría una negación de la historia.

Protección y Certeza Jurídica.:

Los derechos de las personas deben estar debidamente protegidos, más los derechos extrapatrimoniales que patrimoniales, en este caso el derecho al nombre a la intimidad a la imagen al nombre, la dignidad, el derecho a la identidad, y el derecho de la persona a conocer a su padre biológico y atender a la seguridad jurídica.

Presunción:

⁵⁴Se denomina presunción, en Derecho, a una ficción legal a través de la cual se establece que un hecho se entiende probado.

A través de la presunción, no es necesario proceder a la prueba del hecho que se presume. Esto favorece a una de las partes de un juicio (el que se beneficia de la presunción) que normalmente es el que se encuentra en una posición defensiva.

⁵⁴ Chanamé Orbe Raul, “Diccionario Jurídico Moderno”, Editorial San Marcos , Lima-Perú-1995.

Tipos de Presunción:

- **⁵⁵Presunción *iuris tantum*:** Calificación aplicada a la presunción contra la cual se admite prueba en contrario.

Etimológicamente: Juicio o decisión por el tanto o cuanto (refiriéndose a lo que se demostró en juicio y en el grado en que se demostró).

- **Presunción *iuris et de iure*:** Calificación aplicada tradicionalmente a las presunciones absolutas contra las cuales no cabe la prueba en contrario.

Etimológicamente: Juicio o decisión con derecho, o con la razón.

⁵⁶Locución latina. De pleno y absoluto derecho. Jurídicamente constituye una presunción que no admite prueba en contrario, como el conocimiento de la ley, la duración del embarazo de la mujer, el domicilio legal, la presunción de reconciliación conyugal cuando el marido cohabita con la mujer después de haber dejado la habitación común, la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio.

Según algunos autores, la prohibición de la prueba en contrario no impide aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción, sino atacar el razonamiento o demostrar la inexistencia del hecho presumido, ni impidiéndose justificar que el hecho invocado como antecedente no existe o no es el que específicamente se requiera por la ley (Alsina). Así la presunción *iuris et de iure* sobre la legitimidad de los hijos nacidos desde la celebración del matrimonio, dentro de los plazos establecidos por la ley, puede ser impugnada probándose que el marido no pudo tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 precedentes al nacimiento.

⁵⁵ Chanamé Orbe Raul, “Diccionario Jurídico Moderno”, Editorial San Marcos, Lima-Peru-1995.

⁵⁶ Fuente: OSSORIO, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Ed. 27°, Buenos Aires, p. 538

FICCION JURIDICA:

Es el nombre que recibe el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ley, se toma por verdadero un hecho que no existe, o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica.

CONYUGE:

Se denomina **cónyuge**, en Derecho, a cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio.

El término *cónyuge* es neutro y engloba tanto al marido como a la mujer, sin hacer distinción entre los sexos.

PADRE BIOLOGICO:

Hombre que establece un nexo de filiación natural o física con su hijo.

HIJO MATRIMONIAL:

Nacido dentro del matrimonio.

MARIDO DE LA MADRE:

Cónyuge de la madre.

HIJO EXTRAMATRIMONIAL:

Nacido fuera del matrimonio

VERDAD:

La **Verdad** suele definirse como la conformidad existente entre lo que se expresa y la situación real de algo o el concepto real que se tiene acerca de un tema.

La verdad se hace evidente mediante un sistema de falsación que, llevado a sus últimas consecuencias, demuestra como las proposiciones que hemos tomado en cuenta y que nos motivaron en origen, son esenciales y necesarias para conocer si la firme convicción torna en verdad o no, dependiendo si el objetivo inicial se

cumple en el acto final. Mientras las proposiciones no sean falsables, quedan dentro del ámbito de la lógica y la razón.

CODIGO CIVIL:

⁵⁷Es un conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas de Derecho privado, es decir, un cuerpo legal que tiene por objeto regular las relaciones civiles de las personas físicas y jurídicas, privadas o públicas, en este último caso siempre que actúen como particulares, es decir, desprovistas de *imperium*.

IMPUGNACION:

Refutación, petición de anulación de una resolución oficial, de acuerdo con las leyes: impugnación de una sentencia.

⁵⁸Derecho por el cual, quien tiene legítimo interés alega que una resolución de la autoridad atenta contra sus intereses y derechos, exigiendo se subsane esta, en el extremo correspondiente o en su totalidad, pudiendo inclusive derivar de la anulación de la misma.

MATRIMONIO:

⁵⁹Doctrinariamente se ha establecido que el matrimonio crea dos fines: uno específico que es la educación y procreación de la prole, y otro individual que es el mutuo auxilio en una comunidad de vida.

Es una unión entre dos o más personas que cuenta con un reconocimiento social, cultural o jurídico, y tiene por fin fundamental la fundación de un grupo familiar, aunque también para proporcionar un marco de protección mutua o de protección

⁵⁷ http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2007/11/asun_2386397_200711

⁵⁸ Chanamé Orbe Raul, “Diccionario Jurídico Moderno”, Editorial San Marcos, Lima-Peru-1995.

⁵⁹ Mallqui Reynoso Max y Momethiano Zumaeta Eloy “Derecho de Familia”, editorial San Marcos, Lima-Perú, 2001, pág. 148.

de la descendencia (protección tanto jurídica como económica y emocional). Puede ser motivado por intereses personales, económicos y sentimentales.

El matrimonio es una unión pactada, si bien dicho pacto no tiene siempre por qué ser establecido por las partes contrayentes que van a formar el nuevo núcleo familiar, sino que en ocasiones la unión se realiza mediante un pacto previo entre las familias de los contrayentes. El matrimonio puede ser civil o religioso y, dependiendo de la religión o del ordenamiento jurídico, los derechos, deberes y requisitos del matrimonio son distintos. Ahora bien, no todas las sociedades establecen la distinción entre matrimonio civil y matrimonio religioso, válida sólo en Occidente. Hasta hace menos de dos centurias sólo había matrimonio religioso, al que se consideraba incluso un sacramento.

El A.D.N. :

⁶⁰Es una larga molécula que forma una doble hélice y es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética. Representa una especie de “documento biológico” que nos identifica como seres únicos (a excepción de los gemelos univitelinos). La propiedad biológica genética es estable, objetiva y perfecta.

⁶⁰ Uso de las pruebas genéticas en las cuestiones del Derecho de Familia. www.biotech.bioetica.org.

CAPITULO III: MARCO METODOLOGICO

3.-HIPOTESIS.-

1.-Hipótesis General

Sí, es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum, acorde con el derecho constitucional a la identidad biológica y a la certeza jurídica.

Porque así se permitirá nuevas filiaciones que se sustenten en el valor de la verdad, y por ende las relaciones serán más sólidas como sanas para el hijo con relación a sus padres y el padre podrá vincularse afectivamente y legalmente con su hijo, permitiendo un mejor desenvolvimiento en la vida de todos los intervinientes. Poniendo en práctica el vínculo de la sinceridad que es más resistente al engaño.

Así también, la verdad como valor debe guiar la vida de los que nos sometemos a un ordenamiento jurídico.

2.-Hipótesis Específica:

2.1.- Sí, es necesario que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum en razón al derecho que tiene el padre biológico.

2.2.- Los derechos constitucionales a la identidad biológica, a la verdad, así como la prueba de ADN, limitan **en una medida plena** a la aplicación automática de la presunción iure et de iure.

4.-VARIABLE.-

4.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

Derecho Constitucional a la identidad biológica y la certeza jurídica.

4.1.1.-INDICADORES

X1 Nivel de observancia del derecho constitucional a la identidad biológica y a la certeza jurídica.

4.2.- VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

La filiación matrimonial debe tener como fuente situaciones verídicas que permitan asumir las consecuencias de sus propios actos.

4.2.1.-INDICADORES

Y1 Nivel de necesidad de que las relaciones jurídicas y aquellas de las que se deriven obligaciones, deben de tener como fuente situaciones verídicas que permitan asumir las consecuencias de sus propios actos.

4.3.- VARIABLE INTERVINIENTE:

Z1 Determinante: Presunciones Iuris tantum, Iuri et de iure

5.- REGIMEN DE INVESTIGACION:

Conforme a los propósitos del estudio, la investigación se centra principalmente en el nivel descriptivo, explicativo y analítico. Una tesis jurídica descriptiva, explicativa y analítica, establece el estudio de la realidad, descomponiendo sus elementos integrantes, precisando los diversos aspectos, características, causas, factores, etc. del hecho, la funcionalidad de la norma jurídica en la realidad social y de las categorías e institutos teórico jurídicos.

La investigación es descriptiva porque busca describir de modo sistemático las características, doctrinas, teorías o hechos en esta institución tan controvertida como es la filiación. Asimismo llegar a conocer mediante la descripción de situaciones relacionadas a la filiación que prescinde excepcionalmente de la presunción legal de que “todo hijo tiene como padre al marido de la madre”, así como de la legislación internacional que ya ha resuelto esta situación; la predicción sobre las posibles soluciones legales y reales en nuestro ordenamiento jurídico.

La investigación es analítica porque logra caracterizar el objeto de estudio a una situación concreta, señalando sus características, excepciones, sus cambios en el tiempo, principios aplicables, etc.

La investigación es explicativa porque va a combinar los métodos analítico y sintético, en conjunción con el deductivo y el inductivo, dando cuenta del porqué del objetivo de investigar un reconocimiento por el código civil vigente de los derechos constitucionales a la verdad e identidad biológica que debe acercar a un

padre con su hijo, en base a valores de honestidad, integridad, estabilidad emocional que coadyuven al desarrollo de individuos sanos y en concordancia con precedentes internacionales que ya han resuelto esta controversia.

6.-ASPECTOS METODOLOGICOS.-

6.1.- MATERIAL Y PROCEDIMIENTO.-

Material bibliográfico: Libros ESPECIALIZADOS, normas legales nacionales e internacionales, revistas jurídicas electrónicas, separatas.

Fichas de recolección de datos, cuestionarios, fichas para entrevistas.
ENCUESTAS, Jurisprudencias.

6.1.1.-Diseño de la investigación:

El diseño que se utilizará en la investigación es un diseño no experimental, descriptivo, explicativo y analítico, que es el siguiente:

M= OXr OY

Donde:

M = Muestra de Abogados litigantes, abogados estudiantes de Maestría en Derecho Civil y Comercial, Magistrados, Abogados maestros universitarios, abogados Jueces de Paz, Abogados administrativos del Poder Judicial , estudiantes de Derecho-últimos ciclos de Pre-grado, psicólogos forenses, población civil: hombres casados sin hijos, hombres casados con hijos, hombres solteros con hijos, mujeres casadas sin hijos, mujeres casadas con hijos, mujeres solteras con hijos , que se encuentren dentro de las edades entre 20 y 65 años.

O = Observación

X = Derechos Constitucionales a la identidad biológica y a la verdad.

Y = Código Civil Peruano y la necesidad de regular que el padre biológico reconozca judicialmente a su hijo tenido con mujer casada de otro matrimonio, cuando ya tiene como padre al marido de ese matrimonio, por la presunción legal de paternidad.

R = Relación entre variables

6.2.-POBLACION DE LA INVESTIGACIÓN Y MUESTRA

6.2.1.-POBLACION:

La población de estudio estará comprendida por Abogados litigantes, magistrados, Abogados maestros universitarios, abogados estudiantes de maestría en Derecho civil, Jueces de Paz –Abogados, psicólogos forenses, Abogados administrativos del Poder Judicial, estudiantes de Derecho de pregrado, hombres casados sin hijos, hombres casados con hijos, hombres solteros con hijos, mujeres casadas sin hijos, mujeres casadas con hijos, mujeres solteras con hijos, que se encuentren dentro de las edades entre 20 y 65 años. El período de investigación abarcará los años 2008 hasta el año 2013.

6.2.2.-MUESTRA:

La muestra que se utilizará en la investigación será representativa y presentará las mismas características de la población.

En la determinación del tamaño óptimo de la muestra se utilizará la fórmula del muestreo aleatorio simple para estimar proporciones simples cuando se desconoce una población; la que se detalla a continuación:

$$N = \frac{Z^2 \cdot p \cdot q}{E^2}$$

Donde:

Z = Valor de abscisa de la curva normal para una profundidad de 95% de confianza.

P = Proporción de gerentes que manifestaron usar el marketing para comercializar sus productos (p = 0.5).

Q = Proporción de gerentes que manifestaron no usar el marketing para comercializar sus productos (q = 0.5)

E = Error muestral + - 10%

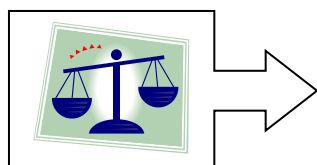
N = Tamaño óptimo de la muestra.

Entonces con un nivel de confianza del 95% y 10% como margen de error, como error muestral tenemos:

$$N = \frac{(1.96)^2 (0.5) (0.5.)}{(0.01)^2} = 96$$

Por lo tanto:

96 personas serán las entrevistadas y estratificadas en Abogados litigantes, magistrados(jueces y fiscales), Abogados maestros universitarios, abogados estudiantes de maestría en derecho civil, Abogados Jueces de Paz, Abogados administrativos del Poder Judicial, psicólogos forenses, estudiantes de Derecho Pre-grado (últimos ciclos), población civil: hombres casados sin hijos, hombres casados con hijos, hombres solteros con hijos, mujeres casadas sin hijos, mujeres casadas con hijos, mujeres solteras con hijos , que se encuentren dentro de las edades entre 20 y 65 años. Para ello la fijación será simple, es decir distribuir la muestra en diversos estratos tal y como se detalla a continuación:



ENTIDAD	MUESTRA
Abogados litigantes	30
Magistrados	05
Abogados Maestros Universitarios	04
Abogados estudiantes de Maestría en Derecho Civil	30
Abogados Jueces de Paz	01
Abogados Administrativos del Poder Judicial	05
Estudiantes de Derecho de Pre-grado	07
Psicólogos	02



Hombres casados sin hijos	02
Hombres casados con hijos	02
Hombres solteros con hijos	02
Mujeres casados sin hijos	02
Mujeres casados con hijos	02
Mujeres solteras con hijos	02

TOTAL 96

POBLACION	CANTIDAD	PORCENTAJE %
ABOGADOS	75	78.12%
NO ABOGADOS	21	21.88%
TOTAL	96	100%

**DETERMINACIÓN DE LA MUESTRA DE PROCESOS DE FILIACIÓN
TOMADOS PARA ESTA INVESTIGACION:**

N° de Expediente	Demandante	Demandado	Materia	Juzgado
229-2008	Maribel Glenda Quispe Laura	Sucesión Ángel Yuri Zapata Valdivia	Filiación	Segundo Juzgado de Familia
581-2012	Pilco Siles Carolina Erika	Leonel Angel Tintaya Pérez	Filiación	Primer Juzgado de Familia
393-2013	Gina Mercedes Bernabe Gutierrez	Johny Alberto Salas de la Cruz	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
749-2010	Elsa Mamani Luque	Marcial Escobar Risalazo	Filiación	Tercer Juzgado de Paz Letrado
028-2011	Kimberly Pinto Marca	Jimmy Llanque Llanque	Filiación	Tercer Juzgado de Paz Letrado
034-2011	Marleni Martinez García de Mamani	Dante Jesus Gutierrez Gutierrez	Filiación	Tercer Juzgado de Paz Letrado
279-2010	Bertha Betty Carrillo Brañez	Nilson Gilberto Tapia Valencia	Filiación	Tercer Juzgado de Paz Letrado
658-2011	Luisa Lazaro Flores	Luis Fernando Aguirre Luan	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
102-2011	María Teresa Choque Ramos	Richard Federico Lluicho Medrano	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
439-2011	Ana Victoria Maquera Acero	Roberto Carlos Roque Tapia	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
484-2011	Ingrid Beltran Huaman	Roberto Felix Aco Vargas	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
046-2012	Marilu Llaclla Mamani	Hipólito Ninaja Anchapuri	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado

228-2012	Angela Calizaya Chacolla	Jimmy Sinoe Cardenas Chaiña	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
443-2011	Ana Norma Cari Ticona	Toribio Alberto Rosas Ale	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
762-2011	Silvia Castro Huarachi	Alejandro Montoya Alave	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
383-2011	Alipio Condorcillo Choque	Nelvina Vilca Vilca	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
835-2011	Lidia Alanoca Copaja	Dario Espinoza Oliva	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
488-2011	Yovana Jesusa Neyra Javier	Juan Salustiano Oliva Chucaya	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
235-2011	Mara Villanueva Cornejo	Edgar Canque Mamani	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
059-2011	Francisco Villalobos Huanca	Cecilia Atencios Llanos-Ramos Maquera Atencio	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
092-2012	Nelson Gilberto Tapia Valencia	Bertha Betty Carrillo Brañez	Impugna-ción de Paternidad y establecimiento de nueva Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
216-2011	Nieves Miranda Choque	Miguel Angel Foraquita Laura	Filiación	Segundo Juzgado de Paz Letrado
730-2012	Nilson Gilberto Tapia Valencia	Bertha Betty Carrillo Barñez José Antonio Villanueva Zavala	Impugnación de Paternidad y establecimiento de nueva Filiación	Juzgado de Familia Transitorio

TOTAL EXPEDIENTES	= 24
-------------------	------

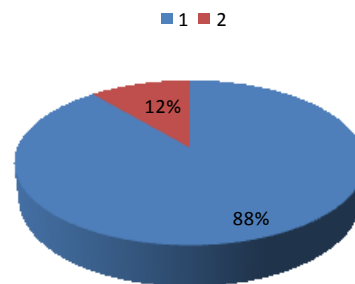


Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna.

POBLACIÓN	MUESTRA
24	3

Fuente: Archivo de la Corte Superior de Justicia de Tacna-Año 2008-2013

Población y muestra de Procesos de Filiación



Conforme se advierte del gráfico, el 12% de procesos de filiación guardan relación con el tema de investigación. Asimismo se advierte que el 12% está constituido por 3 casos, de los cuales en dos de ellos (Exp. 393-2013,279-2010) las madres no pudieron establecer la correcta filiación de sus hijos con su progenitor biológico por estar casadas), mientras que en el tercer caso (Exp. 730-2012) el padre biológico impugna la paternidad de su hijo tenido con mujer casada, obteniendo sentencia favorable, toda vez que la resolución no se pronuncia sobre la presunción pater iest, tampoco se declara la nulidad de la primera partida del menor donde figura como hijo del marido de la madre.

7.-METODOS Y TECNICAS.-

7.1.-METODOS:

Los métodos a emplear en la presente investigación son principalmente los siguientes:

a) **METODO DESCRIPTIVO**

A través de este método se podrá describir y conocer los diversos aspectos, características, requisitos, teorías, principios relativos a la filiación del hijo matrimonial por el padre biológico no cónyuge, así como la eficacia de la presunción de paternidad. Se describirá las características del fenómeno, hechos, legislación internacional, etc.

b) **METODO ANALITICO:**

El **Método analítico** que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar, de tal manera que las jurisprudencias internacionales y nacionales relativas al tema de investigación serán estudiadas bajo este método.

c) **METODO EXPLICATIVO**

La aplicación de este método permitirá explicar objetivamente las relaciones, consecuencias, efectos en la familia etc. respecto de la filiación del padre biológico no cónyuge.

Mediante este tipo de investigación se dará a conocer del porqué del objeto de investigación, tomando en cuenta el momento histórico que nos toca vivir.

d) **METODO INDUCTIVO**

Este método nos permitirá partir de situaciones particulares sobre procesos de filiación por el padre biológico no cónyuge a fin de demostrar que debe excepcionalmente declararse inaplicable la presunción de paternidad patrimonial. Este método conducirá a obtener conocimientos de lo particular lo general.

e) **METODO DE ANALISIS COMPARATIVO**

Se analizarán las normas internacionales de países que permiten la filiación del hijo matrimonial por el padre biológico-no cónyuge y jurisprudencia o procedimientos que viabilicen este caso.

Con este método se busca establecer comparaciones con países que contiene en su legislación normatividad especial para filiación por el padre biológico, de un hijo nacido dentro del matrimonio que tiene por padre al marido de la madre, no siendo este último su padre biológico.

f) **METODO ANALITICO-SINTETICO:**

Se irá de lo concreto a lo específico, esforzándose de penetrar en el objeto de investigación.

g) **METODO DEDUCTIVO:**

Este método conducirá al investigador a obtener conocimientos de lo general a lo particular. Partiendo desde la institución de la filiación hasta el reconocimiento de un hijo en condiciones excepcionales.

h) **EL METODO HISTORICO:**

Se interpreta los hechos del pasado que han tenido relevancia en materia de filiación, así como los cambios a través del tiempo que han suscitado la evolución del Derecho vigente, estudiando así sus antecedentes históricos.

7.2.-TECNICAS:

a. ANALISIS DE REGISTRO DOCUMENTAL:

Esta técnica estará en función al análisis exegético de los articulados del C.C. otros aspectos concomitantes, como son Derechos de las personas contenidos en la norma Constitucional, Derechos humanos, tratados, Convenciones, análisis teórico y doctrinario de las diversas obras, así como de la jurisprudencia.

b. REVISION, ANALISIS E INTERPRETACION DE JURISPRUDENCIA:

Se procederá a la revisión y análisis de jurisprudencia referentes a los procesos judiciales sobre Filiación por el padre biológico-no cónyuge, a efectos de interpretar los sustentos legales que ampararon las demandas.

c. ANALISIS COMPARATIVO DE SISTEMAS JURIDICOS EXTRANJEROS

Cuya elección se hará oportunamente a efectos de determinar las semejanzas, identidades, diferencias y vacíos del ordenamiento nacional y el de los sistemas confrontados.

d. FICHAS DE INFORMACION JURIDICA

Lo que se realizará al momento de recolectar la información.

d.1.- Elaboración de un diseño de la investigación, el mismo que comprenderá la metodología a seguirse, hipótesis a comprobarse, los métodos y técnicas a emplearse, etc.

d.2.- Se procederá a la búsqueda de las fuentes de información previa de donde se obtendrán los datos de la investigación, como son las fuentes bibliográficas (libros, normas legales, revistas jurídicas, separatas) sobre doctrina y legislación internacional que describen la filiación del padre biológico tenido con mujer casada, vía proceso judicial. Asimismo se

solicitará el apoyo y asesoría de personas especializadas o de información especializada que devenga de abogados, psicólogos, docentes, asistentes sociales.

e. **LA ENCUESTA**

La encuesta estará dirigida a la población previamente establecida, a efectos de indagar su PREDISPOSICION de ser el caso, a impugnar la filiación de su hijo biológico que ha sido concedida a un tercero, en base a la presunción.

f. **LA ENTREVISTA**

La entrevista se realizará a abogados litigantes especializados en materia de familia, opinión sobre la eficacia de las normas legales referidas a la filiación como institución.

g. **EL CUESTIONARIO**

El cuestionario será aplicado a abogados litigantes, hombres casados sin hijos, hombres casados con hijos, hombres solteros con hijos, hombres solteros sin hijos, mujeres casadas sin hijos, mujeres casadas con hijos, mujeres solteras con hijos, mujeres solteras sin hijos que se encuentren dentro de las edades entre 20 y 65 años.

Una vez recopilados todos los datos y organizado el material de investigación se procederá al análisis e interpretación de los datos obtenidos para finalmente da a conocer los resultados de la investigación mediante la Tesis de Grado.

CAPITULO IV : RESULTADOS

1.-ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS.-

En esta investigación se ha empleado la encuesta como técnica de recojo de información por medio de preguntas escritas en un cuestionario impreso, a fin de que los encuestados, respecto a su forma son preguntas cerradas dicotómicas, y a su clasificación de acuerdo con el fondo son preguntas de información, intención y opinión.

Asimismo se ha empleado la técnica de la entrevista, conteniendo este mismo marco de preguntas, en los casos en que los entrevistados eran Jueces o Fiscales, en razón al tiempo, pues estando en sus respectivos Despachos cumpliendo su deber, han tenido a bien colaborar con esta investigación, donando algunos minutos de su tiempo, al contestar las preguntas que les venía haciendo.

Los datos obtenidos mediante la técnica del muestreo, han sido sometidos a un: Análisis estadístico de la información, encuestas a 96 personas, divididas entre Abogados litigantes, magistrados (jueces y fiscales), Abogados maestros universitarios, abogados estudiantes de maestría en derecho civil, Abogados Jueces de Paz, Abogados administrativos del Poder Judicial, psicólogos forenses, estudiantes de Derecho Pre-grado (últimos ciclos), hombres casados sin hijos, hombres casados con hijos, hombres solteros con hijos, mujeres casadas sin hijos, mujeres casadas con hijos, mujeres solteras con hijos, que se encuentren dentro de las edades entre 20 y 65 años, lo que sería igual a la muestra.

CUADRO N°. 1

¿Es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum acorde con los derechos constitucionales a la identidad biológica y a la verdad?

RESPUESTA	MUESTRA
SI	95
NO	1
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 2

¿Qué nivel de observancia: cumplimiento, obediencia, acatamiento, tiene para Ud. los derechos constitucionales a la identidad biológica y a la verdad?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	94
Bajo Nivel	2
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 3

¿Qué nivel de inobservancia: contravención, quebrantamiento con respecto a los derechos Constitucionales a la identidad biológica y a la verdad cree Ud. que se están dando en la sociedad, actualmente?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	87
Bajo Nivel	9
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N°. 4

¿Están reconocidos en la normas del Código Civil los derechos a la identidad biológica y la verdad, respecto a la permisión de que un padre biológico reconozca a su hijo tenido con mujer casada?

RESPUESTA	MUESTRA
NO	89
SI	7
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N°. 5

¿Qué nivel de eficacia, validez o utilidad tendría para los padres biológicos, la existencia de una norma en el Código Civil que les permita reconocer a su hijo tenido con mujer casada de otro matrimonio?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	95
Bajo Nivel	1
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N°. 6

¿Existe vacío en el Código Civil en cuanto al reconocimiento Judicial del padre biológico sobre su hijo tenido con mujer casada de otro matrimonio?

RESPUESTA	MUESTRA
SI	90
NO	6
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 7

¿Cree Ud. que es necesario que el Código Civil se adecúe a la realidad social y familiar del país?

RESPUESTA	MUESTRA
SI	95
NO	1
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N°. 8

¿Qué nivel de necesidad cree Ud. que tiene la sociedad en cuanto a que el Código Civil regule que el padre biológico reconozca judicialmente a su hijo tenido con mujer casada de otro matrimonio y que tiene como padre al marido de ese matrimonio?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	92
Bajo Nivel	4
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N°. 09

¿Qué nivel de necesidad existe en cuanto a que las relaciones jurídicas y aquellas de las que se deriven obligaciones, deben de tener como fuente situaciones verídicas que permitan asumir las consecuencias de sus propios actos?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel, es necesario	96
Bajo Nivel, es irrelevante	0
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 10

¿Qué nivel de necesidad existe en cuanto a regular a la vez la paternidad del padre biológico no cónyuge y también la presunción de paternidad del marido del matrimonio?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	90
Bajo Nivel	6
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 11

¿Es necesario armonizar la regulación de la paternidad del padre biológico en cuanto a su hijo tenido con mujer casada y la presunción de paternidad del marido de ese matrimonio?

RESPUESTA	MUESTRA
SI	89
NO	7
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 12

¿Están reconocidos los derechos constitucionales a la identidad biológica y a la verdad dentro de la familia y sociedad?

RESPUESTA	MUESTRA
SI	88
NO	8
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

CUADRO N° 13

¿Qué nivel de necesidad cree Ud. que existe, en cuanto a que el Código Civil en una medida plena regule el reconocimiento judicial del padre biológico respecto de su hijo tenido con mujer casada de otro matrimonio, cuando ya tiene como padre al marido de ese matrimonio, por la presunción legal de paternidad?

RESPUESTA	MUESTRA
Alto Nivel	87
Bajo Nivel	9
TOTAL	96



Fuente: Elaboración Propia

2.-ANALISIS DE LA ENCUESTA.-

De las personas encuestadas y entrevistadas el 99% apoyan la tesis de la posibilidad de una presunción iuris tantum en la presunción matrimonial, concordado con un 94% que creen que se debe armonizar los derechos constitucionales de la identidad biológica y verdad con la legislación civil, sin embargo lo que me resulta satisfactorio conocer es que en un 100% los entrevistados coinciden que es el padre biológico **el llamado a asumir las consecuencias de sus propios actos**, dando lugar al establecimiento al goce del derecho a la identidad basado en la aplicación de la ciencia y tecnología, toda vez que mediante la prueba del ADN y demás pruebas de contrastación genética, se va a conocer esta verdad básica y esencial en el ser humano, cual su identidad, en tanto la posibilidad de la presunción iure et de iure será destruída gracias a los medios científicos de identificación, con lo que la hipótesis inicial se hará una realidad sostenible.

3.- VERIFICACION.-

Verificación y contratación de hipótesis.-

“Es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción iuris tantum, acorde con los derechos constitucionales a la identidad biológica y a la verdad”

De acuerdo a los resultados obtenidos en los cuadros N° 1,2,3,4,5,6,7,y 13 de la Encuesta y entrevista sobre la posibilidad que la filiación matrimonial plantee una presunción iuris tantum en vez de una iure et de iure, se ha probado que los encuestados y entrevistados están de acuerdo con el enunciado, y acorde con nuestros tiempos confían en la intervención de la ciencia, como fuente de certeza que respalde la filiación matrimonial.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I.-CONCLUSIONES

1. La filiación en estos tiempos no está determinada por inferencias en base a hechos, sino en base a técnicas científicas biológicas que crean certeza respecto de la existencia o no del vínculo de parentesco, en concordancia con la ESCUELA EXEGETICA, toda vez que la base legal y normativa se encuentra contemplada en los Tratados internacionales de DD.HH.

2. La identidad biológica de un ser humano debe establecerse mediante la prueba científica concluyente denominada ADN, la que determinará la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, y en ese entender la ESCUELA INTEGRACIONISTA DEL DERECHO, comprende a la identidad biológica dentro del los derechos humanos y en consecuencia ampara su protección.

3. El derecho a la identidad biológica y a la verdad no puede depender del género y estado civil de los progenitores, pues este hecho es discriminante, así tampoco de un vacío legal que prohíba al padre biológico a reconocer a su hijo, o de la espera de que el “padre legal”, niegue la paternidad, porque la identidad es, un derecho fundamental.

4. Establecer restricciones normativas que impidan a un padre reconocer a su hijo so pretexto de las presunciones de paternidad vulnera el derecho a la identidad y a la verdad, a conocer su origen familiar, llevar el apellido del padre y de este último a legar el apellido a su hijo, toda vez que al amparo de la ESCUELA

DOGMÁTICA, el hombre posee libre albedrío, en tanto la capacidad de asumir responsablemente las consecuencias de sus actos.

5. Ciertamente, es posible que la filiación matrimonial nos plantee una presunción *iuris tantum* en virtud a que en la actualidad existe el examen de ADN, examen de contrastación genética, con validez científica plena, que va a confirmar la paternidad biológica y por ende el conocimiento de la verdad.
6. La presunción matrimonial al admitir una presunción *iuris tantum*, no sólo va a generar consecuencias legales que partan de una verdad científica irrefutable, sino además va a permitir el goce del derecho fundamental de identidad del menor, de conocer a sus padres y de ser cuidado por ellos.
7. En una medida plena los derechos constitucionales a la identidad biológica, a la verdad, al uso de las pruebas de ADN, limitan la aplicación automática de la presunción *iure et de iure* porque el nexo biológico ahora estará sustentado por la ciencia y tecnología, por lo que cada persona ostentará la filiación que realmente le corresponda, lo que será vital para formar su personalidad y para su desarrollo histórico- existencial.

II.-RECOMENDACIONES.-

1. Recomiendo que esta propuesta, fruto del estudio jurídico social, sirva para que el ser humano goce de la identidad que le corresponde bajo el sustento de la ciencia que con el examen de ADN, pruebas de contrastación genética y demás pruebas de índole biológico se establezca la real filiación.
2. Recomiendo la implantación de una política nacional de salud pública familiar a efectos de que al interior de las familias se fortalezca el valor de la verdad, de la identidad de cada unos de sus integrantes.
3. Que se adhiera al art. 361 de C.C. la realización de la prueba científica génica, en los casos que un padre biológico reclame la paternidad de su hijo.
4. Que esta propuestas sea ventilada tomando cuenta los conflictos de Salud Pública como el suicidio, que se da en los jóvenes al conocer su verdadera identidad al paso de varios años, lo que se hubiera evitado si al interior de la familia y como política de estado, desde un inicio se hubiera actuado con respeto al verdadero derecho de identidad de cada ser humano, con respaldo de la ciencia y tecnología.
5. Que el derecho a la identidad prepondere sobre cualquier artificio que pretenda soterrar el verdadero origen de nuestra existencia.
6. Una cruzada nacional a fin de que se difunda el derecho a ser considerado hijo de nuestros padres reales, en aras del respeto a nuestros derechos humanos, y con el propósito de educar a nuevas generaciones sobre la importancia del valor de la verdad en nuestras vidas y sus implicancias futuras.

PROYECTO DE LEY

INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

El presente proyecto de ley reconoce y da eficacia a las pruebas con validez científica a fin de determinar la real filiación del hijo nacido dentro del matrimonio.

Por lo expuesto, y:

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política del Perú protege la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del estado, igualmente el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad Moral, psíquica y física y a su libre albedrío y bienestar.

En consecuencia, habiendo cumplido lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial se propone el siguiente proyecto de ley.

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA.-

De conformidad con la aprobación de la Comisión de Justicia, el Congreso de la República del Perú, ha dado la Ley siguiente.

LEY AMPLIATORIA DE FILIACION MATRIMONIAL.-

Art. 361 del C.C.

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo prueba científica en contrario.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima a los...de Agosto de 2012.

BIBLIOGRAFIA.-

1. Actualidad Jurídica de la Gaceta Jurídica– Información Especializada para Abogados y Jueces, Tomo 176-Julio 2008,1º Edición, Editorial El Búho E.I.R.L., Lima –Perú,2008.
2. Actualidad Jurídica de la Gaceta Jurídica– Información Especializada para Abogados y Jueces, Tomo 177-Agosto 2008,1º Edición, Editorial El Búho E.I.R.L., Lima –Perú,2008.
3. Andrés Zavala Abel, “Proyecto de Investigación Científica”, Editorial San Marcos,1º Edición, Lima-Perú,1999.
4. Arias Schreiber Pezet Max “Exégesis del Código Civil Peruano de 1984“, imprenta editorial El Búho, tercera edición, Lima-Perú, 2002.
5. Bautista Tomás Pedro y Herrero Pons Jorge “Manual de Derecho de Familia”,Ediciones Jurídicas, Lima-Perú,2007.
6. Calizaya Vargas Verónica, “Tesis sobre las consecuencias Jurídicas de la Filiación Extramatrimonial mediante Declaración Judicial de Paternidad en el Distrito Judicial de Tacna 2003-2005”,Tacna-Perú,2007
7. Carruitero Lecca Francisco, “Filosofía del Derecho”, Editorial de Juristas Editores E.I.R.L.1º Edición Lima-Perú,2004.
8. Cornejo Fava Maria Teresa “Matrimonio y Familia”, editorial Tercer Milenio , Lima-Perú,2000.

9. Corral Talciani Hernán “Derecho y Derechos de la Familia”, editorial Jurídica Grijley, Lima-Perú,2005.
10. Chanamé Orbe Raúl, “Diccionario Jurídico Moderno”, Editorial San Marcos , Lima-Peru-1995.
11. Código Civil Comentado de la Gaceta Jurídica, II tomo, Derecho de Familia, II edición, editorial El Búho, Lima-Perú, Agosto del 2007.
12. Dialogo con la Jurisprudencia de la Gaceta Jurídica –Actualidad ,análisis y crítica jurisprudencial ,Nº 120 *Septiembre*Año 14, 1º Edición, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, Lima-Perú,2008.
13. Dialogo con la Jurisprudencia de la Gaceta Jurídica –Actualidad ,análisis y crítica jurisprudencial ,Nº 121 *Octubre*Año 14, 1º Edición, Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, Lima-Perú,2008.
14. DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA Tomo IV. Editorial Driskill S.A. República Argentina.1979.
15. DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA. Tomo VIII. Editorial Driskill S.A. República Argentina.1990.
16. DICCIONARIO JURÍDICO OMEBA. Tomo XII. Editorial Driskill S.A. República Argentina.1978.
17. García Bellota Fernando, Proyecto de Investigación para optar el grado de Magister en Derecho, ”Conflicto entre presunción de paternidad y verdad biológico”, s/e, Tacna-Perú, 2005.

18. Juristas Editores, Código Civil, s/e ,Lima- Perú, 2006

19. LA LEY –Periódico Mensual de la Gaceta Jurídica, editorial de la Gaceta Jurídica, Año 01 N° 03 EDICION del 1 al 29 DE Febrero, Lima Perú,2008 .

20. LA LEY –Periódico Mensual de la Gaceta Jurídica, editorial de la Gaceta Jurídica, Año 01 N° 11 EDICION del 1 al 31 de Octubre , Lima Perú, 2008 .

21. LA LEY-Revista Electrónica, Tomo La Ley 2005-F, Artículo “Derecho a la Identidad”, Buenos Aires, Argentina-2005.

22. Mallqui Reynoso Max y Momethiano Zumaeta Eloy “Derecho de Familia”,editorial San Marcos, Lima-Perú,2001.

23. Mesa Redonda Editores (Tomado de M.Ortolan –Explicación Histórica de las Instituciones del emperador Justiniano-Madrid 1847),”Instituciones de Justiniano”, Tercera Edición, s/e,Lima-Perú,1986.

24. Peralta Andía Javier Rolando “Derecho de Familia en el Código Civil” III edición, editorial Moreno S.A., Lima –Perú,2002

25. Plácido V. Alex F. “Filiación y Patria Potestad”, editorial de la Gaceta Jurídica, primera edición, Lima –Perú , 2003.

26. Priscila Mendez Payahuanca , Tesis sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida y la Filiación en el Derecho de Familia Peruano ,Tacna-Perú ,2003

27. Quiroz Salazar William, “La Investigación Jurídica” s/e, s/a-Lima- Perú.

28. Saraza Jimena Rafael , “Doctrina Constitucional aplicable en materia Civil Procesal civil”, Editorial Civitas S.A. primera ediciones,1994-España.
29. Taboada Huascar, ”Cómo hacer una Tesis”,Editorial Grijalbo, México, s/a
30. **Varsi Rospigliosi Enrique,**”El Proceso de Filiación Extramatrimonial”,I Edición, editorial El Búho, Lima –Perú-2006.
31. Varsi Rospigliosi Enrique, “Derecho Genético”, IV edición, editorial Grijley, Lima-Perú-2001.
32. Parkin Michael y Loria Eduardo, “Microeconomía” , novena edición, editorial impresora Apolo, Junio de 2010, México.
33. Constitución Política del Perú.
34. Código Civil Peruano
35. Código Procesal Civil Peruano
36. Convención Internacional de los derechos del Niño de 1979.
37. Martínez de Morentin Llamas, María Lourdes, “ Régimen jurídico de las presunciones” Editorial: Dykinson, 212 páginas, 2008,España.
38. Muñoz Sabaté Lluís, “Introducción a la probática”, Editorial: J.M. BOSCH, págs. 152, 2007, España.
39. OSSORIO, M. (2000). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ed. Eliasta, Ed. 27º, Buenos Aires, p. 538.
40. Toselli, Juan Andrés, Genética, Páginas: 26 ,Editorial: El Cid Editor | apuntes Ubicación: Argentina, Fecha de publicación: 2009

41. Rivero Hernández, Francisco ,El interés del menor (2a. ed.),Páginas: 332
Editorial: Dykinson ,Ubicación: España , Fecha de publicación: 2008

42. Arvelo Arregui, Leslie, Función paterna, pautas de crianza y desarrollo psicológico en adolescentes: implicaciones psicoeducativas. Acción Pedagógica., Páginas:12, Editorial: D - Universidad de los Andes Venezuela, Ubicación: Venezuela ,Fecha de publicación: 2003

43. Bisso, María, No tenga un hijo en el Estado, Páginas: 100, Editorial: El Cid Editor , Ubicación:USA, Fecha de publicación: 04/2001

44. Soler Beltrán, Ana Cristina, Aspectos constitucionales sobre la investigación de la paternidad, Páginas: 98,Editorial: El Cid Editor ,Ubicación: Argentina, Fecha de publicación: 2002

45. Flaquer Lluís , La estrella menguante del padre, Páginas: 156 , Editorial: Editorial Ariel , Ubicación: España Fecha de publicación: 2004

46. Fernández González, María Begoña, El matrimonio y los hijos: cien preguntas claves y sus respuestas, Páginas: 252 , Editorial: Dykinson , ubicación: España , Fecha de publicación: 2004

47. López del Carril, Luis M., El derecho de familia y la sociedad contemporánea, Páginas: 194, Editorial: Ediciones Cathedra Jurídica, ubicación: Argentina, Fecha de publicación: 2007

48. Dipierri, José E., Filiación e historia cultural: confluencias y divergencias temáticas, Páginas: 44, Editorial: Red Cuadernos, Ubicación: Argentina, Fecha de publicación: 2005

- 49.** Bombara, Paula Bernasconi, Pablo, ¿Querés saber qué es el ADN?, Páginas: 37 ,
Editorial: Eudeba, Ubicación: Argentina, Fecha de publicación: 02/2010
- 50.** Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Año 4, N° 5, Tacna-
Perú,07/2011.
- 51.** Arribère, Roberto, Bioética y derecho: dilemas y paradigmas en el siglo XXI,
Páginas: 418, Editorial: Ediciones Cathedra Jurídica, Ubicación: Argentina,
Fecha de publicación: 2008

LINKOGRAFIA

52. <http://www.divorciosyseparaciones.com.es/filiaicon>.
53. <http://www.aaba.org.ar/bi170>
54. <http://www.lexjuris.com/lexlex>
55. <http://www.secretarisenado.gov.co/leyes>
56. <http://www.BIOTECH.BIOTECA.COM>
57. <http://secretjuridwww5.50>
58. <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos>
59. <http://www.notariosyregistradores.com/opositores/temasdeopositores>
60. <http://www.congresotamaulipas.gob.mx/transp/iniciativas/2007/octubre/EXP.%>
61. <http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.as>
62. <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/mar05/boletin22-03.html>
63. <http://www.bcn.cl/guias/filiacion>
64. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA>
65. <http://www.iin.oea.org/badaj/docs/lcofcr74.htm> -
66. http://www.legalinfo-panama.com/legislacion/familia/codfam_index.htm -
67. <http://www.civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/INDEXCC.htm>
68. <http://www.tc.gob.pe/>
69. http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/regimen_alimentos.pdf
70. <http://www.carpioabogados.com/INFO/INFOCIVIL/civnopatri/familia/resumen>
71. <http://trabajadorjudicial.wordpress.com/prueba-de-la-posesion-de-estado/>
72. http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8605.pdf
73. <http://www.wordreference.com/definicion/presunci%C3%B3n>
74. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/presunciones-legales>
75. <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Iuristantum.htm>

76. <http://doctrinadividida.blogspot.com/2009/03/latinajos-ii-presunciones-iuris-tantum.html>
77. <http://www.significadolegal.com/2009/06/que-significa-iuris-tantum.html>
78. <http://foros.derecho.com/showthread.php/1021-Origen-de-la-expresi%C3%B3n-IURIS-TANTUM>
79. <http://legales.com/tratados/p/presunciones.htm>
80. <http://www.analisisjuridico.com/tag/iuris-tantum/>
81. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2489/11.pdf>
82. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/presunciones/presunciones.htm>
83. <http://www.cus.org.uy/es/biotecnologia/>