



**UNIVERSIDAD PRIVADA TELESUP**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS**  
**SOCIALES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**  
**CORPORATIVO**

**TESIS**

**LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD**  
**MATRIMONIAL, SU INFLUENCIA EN EL NIÑO Y EL**  
**ADOLESCENTE: BREÑA. 2017.**

**PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**

**AUTOR:**

**Bach. CARLOS ELEUTERIO ESCOBAR MONTALVO**

**LIMA-PERU**

**2018**

## **ASESOR DE TESIS**

.....

**Dr. JUAN HUMBERTO QUIROZ ROSAS**

# **JURADO EXAMINADOR**

---

**Dr. PERALES SANCHEZ ANAXIMANDRO ODILO**

**Presidente**

---

**Dra. VIZCARDO ROZAS NOEMI**

**Secretario**

---

**Dr. FERNANDEZ MEDINA JUBENAL**

**Vocal**

## **DEDICATORIA**

### **A Dios**

Por haberme permitido alcanzar este logro y haberme dado salud, fuerza y fortalezas para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

### **A mi papa Carlos**

Por haberme apoyado en todo momento y circunstancias, por sus consejos sus valores y por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien.

### **A mi madre Rosa**

Por sus ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha inculcado siempre, por el valor mostrado para salir adelante a pesar de todas las adversidades.

### **A mis abuelos “Goyito” y Vicentina**

Por sus sabios consejos de perseverancia y superación que siempre me brindaron

## **AGRADECIMIENTO**

Un eterno agradecimiento a todos mis profesores ya que ellos me enseñaron a valorar los estudios y a superarme cada día, también agradezco a mis hermanos y padres porque ellos siempre están en mi lado en los momentos más difíciles de mi vida.

Y agradezco a Dios por darme salud, bienestar, prosperidad, paz y tranquilidad, además de un cuerpo sano y una mente sana.

## **DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD**

Yo, Carlos Eleuterio ESCOBAR MONTALVO, identificado con DNI N° 43415168, a efecto de cumplir con los criterios de evaluación de la experiencia curricular de Metodología de la Investigación Científica, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y auténtica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En consecuencia asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de la información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad Privada Telesup.

Lima, 26 de julio del 2018

-----  
Carlos Eleuterio Escobar Montalvo

## RESUMEN

El objeto de investigación está referido a la Impugnación de la Paternidad Matrimonial, su Influencia en el Niño y el Adolescente, siendo que la determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural la procreación, en ese sentido, se presenta entonces como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público.

En ese sentido, no es suficiente la determinación de un vínculo jurídico para determinar la real paternidad de una persona, considerando que se debe distinguir entre padre y progenitor. En cuanto al padre se puede afirmar de forma inequívoca, que entre éste y su hijo existe un vínculo jurídico (filiación), mas no así podemos afirmar que existe un vínculo natural, es decir el vínculo biológico, toda vez que éste sólo le corresponde al progenitor, a menos de encontrarse en alguno de los supuestos de impugnación o negación de la paternidad que establece nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se puede afirmar de forma preliminar que a través de la impugnación o negación de la paternidad matrimonial, se pretende la ruptura de todo vínculo filiatorio generado en el seno matrimonial, cuando no exista correspondencia entre la verdad natural o biológica y la jurídica, siendo así que el criterio de la verdad biológica como determinante de la identidad filiatoria implica privilegiar el dato biológico como presupuesto, en consecuencia, el marido puede asumir la paternidad o negarlo cuando es falsa.

De lo expuesto líneas supra, señalamos que la investigación se sustentará no solo del análisis de la legislación peruana, sino también de legislaciones comparadas así como también de la jurisprudencias vinculantes, considerando que el derecho que se ve afectado es el derecho constitucional a la identidad, así como también su afectación en el libre desarrollo emocional y psicológico de los niños y adolescentes.

## **ABSTRACT**

The object of investigation is referred to the Challenging of the Matrimonial Paternity, his Influence in the Child and the Teenager, being that the determination of the paternity consists of the juridical establishment of the filiation the procreation being adapted to his natural foundation, in this sense, one presents then as the juridical verification of the biological paternity what dedicates his essence based on the social interest and the public order.

In this sense, there is not sufficient the determination of a juridical link to determine the royal paternity of a person, considering that must differ between father and progenitor. As for the father it is possible to affirm of unequivocal form, that between this one and his son there exists a juridical link (filiation), mas not this way we can affirm that a natural link exists, that is to say the biological link, although this one only corresponds to the progenitor, to being in someone of the suppositions of challenging or denial of the paternity that establishes our juridical classification.

In consequence, it is possible to affirm of preliminary form that across the challenging or denial of the matrimonial paternity, there is claimed the break of any link filial generated in the matrimonial bosom, when correspondence does not exist between the natural or biological truth and the juridical one, being so the criterion of the biological truth like determinant of the identity filial implies favouring the biological as presupposed information, in consequence, the husband can assume the paternity or deny it when it is false.

Of exposed lines supra, we indicate that the investigation will be sustained not only of the analysis of the Peruvian legislation, but also of compared legislations as well as also of binding jurisprudence, considering that the right that meets affected is the constitutional law to the identity, as well as also his affectation in the free emotional and psychological development of the children and teenagers.

## INDICE DE CONTENIDO

CARÁTULA.....	i
ASESOR DE TESIS.....	ii
JURADO EXAMINADOR.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	vi
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INDICE DE CONTENIDOS.....	ix
I. PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	12
1.1 APROXIMACIÓN TEMÁTICA.....	12
1.1.1 MARCO TEÓRICO.....	13
1.1.1.1 ANTECEDENTES NACIONALES.....	13
1.1.1.1.2 ANTECEDENTES INTERNACIONALES.....	22
1.1.1.2 BASES TEÓRICAS DE LAS CATEGORÍAS.....	32
1.1.1.2.1. BASES LEGALES.....	32
1.1.1.2.2. BASES TEÓRICAS.....	44
1.1.1.2.2.1 PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL.....	44
1.1.1.2.2.2 PROCESO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.....	46
1.1.1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	53
1.2.1. PROBLEMA GENERAL.....	59
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	59
1.3 JUSTIFICACIÓN.....	59

1.4 RELEVANCIA.....	60
1.6 OBJETIVOS.....	61
1.6.1. OBJETIVO GENERAL.....	61
1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	61
II. MÉTODOS Y MATERIALES.....	63
2.1 SUPUESTO DE INVESTIGACIÓN.....	63
2.2 CATEGORÍAS.....	63
2.3 TIPO DE ESTUDIO.....	63
2.4 DISEÑO.....	63
2.5 ESCENARIO DE ESTUDIO.....	64
2.6 CARACTERIZACIÓN DE SUJETOS.....	64
2.7 PLAN DE ANÁLISIS O TRAYECTORIA METODOLÓGICA.....	64
2.8 POBLACIÓN.....	65
2.9 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	65
2.10 RIGOR CIENTÍFICO.....	66
2.11 ASPECTOS ÉTICOS.....	66
III. RESULTADOS.....	67
3.1 Resultados.....	67
IV. DISCUSION.....	74
4.1 ANÁLISIS DE DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	74
V. CONCLUSIONES.....	81
VI. RECOMENDACIONES.....	82
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	83
ANEXOS.....	85

- Anexo 1: Matriz de consistencia.....86
- Anexo 2: Encuesta.....88

# **I. PROBLEMA DE INVESTIGACION**

## **1.1 Aproximación Temática**

En el Perú, la Impugnación de la Paternidad es un proceso judicial que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona y cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo; esta presunción admite prueba en contrario-(ADN).

En el Código Civil de 1852 se establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido sin un plazo de caducidad, a diferencia de ello, el Código de 1936 consagró un plazo para poder accionar que es de tres meses, regla considerada por el Código de 1984.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. A partir de un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares, la ley determina un plazo para su ejercicio.

Que el derecho a la identidad del niño involucra el derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél (padre) que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento de impugnar la paternidad, pero debe impugnarlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial.

Al impugnar la paternidad a los niños y adolescentes se estaría afectando su estado emocional y psicológico, considerando que al estar en una etapa de pleno desarrollo de su personalidad, resulta importante la protección de su identidad personal, en aplicación de los principios constitucionales de interés superior y prevalencia de los derechos de los menores, más aun tenerse en cuenta que por una decisión judicial no se puede pretender impugnar su paternidad considerando

quien lo reconoció lo hizo en forma expresa y voluntaria y que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad, reconocido en la Carta Política, en concordancia con el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en virtud al principio pro homine, procede realizar una interpretación más restringida del derecho constitucional a la identidad.

### **1.1.1 Marco teórico**

#### **1.1.1.1 Antecedentes de la Investigación**

Realizada una minuciosa búsqueda sobre antecedentes de la presente investigación, se ha podido encontrar tesis tales como son los siguientes:

##### **1.1.1.1.1 Antecedentes Nacionales**

**Tuesta (2015)**, tesis titulada: “**Responsabilidad Civil derivada de la Negación del Reconocimiento de la Paternidad Extramatrimonial**”, siendo su objetivo principal determinar si es probable la responsabilidad civil derivada de la negación de la paternidad extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano vigente, llegando a las siguientes conclusiones:

*“Primera: La Corte Suprema ha acertado al afirmar que nuestro sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no otorga un tratamiento distinto a los daños patrimoniales y a los daños morales. Ambos tipos de daños son indemnizables y, como regla general, en ningún de los casos se impone como presupuesto de configuración de la responsabilidad la intención de causar daño. De esa forma, tanto el daño patrimonial o el daño moral serían indemnizables independientemente de si el agente causante actuó con culpa o con dolo. Segunda: La posibilidad de determinarse la responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, genera la necesidad de una reforma integral sobre la protección de derechos fundamentales protegidos en la Constitución y Tratados Internacionales y la creación de nuevos mecanismos para proteger a los hijos en base al interés superior del niño y adolescente. Tercera: La aplicación de la filiación extramatrimonial con una reforma integral, en los artículos:*

390, 402, 1969, 1984, 1985 del código civil, así coadyuvará en el fortalecimiento de nuestro sistema contra la vulneración de los derechos fundamentales de todo niño, niña y adolescente en aras de salvaguardar sus derechos.”

“Y sus **Recomendaciones** son: **Primera:** A los señores Jueces de nuestro Poder Judicial, se recomienda que se deba instalar el próximo pleno jurisdiccional como materia de agenda, el esclarecimiento respecto a la responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial a efecto de poder evitar vulneraciones de sus derechos, como es el caso el derecho a la Identidad. **Segunda:** Se recomienda a los Señores Congresistas de la República realizar cambios en el Texto Único Ordenado del Código Civil y Procesal Civil, a efecto de establecer de una forma más amplia el criterio que deberá adoptar la ley que otorgue la calidad de una seguridad jurídica tanto a la madre como a los hijos no reconocidos. **Tercera:** Se recomienda que los operadores o personas competentes difundan por los diversos medios de comunicación la importancia de no vulnerar los derechos de la identidad del menor en caso de no ser reconocidos y la afectación psicológica del menor.”

**Bravo (2016)**, Tesis Titulada: “**Regulación de la Impugnación de Paternidad Matrimonial: Vulneración del Principio del Interés Superior del Niño y Propuesta de Modificación Normativa**”, el objetivo de la investigación está dado por la regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en el Código Civil, siendo sus conclusiones las siguientes:

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

**Segunda:** La sistematización de los supuestos de procedencia, legitimidad para obrar y plazo de caducidad para la acción de impugnación de paternidad matrimonial que realiza el código civil se han construido en base únicamente al marido como impugnante y a la verificación de la falta de vínculo biológico para su

*procedencia. Asimismo, la jurisprudencia que se desarrolla sobre la acción revela una mayoritaria y marcada tendencia biologista que resuelve las controversias con un alto nivel de abstracción y no un pormenorizado análisis del caso en concreto. De otro lado, en la legislación y jurisprudencia comparada, se abre paso a la verdad social en la determinación de la paternidad matrimonial, existiendo normativa que considera la posesión de estado y fallos que niegan la procedencia de la acción por existir posesión de estado entre el padre legal y el hijo y otros que otorgan legitimidad al padre biológico que goza de posesión de estado en relación al niño.*

**Tercera:** *El interés superior del niño se concreta en la plena satisfacción de sus derechos. Un análisis conjunto de los derechos del niño que se ven involucrados cuando se pone en duda su filiación presumida por la ley, el derecho a su identidad comprendido en sus dos dimensiones y su derecho a ser oído, conducen a determinar que debe atenderse a la realidad afectiva y social que este vive y no solo dar prioridad a lo que revelen sus datos genéticos. En tal sentido, la regulación legal de acción de impugnación de paternidad debe observar no solo la realidad biológica del niño, sino también la afectiva y familiar, es decir, su realidad social, de forma que se garantice la protección del interés superior del niño. Lo que no ocurre en la actualidad, pues se sistematiza los supuestos de procedencia de la impugnación de paternidad matrimonial mecanizando la labor judicial a la verificación de un dato genético y dejando de lado por completo de lado la realidad socioafectiva del niño; asimismo, se autoriza únicamente al padre registral para que pueda interponer la acción de paternidad, no obstante, existen en el conflicto otros sujetos que se ven involucrados directamente, siendo estos el niño mismo, el padre biológico o la madre. Por otra parte, el plazo de caducidad que se fija por su formulación da lugar a cuestionamientos sobre su aplicabilidad que ponen en riesgo la seguridad jurídica de los hijos.*

**Cuarta:** *Como lineamientos a observar en la regulación de la impugnación de paternidad de acuerdo al principio del interés superior del niño, corresponde regular supuestos de procedencia e improcedencia condicionados por la existencia o no de la posesión de estado, de manera que si el padre legal y el hijo mantuvieron una relación de familia estable, la filiación debe ser inatacable; que existiendo en el*

*conflicto otros sujetos involucrados directamente, siendo estos el niño mismo, el padre biológico o la madre, su accionar debe ser permitido, regulándose el mismo siempre de acuerdo al interés del niño; que se definan claramente los plazos establecidos para cada uno de estos sujetos, que por ejemplo en el caso del marido el término de inicio del plazo para impugnar se considere desde el momento que se tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad para impedir manipulaciones del mismo que hagan que la acción se convierta en imprescriptible; y, que en cada proceso se observe el derecho del niño a ser oído.”*

“Y sus Recomendaciones son:

**Primera:** *Se recomienda que la regulación de la acción de impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, tanto en la previsión de los supuestos de impugnación y de improcedencia, los sujetos legitimados para obrar, así como los plazos para accionar, deben relacionarse y estar en armonía con el interés superior del niño, lográndose una protección integral del niño ante el conflicto que se genera por la disolución del vínculo filial, primando su interés por sobre el de los demás sujetos involucrados en la impugnación de la paternidad, asegurando que en cualquier toma de decisiones que afecte a un niño, se tome en cuenta en forma prioritaria sus intereses.*

**Segunda:** *Se recomienda que en las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial, se atienda a la realidad no solo genética sino también a la afectiva y social, conforme al cabal contenido de los siguientes derechos involucrados: el derecho a su identidad y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez; los que deben ser observados para delimitar una fórmula legal adecuada que asegure su cumplimiento y su prevalencia en la controversia de acuerdo al principio del interés superior del niño.* **Tercera:** *Se recomienda la modificación de los artículos 362°, 363°, 364°, 366°, 367°, 368°, 369° y 376°; incorporar los artículos 376-A, 376-B, 376-C; y, derogar los artículos 366°, 370°, 402°, segundo párrafo del inciso 6 y, 404°, del Código Civil, de tal manera que se distingan los supuestos de negación e impugnación de paternidad, que lo que determinan las pruebas biológicas no pueda actuar como un supuesto de procedencia de impugnación, sino tan solo como un medio probatorio de la misma, optando por un sistema abierto en el caso de la impugnación rigurosa; que se*

*incorporen como legitimados el hijo, la madre y el padre biológico, limitando la actuación de estos últimos a demostrar que se hace en interés del niño.; que se someta al marido al plazo de impugnación de un año desde el conocimiento del parto, salvo que ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica, que el hijo pueda actuar en cualquier tiempo, la madre antes de un año del nacimiento y el supuesto progenitor pueda actuar siempre que no exista relación socio familiar en el padre legal y el hijo, dentro del plazo de un año desde que tuvo conocimiento de la verdad biológica o desde el cese de la posesión de estado. Negándose la impugnación a todos cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento, salvo si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar tal regla. Asimismo incorporando una norma específica sobre el derecho del niño a ser oído en el proceso. **Cuarta:** Se recomienda que de forma previa a la implementación de las modificatorias normativas que se proponen, se efectúe un diagnóstico situacional sobre los impactos sociales que provocarían las mismas, de tal manera que se fijen o definan los alcances de su aplicación progresiva.”*

**Flores y Laura (2017)** Tesis Titulada: **“Necesidad de Escuchar la Opinión del Niño en los Procesos de Negación de Paternidad e Impugnación del Reconocimiento, como una Forma de Protección del Derecho a su Identidad Personal, Arequipa 2016”**, cuyo objetivo es determinar la necesidad de una regulación específica que permita que la opinión del niño sea escuchada en los procesos de negación de paternidad e impugnación de reconocimiento a fin de proteger su derecho a la identidad personal, siendo sus conclusiones las siguientes:

*“Primera: La opinión del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento es de trascendental importancia, pues es una oportunidad para que pueda manifestar su parecer respecto al estado de su identidad, ya sea para preservar o no el apellido con el que se ha venido identificando ante la sociedad y que forma parte de su derecho a la identidad, ello en concordancia con el principio del interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, establecidos en los artículos 3 y 12 de la Convención de los Derechos*

del Niño, artículos IX del Título Preliminar, 6° y 9° del Código de Niños y Adolescentes, la Ley N° 30466 y el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente.

**Segunda:** El derecho a la identidad personal del niño tiene la naturaleza de derecho fundamental, por lo que se encuentran consagrados en las cartas internacionales de derechos humanos y el numeral 1) del artículo 2° de nuestra Constitución, y es esa su naturaleza en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, y que a su vez éste tiene elementos estáticos, que son estables a través de su existencia, y elementos dinámicos compuestos por un complejo conjunto de atributos y calificaciones de la persona que pueden variar con el tiempo.

**Tercera:** En la mayoría de los Juzgados de Familia de Arequipa, el niño no expresa su opinión en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento a fin de proteger su derecho a la identidad personal (Cuadro N° 05), pese a que estos están en condiciones de formarse un juicio propio, lo que contraviene normas internacionales de derechos humanos, como el artículo 3° y 12° de la Convención de los Derechos del Niño, referidos al principio de interés superior del niño y su derecho a ser escuchado; normas constitucionales contenidos en los numerales 2 y 4) del artículo 2° de la Constitución y normas legales contenidos en los artículo IX del Título Preliminar, artículo 6° y 9° del Código de Niños y Adolescentes y el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente.

**Cuarta:** En nuestro sistema jurídico el derecho a la libertad de opinión se encuentra regulado genéricamente en el numeral 4) del artículo 2° de la Constitución, y el derecho de opinión de los niños y adolescentes se encuentra regulado en el artículo 9° del Código de Niños y Adolescentes y en el numeral 1) del artículo 4° de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Sin embargo, son regulaciones genéricas, por lo que no se aplican en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, más aun teniendo en cuenta que estos procesos son regulados en el Código Civil.

**Quinta:** Siendo que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación específica que permita que la opinión del niño sea escuchada en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, para manifestar si

desea o no conservar los apellidos con los que se le ha venido conociendo en la sociedad, y así proteger su derecho a identidad, de conformidad con la Observación General N° 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño, así como las opiniones de los Jueces y psicólogos del Juzgado de Familia, existe la necesidad de regular de manera específica sobre el derecho del niño a ser escuchado en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, a fin de proteger el derecho a su identidad personal. “

“Y sus Recomendaciones son: 1. Con la finalidad de determinar adecuadamente la naturaleza jurídica del derecho a la identidad del niño en los procesos de negación de paternidad e impugnación de reconocimiento, consideramos necesario que las Universidades, el Poder Judicial, el Ministerio Público y otras entidades interesadas organicen cursos de capacitación y actualización en temas relacionados con los procesos de negación de paternidad e impugnación de reconocimiento para los estudiantes de Derecho, Abogados, Jueces, Fiscales y público en general. 2. Debe organizarse talleres y capacitaciones respecto al principio de interés superior del niño y el derecho del niño de ser escuchados, debe realizarse capacitaciones y talleres específicos para los operadores jurídicos, con la finalidad de instruirles en los alcances de la Observación General N° 14(2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial y la Observación General N° 12 (2009), el derecho del niño a ser escuchado, ambos documentos expedidos por el del Comité de los Derechos del Niño en el marco del Convenio de los Derechos del Niño. Asimismo, para analizar la aplicación de estas disposiciones en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño y el Código de Niños y Adolescentes. 3. Habiéndose determinado la existencia de la necesidad de una regulación específica que permita que la opinión del niño sea escuchada en los procesos de negación de paternidad e impugnación del reconocimiento a fin de proteger el derecho a su identidad personal) proponemos un Proyecto de Ley de modificación del Código Civil.”

**Mendoza (2015), Tesis Titulada: “Protección del Derecho a la Identidad Biológica con la Impugnación de Paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y**

**Costa Rica”, cuyo objetivo es determinar si se protege el derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica”, siendo sus conclusiones las siguientes:**

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

**Segunda:** *El reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada con padre diferente al marido, es aquel acto jurídico que presenta una declaración formal de paternidad realizada por el padre biológico del menor nacido dentro de un matrimonio.*

**Tercera:** *Por la presunción pater is est prevalece la verdad simulada sobre la verdad identidad biológica, favoreciendo a que los hombres evadan sus obligaciones -legales y morales- concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio.*

**Cuarta:** *Para resolver las acciones judiciales de impugnación de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada, los Jueces deben priorizar los principios de protección especial del niño y el interés superior del niño.*

**Quinta:** *El derecho a la identidad biológica de un hijo extramatrimonial de mujer casada, depende de la acción del marido para que el padre biológico asuma la paternidad.*

**Sexta:** *La identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite al menor conocer su verdadero origen y hacer uso de los demás derechos tanto al padre como al hijo.*

**Sétima:** *En las legislaciones de Brasil y Costa Rica se permite la indagación de la paternidad y a conocer el origen de cada persona, no existiendo en ambas legislaciones plazo para contestar la paternidad; en cambio en Perú y Argentina existe plazo para negar la paternidad.*

**Octava:** *La prueba genética de ADN es la determinación de paternidad más exacta que existe a la actualidad.*

**Novena:** *En la mayoría de las legislaciones analizadas existe una similitud en cuanto a quien es el titular de la acción de negación de paternidad, excepto en*

*Argentina en donde la acción de negación de paternidad puede ser ejercida ya sea por el marido de la mujer o por el hijo.”*

**Peña (2016), Tesis Titulada: “Impugnación de Paternidad de Hijo Extramatrimonial desde la Perspectiva del Interés Superior del Niño en el Sistema Jurídico Peruano. Expediente N° 3873-2014-San Martín- Caso: XXX”,** siendo sus conclusiones:

*“1.-El reconocimiento puede ser negado por el padre. A partir de un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares, la ley determina un plazo para su ejercicio. La cual es un plazo de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto para negar el reconocimiento. 2.- Los Derechos Fundamentales que nuestra Constitución Política del Perú del 1993 que influyen en la impugnación de paternidad son: protección integral del niño, protección de la familia, la investigación de la paternidad, y lo primordial que es el derecho a la identidad biológica. 3.- El interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le causen daños difícil de afrontar en el futuro, así pues, mediante este principio el niño logra la plena satisfacción de sus derechos o por lo tanto cualquier decisión que se tome al respecto debe estar siempre orientada a garantizar los derechos del menor. 4.- El derecho a la identidad del niño está vinculado con la verdad biológica, para que puedan ser cuidados por ellos. 5.- Control Difuso es el de una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior. La ley no deja de estar vigente solo se inaplicará al caso litigioso. 6.- En el caso del presunto padre biológico, hay quienes admiten su legitimidad, otros que la restringen, y aquellos que admiten una tesis ecléctica basada en la protección de los derechos del niño, como el derecho a la identidad, por lo cual esto se resuelve dependiendo del caso en concreto y en atención al interés superior del niño. 47. 7.- La efectividad de la pruebas científicas del examen de ADN para descartar o probar la paternidad o maternidad, y los derechos*

constitucionales que garantizan los derechos de los niños a su identidad, en concordancia con el principio del interés superior del niño, son importantes en el caso concreto para la determinación de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. 8.- El plazo de 90 días para impugnar la paternidad (Art. 400 del Código Civil) resulta lesivo a los derechos constitucionales, al interés superior del niño y al derecho a la identidad biológica, por lo que es aplicable el Control de Convencionalidad.”

“Y sus recomendaciones son: • Se le recomienda a todos los estudiantes de Derecho, investigar más sobre el tema “IMPUGNACION DE PATERNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”, que hoy en día es un tema muy debatible en el campo del Derecho De Familia. • También a los Abogados litigantes en materia civil y familia, para así llegar más al fondo en sus casos y hacer prevalecer de la mejor manera el interés superior del niño. • Urge revisar la Ley N° 30466, que habla sobre los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, para así hacer un buen análisis de caso y poder aplicar adecuadamente la norma con respecto al Control de Convencionalidad. • A los Jueces se le recomienda un mejor estudio de los caso, para analizar y hacer un buen trabajo de Justicia, evaluar mejor la impugnación de paternidad respecto a al Principio Interés Superior del Niño, para así aplicar adecuadamente el Control Difuso o Control de Convencionalidad. • Sobre todo tener en cuenta los organismos internacionales, como son: los Tratados Internacionales, Convenciones Internaciones, Declaraciones Universales y Pactos Internacionales.”

#### **1.1.1.1.2 Antecedentes Internacionales**

**-REINO-2016**, Tesis titulada: “**La Impugnación de Paternidad y su Incidencia en el Desarrollo Integral en los Niños, Niñas y Adolescentes Tramitados en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba, durante el Año 2014**”, el objetivo de la investigación es determinar a través de un análisis crítico, jurídico y doctrinario, cómo la impugnación de paternidad influye en el

desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes tramitados en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba, durante el año 2014.

*“Concluye que: 1) Con el trabajo realizado ha llegado a la conclusión que la familia, el estado y la sociedad es el principal vínculo jurídico para el buen desarrollo de las niñas, niño y adolescentes de nuestra Provincia. 2) Los derechos y obligaciones son los que garantizan el buen desarrollo de la integridad, de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran plasmados en los Tratados Internacionales, Derechos Humanos, la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Niñez Y Adolescencia. 3) Para finalizar, es vital recalcar que la investigación jurídica de la impugnación de paternidad, de cómo afecta a los niños, niñas y adolescentes de nuestro Ecuador en especial de la provincia de Chimborazo, la impugnación de paternidad es una consecuencia muy grave que afecta psicológicamente al menor, ya que el padre al asumir su responsabilidad como tal cuando el niño es pequeño, pero al pasar el tiempo el padre lo ignore como no fuese su hijo, plantea la acción de impugnación la paternidad mediante la vía Ordinaria, como se va a sentir el menor al sentirse rechazado del que creía ser su padre, ya que con esto se estaría dañando la mentalidad del menor conllevando a cometer actos ilícitos e inclusive existen casos que han llegado hasta la muerte”.*

**Almagro (2016)**, Tesis Titulada: **“El Trámite de Impugnación a la Paternidad Inciden en los Principios de Celeridad y Economía Procesal”**, cuyo objetivo es crear un documento de análisis jurídico sobre el Juicio Ordinario y su incidencia en la Impugnación a la Paternidad, para evitar la vulneración de los Principios de Celeridad y Economía procesal.

*“Concluye que: Es necesario que se haga un análisis del procedimiento actual sobre el trámite de Impugnación de la paternidad y se cambie en la Asamblea nacional, pues es necesario que dé una respuesta clara que permita a las personas acudir y reclamar un derecho tan importante como es el derecho a la filiación. El derecho de la filiación es un derecho fundamental de las personas por ende este debe ser defendido por el estado como garantista de los derechos, ya que conforme*

la Constitución este es necesario para el desarrollo social, cultural y comunitario de las personas.

*“Y sus recomendaciones son: El cambio de un trámite ajustado a la realidad actual de la tecnología permitirá que esta sea más confiable y viable. Al existir un cambio esto dará más confiabilidad en la aplicación de la justicia, lo que permitirá a las personas acudir cuando se crea violentado sus derechos. El análisis de los derechos que vulneran al núcleo familiar siempre se constituye una mejora al desarrollo de las personas como tal y por ende se proteger la seguridad jurídica”.*

**Madrid (2015), tesis titulada: “Impugnación de Paternidad Legitimación en Causa y Caducidad de la Acción”.**

*“Concluye que: 1. El derecho debe adaptarse a la realidad de un modo flexible; más hemos visto que las normas relativas a la filiación han perdurado en el transcurso del tiempo. Por esta razón, los temas tratados han sido revisados desde una perspectiva histórica ya que el legislador se ha inclinado a conservar, antes que a suprimir muchas normas jurídicas pese a su antigüedad. De la lectura de la ley se colige que para el legislador, el matrimonio continúa siendo el instrumento idóneo para formar una familia, sin perjuicio del reconocimiento de todos los tipos de familia. El legislador no es indiferente ante la problemática que presentan las uniones carentes de vínculo matrimonial y de igual forma ha extendido la protección legal a todas las formas de familia y a los hijos concebidos en ellas. Las estrictas condiciones bajo las cuales prospera la acción de impugnación de paternidad se justifican en la necesidad de evitar demandas que desestabilicen a la familia y pongan en evidencia la intimidad del matrimonio.*

*2. La identidad es un derecho personalísimo, que lo hemos definido en toda su amplitud. Pero no deja de sorprendernos el sentido y alcance que se le ha dado como derecho en la jurisprudencia ecuatoriana. Hay varios criterios, que incluso yo compartía al inicio de esta investigación, que priorizan la realidad biológica al momento de definir el vínculo jurídico de la filiación. Bajo esta postura, la simple comprobación de la inexistencia del nexo biológico es fundamento suficiente para desvincular a un padre o madre de su hijo. La Corte Nacional sin menoscabar la*

*importancia de la verdad biológica que se sustenta en la prueba de ADN, sostiene que ésta no es decisiva para determinar la filiación de una persona, puesto que se deben tomar en cuenta otros aspectos de su identidad personal. Se han dictado fallos que acogen la postura del profesor francés Philippe Malaurie que sostiene que en materia de filiación existen muchas verdades, la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida, vivifica y refuerza el vínculo). De esta manera, la Corte Nacional ha rechazado demandas basadas en pruebas de ADN que excluyen la paternidad del actor; en aras de proteger al hijo evitando todo tipo de injerencias en su vida familiar. Podemos ver que el análisis no se limita a la existencia del vínculo biológico, sino que se extiende al marco familiar y afectivo dentro del cual ha crecido el hijo, tomando en cuenta su desenvolvimiento en la sociedad, frente al Estado y con todas aquéllas personas con las cuales ha establecido vínculos de parentesco. Si una persona ha sido conocida en sus relaciones paterno-filiales de una forma específica, no es viable que se le despoje de un estado de familia que le ha reportado ventajas y beneficios de índole afectiva.*

*3. La Corte Nacional en el precedente jurisprudencial indicado anteriormente, excluye al reconociente de los legitimados activos para entablar una acción de impugnación de reconocimiento voluntario, sin perjuicio de que ésta prospere por vía de nulidad. ¿Qué sucede si el reconociente válidamente ha suscrito el acta de reconocimiento pero ha sido víctima de un engaño? Se podrá aducir error, fuerza o dolo, más hay que reconocer la dificultad de probar estos hechos en la práctica. La Corte Nacional tiene razón al decir que, en un mal entendido acto de generosidad muchos hombres deciden reconocer a una persona como hijo, y tras arrepentirse entablan la acción correspondiente. La ley prevé estos casos al poner trabas como la irrevocabilidad del reconocimiento y las causales del artículo 251 del Código Civil. Es decir, que ya existían suficientes obstáculos para que la acción no prospere. Se ha dicho que el verdadero espíritu de la norma es dar la legitimación activa a los padres biológicos. A mi parecer, esta solución lo único que hace es zanjar el legítimo derecho del reconociente a impugnar su propio acto bajo las condiciones legales taxativamente enumeradas. El precedente jurisprudencial en mención,*

*despoja al reconociente de un derecho válido. Con esta exposición, no pretendo apoyar una paternidad libre e irresponsable, pero sí invitar a la reflexión sobre las decisiones judiciales que se toman en base a un mal entendido concepto de identidad e interés superior del niño.*

*4. Hay quienes niegan que una familia pueda fundarse en una mentira, es decir, cuando entre sus miembros no existen vínculos reales de sangre y uno o ambos progenitores son conscientes de ello. Los que apoyan este enunciado se pronuncian a favor del principio de la verdad biológica. No así la Corte Nacional, para quien la identidad de una persona no se limita al conocimiento de sus padres biológicos, sino que se forja de distinta manera. La tendencia de la jurisprudencia ecuatoriana ha sido considerar a la identidad de una persona, como el conjunto de características que lo individualizan en sus relaciones sociales, profesionales, familiares, culturales y políticas que se han dado a lo largo de su vida.*

*5. La Constitución del Ecuador y los tratados internacionales consagran la protección de la familia y los derechos de sus miembros, lo que implica que los hijos no deben sufrir las consecuencias de los conflictos surgidos en el matrimonio o unión de hecho de sus progenitores.*

*6. Cuando revisamos la resolución de la Corte Constitucional sobre el plazo de caducidad, vimos que la pretensión de la jueza de primer nivel fue desechada por carecer de fundamento. Existen argumentos en contra de la caducidad de la acción; mucho más sólidos y convincentes que los utilizados por la jueza en mención. Por ejemplo, algunos autores señalan que el derecho a la identidad, no sólo debe protegerse respecto al hijo, sino también en relación al marido o conviviente de la madre, quien se vería obligado a ser conocido como padre de quien no es su hijo. Además, hay quienes dicen que no es razonable que el estado de hijo quede consolidado respecto al padre si éste desconoce la realidad biológica que le induciría a entablar la acción. También se ha señalado que si la acción caduca para el marido o conviviente de la madre y no así para el hijo, no se constata la consolidación del estado de familia, que es el fin de la norma jurídica. Incluso quienes se oponen a la caducidad manifiestan que este plazo vulnera el derecho del marido a la defensa y acceso a la justicia. Vemos entonces que la jueza basándose en el hecho de que el vínculo biológico es comprobable en cualquier tiempo con la prueba de ADN, no consideró otros argumentos importantes y*

*tampoco se detuvo a estudiar la forma en la que debe ser entendida la identidad de una persona. Una vez explicado esto, podemos refutar con seriedad a quienes sí se oponen sólidamente al establecimiento de un plazo de caducidad.*

*7. El plazo de caducidad de la acción evita que la filiación del hijo esté sujeta a constantes cuestionamientos, permitiendo que el menor goce de un estado civil inalienable, indivisible, oponible y permanente. Es el hijo y no el padre el que debe ser protegido en esta situación puesto que al ser la identidad un derecho personalísimo, su pérdida sólo puede afectar a la persona a la que se le despoja de sus caracteres individualizantes. El que la acción no tenga límite temporal para el hijo, halla justificación suficiente en el hecho de que él es el principal interesado en todo lo que pueda afectar a su identidad.*

*8. Sólo la notoria contradicción entre un precepto jurídico y la Constitución da lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad. Los operadores de justicia tienen la obligación de analizar correctamente el alcance y sentido de la norma jurídica cuya constitucionalidad ponen en duda, para proceder a elevar una consulta a la Corte Constitucional. Tal fue el caso de la resolución de Registro Oficial N° 607 de 08 de Junio del 2009 que describimos en el presente trabajo, en la que los magistrados se pronunciaron a favor del plazo de caducidad aduciendo que éste resguarda la identidad del hijo al evitar que su filiación permanezca indefinida por mucho tiempo.*

*9. En lo que respecta a la legitimatio ad causam, vimos que por medio de la jurisprudencia, se amplió la legitimación a los hijos. La identidad es un derecho personalísimo; por ende, si la sentencia afecta principalmente a los intereses del hijo, no hay excusa alguna para negarle su intervención en calidad de actor. Si el hijo quiere conocer su origen biológico está en su derecho de hacerlo y en este caso no se podrá aducir alteración alguna a la paz familiar ni al desarrollo psicológico de la persona cuya identidad se discute.*

*10. Salvo el marido o conviviente de la madre, herederos o ascendientes del marido y el hijo; nadie más puede impugnar la paternidad. De lo contrario, la ley hubiera incluido a otras personas en su enumeración taxativa, o la jurisprudencia hubiera ampliado el abanico de legitimados activos. Así, zanjamos la posibilidad de que la madre o un tercero que alegue ser el padre biológico tengan legitimación en causa para impugnar la paternidad.*

11. Si la coincidencia entre filiación legal y biológica implica menoscabar la paz y cohesión de la familia en detrimento de los intereses del hijo, debe prevalecer la situación fáctica previa al litigio si es que ésta reporta mayores beneficios para el desarrollo del menor.

12. En el curso del presente trabajo vimos el alcance y sentido que se da a las normas sobre filiación y constatamos que al momento de fijar la verdadera identidad de las personas nos encontramos con el problema de que la ley otorga la legitimación en causa únicamente al marido. La jurisprudencia ha tenido un papel determinante en la extensión de esta legitimación a los hijos. La interpretación estricta de la norma tanto en este aspecto como en lo relativo a la caducidad de la acción responde a la necesidad de proteger valores familiares supremos. La intención de zanjar el problema valiéndose de una supuesta inconstitucionalidad de estas normas, no resuelve las dificultades que se presentan en la práctica. Si se requieren cambios, se debe seguir el proceso de reforma legislativa pertinente, con motivos y fundamentos sólido.

13. Por otra parte, el reciente precedente jurisprudencial sobre reconocimiento voluntario, emitido por la Corte Nacional, es una clara muestra de la necesidad de profundizar en estos temas. La identidad de las personas es un derecho de rango constitucional que debe ser protegido tanto en su fase estática como en su fase dinámica, en aras de resguardar a la familia y facilitar el desarrollo de los hijos. ¿Cuál es el límite de esta protección?, ¿Cabe menoscabar los derechos adquiridos por otras personas en virtud del interés superior del niño? Estas y muchas otras preguntas surgen con el estudio del tema. Nos resta decir que los instrumentos internacionales obligan a los estados a adoptar las decisiones que garanticen el máximo bienestar de niños, niñas y adolescentes. El interés superior del niño es un principio cuya vaguedad e imprecisión favorece un nocivo estado de discrecionalidad judicial.”

**Valladares (2014)**, Tesis titulada: “**La Impugnación del Reconocimiento de Paternidad y, la no Comparecencia de la Madre e Hijo/a, a la Recepción y Toma de Muestras de ADN**”, cuyo objetivo es realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico sobre la impugnación del reconocimiento y la no comparecencia de la madre e hijo/a, a la recepción y toma de muestras de ADN.

*“Concluye que:*

- 1. La Constitución de la República del Ecuador garantiza los derechos de los niños/as y adolescentes; derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, pero en algunas circunstancias estos derechos se ven violentados cuando por error o engaño de la madre, la paternidad se encuentra en tela de duda.*
- 2. Dentro del desarrollo del pensamiento humano en las diferentes sociedades, existen premisas que dan origen a la mentira y al engaño, elementos de los cuales se valen las personas y perjudican a una o varias, vicios que en muchas ocasiones no se encuentran enmarcados en las leyes vigentes como es el caso de la impugnación del reconocimiento instituido en el Código Civil.*
- 3. El Art.251 sobre la impugnación de reconocimiento, no incluye como una causal más la negación expresa y sin justificación de la no comparecencia de la madre y su hijo/a a la toma de las muestras de ADN; dando origen a una duda sobre la verdadera paternidad del padre sobre el hijo/a; situación que el Código Civil vigente debe considerar que al haber una duda esta debe ser verificada.*
- 4. La verdad biológica en el Código Civil no es un requisito indispensable para que el juzgador deba emitir su sentencia sobre la aceptación de la demanda de la impugnación de reconocimiento y responsabilidad paterna o materna, con el propósito que no se viole los derechos constitucionales de la tutela efectiva.*
- 5. Que es necesario reformar el Código Civil, en cuanto a la impugnación de reconocimiento, en donde la no comparecencia de la madre e hijo/a, a la toma de muestras de ADN sin justificación legal, sea tomada como una causal más, para la acción impugnación del reconocimiento.*

*“Y sus Recomendaciones son: 1. Es necesario que los señores Asambleístas, realicen un estudio jurídico social de la afectación que induce la falta certeza, cuando existe la duda de la paternidad y en el Código Civil vigente en el Título VII y VIII, sobre los hijos concebidos en el matrimonio, el reconocimiento voluntario y la impugnación del reconocimiento, no se incluyen la prueba científica del ADN.*

*2. Que los señores Asambleístas, de forma continua vigile la concordancia de las leyes con la realidad actual, a fin de aplicarlas con eficiencia y justicia*

*salvaguardando los derechos de las personas y corrigiendo los vacíos existentes referentes a la impugnación del reconocimiento.*

*3. Estado como un ente superior encargado de la regulación y control del desarrollo de la sociedad ecuatoriana, dentro de la actividad del buen vivir, debe realizar esfuerzos económicos, encaminados a mejorar el sistema judicial, con la implementación de instalaciones acordes al crecimiento poblacional y la implementación de nuevas instituciones de investigación genética encargadas de realizar los exámenes de ADN.*

*4. Que el Juez/a exija la prueba científica de ADN, para la admisión de la demanda de la impugnación del reconocimiento, con la finalidad de saber la realidad de la filiación del hijo/a y el grado de parentesco con los demás integrantes de la familia en fiel cumplimiento a la norma constitucional de que todos los niños y niñas tienen derecho a un nombre, su identidad y saber de sus verdaderos orígenes.*

*5. Que la Asamblea Nacional reforme de forma urgente el artículo 251 del Código Civil, sobre la impugnación de reconocimiento, en donde se considere como una causal más, la no comparecencia de la madre e hijo/a, al examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico sin justificación legal, puesto que este comportamiento daría a entender que el padre que reconoció a su hijo, no lo es, si se presumirá un engaño por parte de la madre.*

*6. Que la Universidad Nacional de Loja, realice de forma continua la capacitación de sus estudiantes de Derecho, en cuanto analizar las diferentes falencias y vacíos jurídicos que presenta las diferentes leyes y códigos vigentes en el Ecuador.”*

**Coello (2016)**, Tesis Titulada: **“Juicio de Impugnación de Paternidad: Análisis y Propuesta de Reforma Normativa al Artículo 242, Libro I, del Código Civil Ecuatoriano”**, concluye de la siguiente manera:

*“a) El Estado al ostentar como su más alto deber, respetar y hacer respetar los derechos establecidos en la Constitución, debe procurar actualizar la normativa de acuerdo a las necesidades que marcan los tiempos.*

*b) En la actualidad, las sentencias que declaren la inexistencia de filiación modifican inmediatamente los apellidos, en detrimento de la identidad que el menor de edad siente como propia.*

c) El derecho a la identidad, es inalienable, no es posible pretender cambiar la identidad en cualquier etapa de la vida del niño a beneficio de los intereses de los padres.

d) El menor de edad, especialmente los adolescentes, requieren satisfacer la necesidad de pertenencia para su beneficio socio-psicoafectivo.

e) Mermer jurídicamente de su uso público el apellido que un menor ha utilizado en el trayecto de su vida, transgrede los aspectos materiales e inmateriales de los que se compone la identidad.

f) Los jueces requieren de una norma expresa, de orden público, que les permita perpetuar el apellido del menor, cuya paternidad se impugnó y comprobó no pertenecer, hasta que cumplan la mayoría de edad y decidan por sí mismos.”

“Y sus **recomendaciones** son: 1.- Es evidente que la función paterna es importante, sea quién la provea; el padre, la madre o cualquier cuidador. De igual forma, más que el conocer para el menor que esa persona ya no es su padre biológico, es el trauma en sí que se origina en torno al proceso jurídico, en la dinámica familiar actual, donde en este caso probablemente el padre va a sentirse defraudado, decepcionado, o pudiendo reaccionar con un rechazo inconsciente hacia el hijo generando distanciamientos y sentimientos confusos o en el mejor de los casos positivamente.

2.- Por otro lado el menor afectado podría presentar síntomas postraumáticos como baja autoestima, ansiedad, bochorno social, bajo rendimiento escolar, temores, sentimientos confusos hacia la madre o al padre.

3.- Es por eso que en la práctica, es necesario impartir terapias psicológicas tanto al niño/a como para la familia completa, bajo la modalidad que el profesional considere necesario, debiendo informar a las autoridades respectivas las novedades encontradas dentro del juicio de impugnación de paternidad, tomándose en consideración que el Consejo de la Judicatura cuenta con un departamento llamado Oficina Técnica conformado por Doctores en medicina y Psicólogos.”

## **1.1.1.2 Bases Teóricas de las Categorías**

### **1.1.1.2.1. Bases Legales**

Las teorías de la concepción y nacimiento, generan efectos impropios con relación a la determinación del hijo matrimonial. En ese sentido, la teoría del nacimiento-concepción, es la adoptada por nuestro código civil que resuelve el problema toda vez que el hijo será matrimonial si nace dentro del matrimonio (teoría del nacimiento) o si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio (teoría de la concepción). De todo ello se puede inferir de la interpretación conjunta de lo previsto en el artículo 361º; 363º numeral 1) y 366º del Código Civil que establecen:

#### **D.L. 295-Código Civil Peruano-Décimo Sexta Edición Oficial**

##### **“Artículo 361.- Presunción de paternidad**

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.”

##### **“Artículo 363.- Negación de la paternidad**

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

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio [...]”

##### **“Artículo 366.- Improcedencia de la acción contestatoria**

El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363º, incisos 1) y 3):

1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo [...]”

Que, si bien es cierto basta lo establecido por el artículo 361º del Código Civil para establecer que nuestro ordenamiento familiar ha acogido la teoría del

nacimiento-concepción, toda vez que considera matrimoniales a los hijos nacidos dentro de los trescientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, también es cierto, que los hijos concebidos y nacidos antes de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio pueden ser reputados matrimoniales.

En efecto, el artículo 363º del Código Civil establece que el marido podrá negar su paternidad en caso el hijo alumbrado por su mujer nazca antes de cumplidos 180 días de la celebración del matrimonio, no obstante, ello, el artículo 366º del mismo cuerpo de leyes establece la improcedencia de la acción contestatoria de la paternidad, del supuesto en análisis, cuando el marido tuvo conocimiento del embarazo. Situación que nos permite concluir que los hijos concebidos fuera del matrimonio, no obstante nacer antes de cumplidos los 180 días de la celebración del matrimonio deben ser considerados matrimoniales.

Lo normado en nuestro Código Civil, referente a la teoría del nacimiento-concepción también ha sido recogido por otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos como el de **la República de Panamá que en su Código de Familia ha establecido:**

**“Artículo 266°.** Se presumen hijos o hijas de los cónyuges, los nacidos después de ciento ochenta (180) días, contados desde la celebración del matrimonio o desde la reunión de los cónyuges separados de cuerpos, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o la separación de cuerpos.”

**“Artículo 267.** Se presumirá la paternidad del hijo o hija nacido dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1. Haber sabido el esposo, antes de casarse, del embarazo de su mujer [...].”

También es importante precisar que del mismo modo lo expresa el derecho inglés, toda vez que también recoge la teoría del nacimiento-concepción no obstante pertenecer a otra familia jurídica. En ese sentido, Guttman señala que:

**“The rule of law referring legitimacy to birth in lawful wedlock has given rise two presumptions:**

1. a) Birth in lawful wedlock is presumed if the child is born during the subsistence of a valid marriage, i.e., where woman gives birth to a child during a period when she is married, her husband is presumed to be the father of the child; and
2. b) Where a child is born within a reasonable period after the dissolution of marriage by death, divorce [...]”.

Sin embargo, a diferencia de los ordenamientos jurídicos que pertenecen al Civil Law, no está previsto en el derecho inglés un plazo de caducidad para ejercer la acción de impugnación de paternidad siendo que Guttman indica que:

“There is no specific action in English law for the denial of paternity. Legitimacy can be denied in the course of any action wherein this status is in issue. Thus there is no limit to the time during which such denial of legitimacy and/or paternity can be raised”.

Por otro lado, la presunción de paternidad que establece nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil), con relación a todo aquel que no sea el padre, tiene el carácter imperativo; situación que se desprende de lo regulado en el artículo 362º del Código Civil que establece:

#### **“Artículo 362.- Presunción de hijo matrimonial**

El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.”

En efecto, el único que tiene legitimidad para interponer la acción es el marido. Acción que es dirigida contra el hijo del que pretenden desvirtuar su filiación, y la madre, conforme a lo previsto en los artículos 367º y 369º del Código Civil que establecen que:

#### **“Artículo 367.- Titularidad de la acción contestatoria**

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

#### **“Artículo 369.- Demandados en la acción contestatoria**

La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606°, inciso 1).

Sobre el cual, consideramos que debería de haberse contemplado otros legitimados para interponer la acción de negación o impugnación de la paternidad como son la madre, el hijo, e incluso el padre biológico; Asimismo; también se debía incluir al padre biológico como emplazado/demandado, siempre que éste sea conocido.

En ese sentido, debemos revisar y analizar el contenido de los artículos: 363º y 366º del Código Civil, que, establecen los supuestos en los que se puede negar e impugnar la paternidad y los supuestos de improcedencia de la acción contestatoria de la paternidad, respectivamente:

#### **“Artículo 363.- Negación de la paternidad**

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

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

Que, en relación a los artículos citados anteriormente resulta importante señalar la diferencia que existe entre la Acción de Negación de Paternidad y la Acción de Impugnación de Paternidad, toda vez que si bien es cierto ambos institutos tienen como objetivo la ruptura del vínculo filiatorio en caso de inexistencia de vínculo biológico, empero, éstos se aplican en supuestos diferentes. Siendo ello tenemos que la negación de la filiación opera cuando el hijo no se encuentra protegido por el *pater is est quem nuptiae demonstrant*, esto es, que no se encuentre comprendido el nacimiento dentro del plazos establecidos conforme a los artículos que comentamos anteriormente, esto es, cuando se trate de los supuesto comprendidos en los numerales 1), 2), 3) y 4) del artículo 363º, o después de los trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial conforme a lo previsto en el artículo 361º. En consecuencia; solo bastará que el marido acredite el hecho que el nacimiento del hijo se encuentra en alguno de los supuestos de negación para que pueda lograr la fractura del vínculo filiatorio, por lo que, la carga de la prueba de la paternidad se transfiere a la madre.

En atención a ello, debemos señalar que no coincidimos con la diferenciación que realiza Alex Plácido de ambos institutos, por cuanto, señala que la acción de negación se limita a lo previsto en los numerales 2) y 4) del artículo 363º, en tanto, que, la acción contestatoria correspondería en los supuestos previstos en el numeral 1) del artículo antes referido y el previsto en el artículo 361º del Código Civil.

En ese sentido, la impugnación de paternidad (acción contestatoria) es completamente diferente a la de negación de paternidad, toda vez que en ésta sí rige la presunción de paternidad a favor del hijo nacido durante el matrimonio, por lo que corresponde al padre, la prueba de la inexistencia del vínculo biológico el cual se presume en virtud del *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

“Numerosos autores se ocupan de establecer la diferencia que existe entre la negación o desconocimiento de la paternidad con la acción de impugnación de paternidad: La negación o desconocimiento de la paternidad ocurre cuando el hijo tenido por la mujer casada no está amparado por la presunción pater is..., de modo que el marido se limita a expresar ad nutum que no es suyo el hijo de su mujer, y es la madre y al hijo por conducto de su representante legal a quienes corresponde probar lo contrario [...] En cambio, la acción de impugnación corresponde al marido cuando el hijo tenido por su mujer y a quien no considera suyo está amparado por la presunción parte is [est quem nuptiae demonstrant] [...]”.

En consecuencia, la diferencia evidente que existe con relación a la negación e impugnación de paternidad, además de operar en distintos supuestos, es la inversión de la carga de la prueba que se da en ambos supuestos. Así, tenemos que, en el caso de la negación de la paternidad, corresponderá a la madre en representación de su menor hijo la prueba de la existencia del vínculo biológico, no existiendo carga de la prueba en el marido que sólo debe invocar alguno de los supuestos de negación de paternidad. Sin embargo; con relación a la impugnación de paternidad se da la figura inversa, siendo que corresponderá al padre la carga de la prueba de la no existencia del vínculo biológico en contra de la presunción de paternidad matrimonial. Lo señalado anteriormente se encuentra regulado expresamente en el artículo 370º del Código Civil:

#### **“Artículo 370.- Carga de la prueba**

La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363º, incisos 2) y 4). En el caso del inciso “1” sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso “3”, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363º, inciso 3), o en el artículo 366º”

Que, en ese sentido, en relación a la impugnación de paternidad y en específico tratándose del numeral 5) de lo previsto en el artículo 363º que establece las causales para impugnar la paternidad matrimonial, Varsi señala que “[...] La prueba

de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado [...]”, siendo que en esa misma línea de lo expresado por Varsi, consideramos que la inclusión de la prueba científica de ADN en el referido numeral resulta de vital importancia, dado que se le otorga a ésta el carácter de indubitable a fin de acreditar la existencia o no del vínculo biológico a pesar de su naturaleza probabilística. En relación a ello debemos señalar que el grado de certeza sobre la paternidad que otorga la prueba científica de ADN en muchos casos supera el 99.99%.

Con relación a las causales de improcedencia de la acción que analizamos anteriormente contenidas en el artículo 366º, es importante realizar algunas precisiones. Así tenemos, que si bien es cierto las causales de improcedencia contenidas en los numerales 1) y 3) del artículo en comentario resultan razonables, sin embargo; el numeral 1) debe ser interpretado y aplicado de forma restrictiva, toda vez que del texto de la norma se extrae que el marido no podría contestar (negar o impugnar) la paternidad del hijo que alumbró su mujer aun cuando el hijo nazca después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio o cuando haya estado separado de la mujer durante los primeros ciento veintiún días, de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo. A nuestro parecer, la referida causal de improcedencia es genérica, comprendiendo supuestos en los cuales sí debería proceder la posibilidad de impugnar la paternidad, máxime, si se puede probar la inexistencia del vínculo biológico.

En efecto, qué sucedería si efectivamente el marido de la mujer tiene pleno conocimiento del embarazo, sin embargo; se encuentra convencido de que el hijo ha sido engendrado por él (en el caso del hijo nacido antes de los ciento ochenta días de celebrado del matrimonio); acaso en este supuesto, resultaría razonable limitar el derecho del marido a impugnar la paternidad del hijo alumbrado por su mujer. Nosotros tenemos la plena seguridad que no. En ese sentido, sólo tendría coherencia la aplicación de la causal comentada, si el conocimiento del embarazo a que se refiere la norma por parte del marido es con plena conciencia de la probabilidad o certeza que el hijo por nacer no sea suyo, es decir como consecuencia de perdonar y consentir que su esposa haya tenido relaciones extramaritales.

Por otro lado, con relación a la causal de improcedencia contenida en el numeral 2) del artículo en comentario, consideramos que ésta resulta ser un error legislativo que desnaturaliza la acción impugnatoria de la paternidad, debido a que lo limita en supuestos que sí debería operar al considerar que resulta improcedente la contestación (negación o impugnación) de paternidad si el marido ha admitido tácita o expresamente que el hijo es suyo.

Como bien es sabido en el caso de los hijos matrimoniales, en base a la presunción de lo previsto en el artículo 361º del Código Civil que ya hemos comentado, basta que la mujer presente la partida de matrimonio ante el registro civil para que se repute como padre de sus hijos al marido. Sin embargo, lo anterior no es la regla pues en muchos casos el marido concurre al registro civil a fin de reconocer al hijo habido dentro del matrimonio, en la convicción que el referido hijo ha sido engendrado por él, en confianza al deber de fidelidad que se impone a los cónyuges en el matrimonio. En este caso como podemos ver existe un reconocimiento expreso del hijo, por lo que, conforme a la norma en comentario, el marido no podría impugnar la paternidad del hijo que reconoció ante el registro civil, toda vez que se encontraría en un supuesto de improcedencia de la acción.

Estando a lo glosado anteriormente debemos preguntarnos si: ¿puede el padre impugnar la paternidad del hijo que reconoció ante el registro civil, si en forma posterior al reconocimiento tiene la certeza que el hijo no es suyo?; La respuesta que da nuestro ordenamiento, atendiendo al análisis de la causal comentada, es negativa, es decir, el padre no podría impugnar su paternidad, no obstante resultar claro que existe un vicio de la voluntad, que se manifiesta a través de la figura del error. En ese sentido, resulta claro que la causal de improcedencia en comentario debería ser derogada o cuanto menos modificada, salvo que se quiera avalar el reconocimiento complaciente en el seno del matrimonio, situación que resultaría contraria a todos los preceptos morales y éticos que son base del matrimonio.

En consecuencia; se debe tener presente que en el estado actual de cosas conforme lo regula nuestro ordenamiento familiar en atención a la presunción paterna, se tiene que el marido será reputado padre de los hijos habidos en el seno del matrimonio, sin importar su reconocimiento ante el registro de estado civil.

Asimismo, se debe señalar que la mujer podrá incorporar el nombre de su marido como padre de los hijos alumbrados por ella, bastando la sola presentación de la partida de matrimonio. En tal sentido, resulta evidente que el reconocimiento hecho por el marido no implica variación alguna sobre la presunción del hijo matrimonial. En consecuencia, no existe justificación jurídica para establecer que el reconocimiento expreso del hijo, sobre el cual ya operó la presunción *pater is*, determine una causal de improcedencia de la acción de negación o impugnación de paternidad.

Por otro lado, consideramos de suma importancia la opinión realizada por Plácido Vilcachagua, con relación a las causales de negación e impugnación de paternidad, en cuanto señala que:

“[...] a partir del derecho del niño a conocer a sus padres que es importante como un principio rector de un sistema de libre investigación de la filiación, en nuestro Código Civil de 1984 se debe suprimir el sistema de causales determinadas para la investigación de la filiación y considerar que la relación jurídica determinada por la procreación no presupone un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia del matrimonio entre los progenitores. En otras palabras, el estado filial deberá encontrar como referencia sólo la realidad biológica [...]”.

Que, si bien es cierto lo que señala el autor, respecto de asumir una posición de tal magnitud en la regulación tendría como efecto la desaparición de la distinción entre negación e impugnación de paternidad, haciendo en el caso de la madre y/o hijo más difícil, más no imposible la determinación de la paternidad. Como veremos la distinción entre impugnación y negación de paternidad permite el traslado de la carga de prueba, pudiendo recaer esta, en el padre y la madre y/o hijo.

En efecto tenemos que la presunción de paternidad tiene su base en los plazos en que se produce el nacimiento del hijo habido en el seno matrimonial, siendo que de producirse el nacimiento dentro de los plazos que establece la norma y el hijo será reputado matrimonial, con lo que se tendrá que el marido tendrá la carga de la prueba en caso pretenda cuestionar la filiación del menor; en tal caso tendrá que

recurrir a la acción de impugnación de paternidad o acción contestatoria de la paternidad.

Por otro lado, si el hijo naciera fuera de los plazos que establece la norma no estará comprendido en la presunción del hijo matrimonial, siendo que en tal escenario el marido estará excepto de la carga de la prueba antes referida, transfiriéndose al hijo o la madre la carga de la prueba de la filiación, toda vez que el marido con la sola alegación del nacimiento fuera del plazo estipulado en la ley mediante la acción de negación de paternidad podrá producir la ruptura de la paternidad que se le atribuya en la condiciones señaladas.

En relación a lo señalado anteriormente tenemos que Grosman señala que “en caso de conflicto, las presunciones establecidas por la ley sólo tendrán que servir para determinar la carga de la prueba. En tal sentido, no obstante la importancia de la determinación de la paternidad en relación a las pruebas biológicas se debe mantener vigente las presunciones de paternidad a fin de facilitar la prueba de la filiación tanto al hijo y como a la madre, lo que explicaremos infra.

### **Naturaleza Constitucional de la impugnación de paternidad**

Que, en el plano constitucional, el numeral 20) del artículo 2º de nuestra Carta Magna establece que: Toda persona tiene derecho a formular peticiones individuales o colectivamente por escrito ante la autoridad competente. Esta norma constitucional otorga el derecho de acción que faculta a los particulares recurrir al Estado, para que éste a través del Poder Judicial solucione las controversias que puedan suscitarse entre particulares o entre estos y el Estado.

En esa línea de fundamentos el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de petición o acción ha sido configurado como una facultad constitucional que se ejerce individual o colectivamente y que no se encuentra vinculada con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origine la petición, siendo que dicho derecho se agota con su solo ejercicio, estando la autoridad estatal competente obligada únicamente a acusar recibo y dar respuesta a la solicitud [Exp. N.º 1042-2002-AA 06/12/02, S2, FJ. 2.1.1].

Estando a ello, es claro señalar que toda persona puede recurrir a los tribunales a fin de obtener un pronunciamiento de los mismos; siendo que en el estudio que nos ocupa podemos afirmar que toda persona (padre) tiene el derecho constitucional de recurrir a la autoridad competente a fin de negar o impugnar su paternidad.

Por otro lado, se tiene que: “La investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cual algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad.”

En ese sentido, resulta claro que el contenido constitucional de la acción de impugnación de paternidad, en cuanto expresión directa de los derechos de la personalidad, entre ellos el derecho a la identidad personal.

Que, con relación a este punto se puede mencionar que el Tribunal Supremo español en la sentencia del 5 de noviembre del 1987, estableció que “No cabe duda del rango constitucional del derecho a investigar la paternidad en cuanto se estima más protegible, el interés del menor, la realidad a la ficción (artículo 39.2 de la constitución española), principio, además reconocido expresamente en el artículo 131.1 y en el 134.1 del código civil [español] [...]”.

Como vemos, viene como cierta la afirmación que “La filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, sino también de interés constitucional al establecer vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho, y en especial a la niñez.”

En suma, podemos afirmar que el contenido constitucional del derecho a impugnar la paternidad tiene su fundamento en el derecho que tiene toda persona a recurrir a los tribunales jurisdiccionales correspondientes solicitando tutela jurisdiccional efectiva con base en el derecho de acción y fundamentalmente en que el derecho a investigar la paternidad busca establecer la verdad biológica como expresión de uno de los derechos de la personalidad consistente en el derecho que se tiene de conocer a los verdaderos progenitores biológicos.

Sobre ello resulta importante tener en cuenta lo señalado por Varsi en cuanto indica que: “En el sistema peruano el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución, pero está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, en base al artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados). Igualmente, las pruebas biológicas no están prohibidas ni reconocidas expresamente por nuestra Constitución, pero el artículo 6 de la misma, con su desarrollo extensivo de protección de la paternidad y la filiación, serviría como sustento primario para la admisibilidad de la investigación biológica de la paternidad”.

En tal sentido, el derecho a investigar la paternidad tiene su eje neurálgico en el derecho constitucional a la identidad personal que tiene todo individuo, siendo que el derecho a investigar la paternidad encontrará fundamento en el aspecto estático de la misma. El aspecto estático del derecho a la identidad contiene aquellos elementos de la personalidad que son invariables en el tiempo y espacio, como es el dato biológico, que representa quien es el verdadero progenitor de una persona; el mismo que se materializa a través del nombre, que permite conocer de manera directa salvo prueba en contrario quien es el progenitor de una persona.

**Con relación a lo anterior tenemos que Varsi considera que:**

“[...] el derecho a la identidad se clasifica de la siguiente manera: el derecho a la identidad personal, el derecho a la identidad sexual y el derecho a la identidad genética.

En esta última clasificación de la identidad se ubica la indagación biológica de la paternidad, pues el ser humano es un conjunto celular y genómico. Dicha información contenida en el núcleo celular se conforma a partir de las características de los progenitores”.

Lo anterior señalado y expuesto, es el resultado del impacto que ha producido en la investigación de la paternidad la prueba científica de ADN, que actualmente es una prueba obligatoria en los procesos de filiación, de tal manera que debido a su importancia fue incluida en nuestra legislación familiar. En ese sentido, Quiroga de Michelena señala que: “La prueba biológica del ADN se sustenta en las

diferencias genéticas entre los seres humanos. Las características del ADN de una persona son únicas e inmutables y están determinadas desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que recibe de sus padres y, a través de ellos, de sus demás ancestros. Esta dotación genética es el genoma, propio de cada persona e idéntico en cada una de los billones de células que forman un organismo.

El genoma humano está organizado de tal manera que garantiza la transmisión inalterada de las características genéticas de padres a hijos”.

Debemos puntualizar que el grado de importancia que ha adquirido la prueba biológica de ADN en nuestros días ha desbordado algunos principios constitucionales como es el de la cosa juzgada, a tal punto, que juristas reconocidos como Varsi señalan que “La cosa juzgada no es un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético siempre que en los anteriores procesos no se haya hecho uso de todas las pruebas” agregándose a ello que “Este es un nuevo supuesto que se viene trabajando en el Derecho Comparado”

#### **1.1.1.2.2. Bases Teóricas**

##### **1.1.1.2.2.1 Proceso de Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial**

Es el emplazamiento de la pretensión que realiza el hijo o su representante a su progenitor para que previo proceso judicial se le pueda reconocer la paternidad o maternidad a través de una sentencia declarativa del derecho a que el actor lleve el nombre paterno y materno de sus progenitores que libre y voluntariamente se negaron hacerlo.”

**-Efectos de la Declaración Judicial Extramatrimonial.** – Que, conforme lo prevé el Artículo 412° del Código Civil y declarada fundada la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial, el hijo tiene los mismos derechos del hijo que ha sido reconocido voluntariamente, es decir tiene derecho a la pensión alimenticia, a la sucesión y otros que le son propios, todo en aplicación de los derechos fundamentales de la igualdad de las personas sin distinción de ninguna clase.

Contrariamente, respecto a la sucesión no se asimila la reciprocidad sucesoria, por cuanto, los padres del hijo cuya filiación ha sido declarada judicialmente no tienen derecho a una pensión alimenticia ni a la sucesión, es decir a la herencia, precisamente por disposición de la misma norma, contenida en la parte infine del artículo 412 del C.C.

**Titulares de la Acción.** - Son titulares de la acción vale decir las personas que tienen legitimidad para obrar en una demanda de filiación extramatrimonial; el hijo con relación al padre o la madre de quienes pretende su reconocimiento o declaración judicial de la paternidad o maternidad según el caso, según lo tiene previsto la norma civil:

**1.-El hijo por ser titular del derecho.-** A llevar un nombre incluido el apellido de sus progenitores, como lo tiene legislado el Artículo 19° del Código Civil.

**2.-La madre del menor de edad.-** Ejerciendo la representación de la patria potestad como lo prescribe el Inc. 6) del artículo 243° del C.C. que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7° del mismo cuerpo legal, aunque la madre sea menor de edad.

**3.- El tutor o el curador del hijo menor de edad,-** Cuando dicho menor esté excluido de la patria potestad. En este supuesto se requiere la autorización del Consejo de familia. El derecho de accionar es intransmisible por herencia, salvo que el proceso, al momento de fallecer el titular, se haya iniciado, en este supuesto los descendientes pueden continuar con el trámite judicial, tal como lo prescribe el artículo 407° del Código Civil.

**Los Emplazados o Parte Pasiva de la Acción Procesal.-** El sujeto procesal pasivo o sea el demandado es el padre del hijo cuyo nombre paterno filial pretende, pero ante el supuesto que haya fallecido, la acción se interpone contra los herederos, y en el caso que no existan herederos reconocidos judicialmente, debe procesarse inicialmente la acción intestada para determinar al sujeto pasivo de la

relación jurídica procesal, en cumplimiento de lo que disponen los artículos 411° y 406° del Código Civil.

**-Competencia.** - El juez ante quien se interpone la demanda de filiación extramatrimonial, es el juez de paz letrado según lo señala el artículo 57° Inciso 8) de la Ley Orgánica del Poder Judicial ya sea del domicilio del demandado o del demandante, ejercitando el derecho de la competencia facultativa como lo previene el artículo 24° del Código Procesal Civil por disposición expresa de la norma civil contenida en el artículo 408°.

#### **1.1.1.2.2 Proceso Judicial de Impugnación de Paternidad**

Es un proceso que consiste en la negación de paternidad de un hijo de quien no se crea padre.

#### **Definición de la impugnación de la paternidad matrimonial**

Hay en la doctrina jurisprudencial distintas denominaciones para designar la acción de la que trata este apartado (contestación, desconocimiento, también impugnación), así como maneras de clasificarla. Así, por ejemplo, Borda (1993) denominándola como acción de impugnación de estado, distingue dos tipos de ella, la negación de la paternidad y la impugnación de estado propiamente dicha. Belluscio (2004) por su parte, opta por el título de acción de desconocimiento de la paternidad, dividiendo su estudio entre el desconocimiento simple de la paternidad y el desconocimiento riguroso, que luego de una reforma al Código Civil argentino pasaron a ser la acción de negación de la paternidad matrimonial y la acción impugnación de la paternidad matrimonial, respectivamente. En el plano nacional, muchos autores como Peralta (2008) la nombran como contestación de la paternidad, diferenciando su clasificación en negación e impugnación de la paternidad.

## **Tipos de impugnación de la paternidad matrimonial.-**

Citaremos a uno de los autores que prefiere la denominación a la que también, por razones sistemáticas, nos hemos inclinado. De acuerdo a Plácido (2003), la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, tiene dos géneros: la impugnación o desconocimiento riguroso de la paternidad, y la acción de impugnación o desconocimiento simple de ella.

### **Impugnación o desconocimiento riguroso de la paternidad**

Corresponde interponer la acción de impugnación rigurosa o por prueba de no paternidad cuando el hijo es concebido durante el matrimonio (cuando nace después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o antes de transcurridos trescientos días desde su disolución). El marido, en este caso, está obligado a rebatir directamente la presunción de paternidad matrimonial evidenciando la imposibilidad de la paternidad que se le atribuye.

### **Impugnación o desconocimiento simple de la paternidad**

La acción de impugnación simple o por mera negación de la paternidad tiene lugar respecto de los hijos concebidos antes del matrimonio (los que nacen antes de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio), y al marido le es suficiente señalar que no es suyo el hijo de su conyugue, sin ser necesario que produzca prueba alguna aparte del cumplimiento de las fechas respectivas.

Como es de verse, la interposición de una u otra acción viene determinada por el tiempo de la concepción, que es fácilmente identificable a partir del nacimiento. Para decidir la acción que corresponda interponer se requiere observar dentro de que plazo se produjo la concepción, cuyo término la norma establece de acuerdo al periodo mínimo de gestación.

**Cornejo (1999)**, estima que la diferencia principal que existe entre ambas acciones, manifestada en la práctica, se encuentra en la carga probatoria. Mientras que en la acción de impugnación de paternidad le corresponde al marido, en la de negación, recae sobre el hijo y su madre. Explica que si el marido interpone la acción de desconocimiento simple o por mera negación de la paternidad, únicamente debe probar las fechas correspondientes, para lo cual bastará que adjunte copias certificadas de las partidas de nacimiento o sentencias respectivas, restando a la madre y al hijo acreditar la paternidad, o que antes del matrimonio el marido tuvo conocimiento del embarazo, o que éste admitió expresa o tácitamente que el hijo es suyo; en cambio, si se interpone la acción de desconocimiento riguroso, corresponde al marido acreditar que pese a existir un vínculo matrimonial en plena vigencia, no pudo mantener relaciones sexuales con su mujer.

Cabe señalar, que el ejercicio de la acción de negación de paternidad no es excluyente de la interposición de la acción de impugnación. Parte de la doctrina jurisprudencial ha establecido que cuando concurren determinadas circunstancias que imposibiliten el amparo de la acción de negación, procederá la interposición de la acción de impugnación rigurosa. En ese sentido, se pronuncian por ejemplo Borda (1993) y Plácido (2003), considerando este último que no obstante haberse interpuesto la acción de impugnación simple, el marido podrá proponer la acción de impugnación rigurosa, y ello por la razonabilidad de que si le está permitido impugnar la paternidad de los hijos concebidos dentro del matrimonio, con mayor razón tendría el poder de impugnar los que se concibieron antes.

### **Alineación en la Doctrina Sobre Sujetos Legitimados**

Es preciso analizar la posibilidad de legitimación para obrar de cada uno de los sujetos vinculados a la filiación matrimonial, pues aunque no necesariamente todos ellos se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción normativamente como se verá más adelante la eventual titularidad de acción de los mismos se ha ido definiendo a través de la doctrina y la jurisprudencia.

## **El marido**

Según lo señalado por Méndez (1986), el marido posee innegable derecho para la interposición de la acción. Ciertamente, si es a quien se le atribuye una paternidad que no le corresponde, entonces resulta el principal interesado en que ésta se excluya.

## **La madre**

En la doctrina jurisprudencial existen discrepancias entre otorgar la legitimidad a la madre y negársela, inclinándose la posición mayoritaria hacia este último extremo. Bossert y Zannoni (2004) refieren al respecto: En cuanto, a la falta de legitimación de la mujer para ejercer por sí esta acción, ella se funda en el hecho de reconocerle tal derecho esto implicaría permitirle alegar su propio adulterio, lo que al legislador le parece un exceso. En sentido opuesto, se sostiene que la solución legal es discriminatoria contra la mujer, por lo que estaría en abierta contradicción con la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

**Belluscio (2004)** expone que parte de la doctrina jurisprudencial sostiene que la norma legal que se afecta con la exclusión de la madre de los sujetos procesales legitimados para la acción se individualiza en el artículo 16°, inciso d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual los Estados partes asegurarán a los hombres y mujeres "los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos".

## **El hijo**

Legitimidad activa del hijo menor de edad. El plantear otorgarle legitimidad al hijo menor de edad para el ejercicio de la acción de impugnación, quien debe necesariamente actuar por medio de un representación legal, la que recaería en la

madre o tutor por lo particular del caso tiene como objeción el considerar que tal procedimiento significaría sólo un medio para evadir la falta de legitimación de la madre para promover por sí misma la acción (Bossert y Zannoni, 2004).

Corral (2009) refiere por su parte: (...) hay un claro conflicto de intereses entre la madre representante y el hijo representado. Piénsese que el hijo no puede expresar su voluntad y que de alguna manera su acción (...) queda usurpada por su representante legal. Una vez deducida por éste, el hijo no podrá decidir sobre qué es lo que más conviene a sus intereses. En segundo lugar, bien podría alegarse que la madre tendría ciertos intereses propios para impetrar la acción de impugnación, que no son inusuales en los conflictos matrimoniales, como los de venganza respecto del marido o alejarlo y excluirlo de la crianza y educación del hijo. En tercer lugar, parecería impropio que la madre alegue en el juicio su propio adulterio pero sin revelar ni pretender probar la paternidad del supuesto verdadero progenitor del hijo”.

### **El padre biológico**

Nuestra normativa legal vigente cierra la posibilidad de que el presunto progenitor del hijo pueda impugnar la paternidad determinada por el matrimonio, antes prescribe en el artículo 396°: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”; y en el artículo 404° se señala que: “Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”.

### **Causales de Improcedencia de la Impugnación de la Paternidad Matrimonial en el Código Civil**

Sobre ello, existen dos preceptos en la normativa nacional que determinan la improcedencia de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, siendo estos lo contenido en los artículos 366° y 376°, aunque es de advertir que el primero

está relacionado únicamente al caso específico de la negación de la paternidad, mientras que el segundo proyecta su influencia a toda la filiación matrimonial.

### **En la impugnación simple**

El artículo 366° del Código Civil vigente, establece que el ejercicio de la acción de negación que se limita a los supuestos de los incisos 1) y 3) del artículo 363° será improcedente:

-Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, el marido ha tenido conocimiento del embarazo.

-Si el marido ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.

-Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterna filial.

**Aguilar (2008)** precisa que si antes del matrimonio el marido ha tenido conocimiento del embarazo, y luego prosigue con la celebración del matrimonio resulta evidente que se asume como responsable del embarazo.

**Borda (1993)** afirma que el reconocimiento expreso o tácito al que se hace referencia en la norma legal vigente, se produce por ejemplo cuando el marido anuncia a sus amigos el nacimiento del hijo como suyo o cuando está presente en el alumbramiento, no necesitando efectuarse éste bajo forma escrita.

Como se detalló anteriormente, algunos autores consideran que aunque se presenten estas causales de improcedencia, nada impide a que se pueda ejercer la acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial.

## **En la impugnación en general**

El artículo 376° prescribe que cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.

## **Legitimidad en la acción**

El marido constituye el único sujeto legitimado por nuestro ordenamiento legal vigente para interponer la acción impugnatoria. El artículo 367 señala: “La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364°, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”.

## **Plazo establecido en el Código Civil**

El artículo 364° del Código Civil prevé: “La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”.

## **Padre biológico puede reconocer a hijo de mujer casada**

El derecho a la identidad del menor es, en algunos casos, superior a las bases del Derecho Civil. Precisamente, atendiendo el interés superior del niño, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, señaló a través de una jurisprudencia que no siempre son aplicables los artículos 396° y 404° del Código Civil que protegen la presunción de paternidad.

Así fue resuelto en la Casación N° 2726-2012-DEL SANTA, correspondiente a la pareja de la madre que, pese a no negar la paternidad del hijo de un tercero, esta le fue reconocida judicialmente al padre biológico.

## **Proceso Judicial de Impugnación de Reconocimiento**

La acción de impugnación de reconocimiento podrá ser declarada procedente cuando la declaración de paternidad haya sido hecha por incapacidad de la persona que hace el reconocimiento, por vicios de la voluntad del reconocimiento, por simulación, por inobservancia de la forma prescrita o cuando la prueba de ADN pruebe la ausencia del vínculo biológico.

**El Artículo 399° del Código Civil**, prescribe: “El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto y por quienes tengan interés legítimo”.

### **1.1.1.3 Definición de Términos Básicos**

#### **La filiación**

No cabe duda que el instituto familiar de la filiación deviene en el más importante en el seno del derecho de familia, toda vez que es una expresión directa del derecho natural, que produce los efectos jurídicos trascendentes en las relaciones familiares. A tenor de Méndez Costa: “Es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas”

En esa misma línea de fundamentos Varsi Rospigliosi señala que “La filiación es la conditio sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una fórmula de estado de familia” concluyendo que “la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el status filii es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concentración y goce del derecho a la identidad”.

La filiación como un instituto familiar reviste de gran importancia social e individual, dado que a través de ello los individuos se vinculan con sus progenitores de forma directa y cierta, siempre que concurra la verdad biológica como hemos

visto. En ese sentido, Díez-Picazo y Gullón citados por Martínez Coco indican que “[...] la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el derecho coloca en la condición de padres (padre y madre) y las que sitúa en la de hijos”. Asimismo, la filiación es la expresión directa del derecho natural, toda vez que a través de ello se busca vincular jurídicamente al engendrado con su progenitor, de ahí que se concluya que “todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores”. En efecto, debe distinguirse en forma clara, el vínculo jurídico del biológico o como indica Placido “[...] hay que distinguir la filiación como hecho natural y como hecho jurídico”. Estando a ello se debe notar que el vínculo jurídico no crea el vínculo biológico, siendo que este último sí da origen al primero; conclusión que recoge Varsi de López del Carril. Sin embargo, habrá excepciones a lo postulado, tomando como ejemplo la adopción.

La filiación tiene diferentes roles en el marco del derecho familiar, como por ejemplo la generación de derechos hereditarios, la imposibilidad de contraer matrimonio (artículo 242º Código Civil), deberes y derechos para con los padres, etc. Sin embargo, a efectos de la presente investigación importará identificar la paternidad como consecuencia directa de la filiación y asimismo de los derechos constitucionales relativos a la personalidad.

La filiación está regulada en nuestro ordenamiento legal vigente, en el Título Primero de la Sección Tercera del Libro Tercero del Código Civil, en la que se desarrolla lo que nuestra normatividad denomina la sociedad paterno – filial. Sin embargo, no se realiza una definición del instituto, no obstante, del conjunto de normas se puede extraer que la filiación es el instituto que permite identificar que una persona es el padre o madre de otra, al establecerse un nexo biológico y jurídico entre ellos.

Respecto a ello **Méndez Costa** señala que: “La ley organiza los derechos paterno filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Esto efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico, ya primordial

dado que marca el inicio de la existencia de la persona. La determinación legal de los mentados efectos jurídicos obedecen a inexcusables exigencias de orden social que reclaman regulación en el derecho positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias pues nacen y reposan en el derecho natural”.

En relación a lo mencionado anteriormente **Varsi Rospigliosi** señala que: “El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento [...] escapa al derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico [...]”.

En consecuencia; el vínculo filiatorio dentro de la relaciones matrimoniales tiene característica de ser natural y jurídico, quedando plasmado este aspecto natural a través de dos elementos biológicos: uno el fenotipo, que representa el parecido físico con los progenitores, y “La gran molécula del ADN, [que] representa nuestra primera, «cédula de identidad», un verdadero documento biológico que nos identifica como seres únicos, a excepción de los gemelos univitelinos”, que da origen al primero de los mencionados, de ahí la relevancia que actualmente tienen las pruebas de ADN en la determinación de la paternidad.

Estando a lo afirmado y con mayor razón en las relaciones matrimoniales donde se genera la presunción que el hijo nacido dentro del matrimonio, tiene por padre al marido, es que el dato biológico toma relevancia en la determinación de la filiación, y en especial en la negación e impugnación de la paternidad en caso de no existir correspondencia entre el aspecto biológico y el aspecto jurídico del vínculo filiatorio.

### **Filiación matrimonial y paternidad**

Nuestra normatividad legal vigente, al igual que muchos sistemas jurídicos que forman parte del civil law, reconocen el *pater semper incertus* como expresión clara de que no se puede saber a un cien por ciento si un hombre es el padre de un procreado, dado, el tiempo que transcurre entre el acto sexual, concepción y alumbramiento, de ahí que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto presunciones de paternidad como la contenida en el artículo 361º del Código Civil, referente al

hijo nacido dentro del matrimonio. En ese sentido, somos de opinión que la doctrina señala de forma acertada que “[...] el solo acto matrimonial, es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles no.”

**Contradicción:** Es la negación de una afirmación ajena. Negación de una afirmación propia (CABANELLAS, Guillermo. 2005. p. 100).

**Impugnación de Paternidad:** Es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo; esta presunción admite prueba en contrario.

**Efecto Jurídico:** Son aquellos hechos humanos, voluntarios y lícitos que tienen como fin inmediato la creación, extinción o modificación de un derecho.

**Código:** Proviene del latín codex que tiene varios significados; entre ellas, la principal de las jurídicas actuales: colección sistemática de leyes. Por antonomasia, recibe el nombre de Código el de Justiniano, el hecho por su orden, y que contiene una colección completa y ordenada de constituciones imperiales romanas, leyes, rescriptos, ordenanzas y otras disposiciones (CABANELLAS, Guillermo. 2008. p. 79)

**Juez:** “El que posee autoridad para instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar el fallo en un pleito o causa. Persona u organismo nombrado para resolver una duda o un conflicto. En Israel, cada uno de los distintos magistrados o jefes que gobernaron al pueblo hebreo, durante cuatrocientos años, desde la muerte de Josué hasta la proclamación de Saúl como primero de sus reyes. En la antigua Castilla, jueces se llamaron los caudillos que la gobernaron luego de la época de sus condes”. (CABANELLAS. 2005. P.311).

**Derecho:** Proviene del latín directum, que significa “lo que está conforme a la regla”. El derecho se inspira en postulados de justicia y constituyen el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter.

**Improcedencia:** Falta de fundamento de la demanda, escrito, recurso, prueba, acto procesal u otro, lo cual provoca su ineficacia en el proceso, motivando su rechazo de plano por parte del órgano Jurisdiccional. De modo general, es aquello que se rechaza porque no se ajusta a derecho o que se plantea de manera deficiente e inoportuna. (Gaceta Jurídica-Primera Edición-Febrero 2004).

**Oposición:** Acto procesal a cargo de cualquiera de las partes, que consiste en rebatir directamente la diligencia judicial solicitada por la parte contraria a efectos de impedir su realización. Couture señala que es la acción y efecto de impugnar un acto o conjunto de actos mediante recurso, incidente, querrela, tacha u otra vía adecuada para ello, demandando su invalidación.

**Prescripción:** Es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; constituye el modo de adquirir un derecho o librarse de una obligación debido al paso del tiempo que la ley determina. Es adquisitiva cuando por ella se adquiere un derecho; es libratória cuando extingue el derecho de acción para exigir el cumplimiento de una obligación o la imposición de una punición.

**Función Nomofiláctica:** Función propia del recurso de casación en virtud de la cual este propende a la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, estableciéndose un control de la legalidad de las sentencias judiciales. Este es el fundamento por el cual una corte casatoria no realiza una nueva valoración de las pruebas.

**Materia de Litis:** Conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica que es objeto de un proceso judicial. Alude a los hechos controvertidos.

**Accionante:** Dícese de la persona que recurre al órgano jurisdiccional o autoridad competente en ejercicio del derecho de acción. Es el demandante de una acción civil, laboral o constitucional, y el denunciante en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador.

**Por Derecho Propio:** Frase que alude al derecho personal que legitima la intervención en un proceso judicial, o la realización de determinado acto jurídico.

**Daño Material:** El que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos. El perjuicio patrimonial fácilmente apreciable; como la mora en un pago, en que se resarce abonando el interés legal del dinero. (CABANELLAS. 2005. Tomo III, P.14).

**Daño Moral:** Lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra. Estrago que algún acontecimiento o doctrina causa en los ideales y costumbres de un pueblo, clase o institución. Se declara así que las contiendas bélicas entrañan un daño moral irreparable por los hábitos de violencia que en el hombre exacerban, ante la desventura y abandono del hogar que para la mujer provocan y por la malicia que anticipan en la infancia, aflojados los vínculos familiares por la movilización bélica del padre y la fabril, sanitaria o de otra índole, de la madre. (CABANELLAS. 2005. Tomo III, P.14).

**Filiación:** Relación jurídica que se establece entre los padres y los hijos en virtud, generalmente, del vínculo de generación que los une. Constituye un estado civil con sus propios derechos y obligaciones. (ORTIZ y PEREZ. Léxico Jurídico para Estudiantes-2004, P. 154).

**Prueba de filiación:** Medios admitidos por el ordenamiento por los que queda determinada la filiación. Estos son: la inscripción en el Registro Civil, documento o sentencia que la determine, las presunciones de paternidad o la posesión de estado. (ORTIZ y PEREZ. Léxico Jurídico para Estudiantes-2004, P. 246).

**Impugnación:** Objeción, refutación, contradicción. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso (Dic. Der. Usual). Actitud igual ante disposiciones o resoluciones en la vía administrativa. (OSSORIO. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica. P. 476).

**Impugnación de paternidad:** Acción dirigida a obtener una declaración que niegue la paternidad atribuida respecto de determinada persona. (OSSORIO. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica. P. 476).

**Influencia o Influjo:** Acción y efecto de influir: poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras o para intervenir en un negocio (Dic. Acad.). Es un concepto altamente pernicioso en materia política y social, porque trae como consecuencia que las cosas se obtengan no por el derecho que se tenga a ellas, sino por la intervención de personas que tienen el poder suficiente para imponerlas en favor de quien las pretende. Lamentablemente, la idea de que muchos cargos, situaciones o bienes se logran cuando se tiene o se encuentra la influencia necesaria, está demasiado extendida y muchas veces no carente de realidad. (OSSORIO. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica. P. 493).

## **1.2 Formulación del Problema de Investigación**

### **1.2.1. Problema General**

¿De qué manera la Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el niño y adolescente?

### **1.2.2. Problemas Específicos:**

- 1.- ¿Cuál es la influencia emocional y psicológica en el niño y adolescente?
- 2.- ¿De qué manera influye la inaplicación de la impugnación de paternidad matrimonial en el niño y adolescente?
- 3.- ¿En qué medida afecta en el niño y adolescente la impugnación de la paternidad matrimonial?

## **1.3 Justificación**

El tema de la propuesta tiene importancia trascendental ya que se pretende establecer si a través de un proceso de impugnación de paternidad, se estaría afectando emocional y psicológicamente a los niños y adolescentes, considerando que toda persona tiene derecho a la identidad personal, en ese sentido, si en la investigación de impugnación de paternidad, su influencia en el niño y adolescente

este resuelve jurídicamente expectativas frente a los derechos y obligaciones paterno-filiales, permitiendo restablecer efectivamente los derechos de los niños y adolescentes que se encuentran en situación de vulneración de sus derechos constitucionales.

#### **1.4 Relevancia**

La presente investigación tiene una relevancia social, puesto que en los últimos años la familia viene experimentando grandes cambios estructurales, siendo uno de ellos lo referido a la existencia de niños y adolescentes nacidos de mujer casada cuyo padre no es el marido; en consecuencia esto supone que existen niños y adolescentes que formalmente tienen como padre al marido de la madre, sin embargo; a la luz de los hechos y la realidad se estaría vulnerando su derecho a la verdadera identidad biológica, por cuanto, no se le permiten ser reconocido por su verdadero padre biológico.

#### **1.5 Contribución**

El resultado del trabajo de investigación constituye en una herramienta útil para los magistrados, abogados e instituciones que trabajan en favor del bienestar de los niños y adolescentes, como para la jurisdicción de familia, toda vez que permitirá hacer un diagnóstico real de la situación de vulneración y afectación en el estado emocional y psicológico en los niños y adolescentes, así como de vulneración del derecho de la identidad de los niños y adolescentes del distrito de Breña, que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad, reconocido en la Carta Política, en concordancia con el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en virtud al principio pro homine, procede realizar una interpretación más restringida del derecho constitucional a la identidad, por encontrarse en debate el derecho a la identidad, el cual se erige como un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocido tanto en la Declaración de los Derechos del Niño, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. De otro lado, el criterio de

interpretación conforme a los tratados internacionales se encuentra reconocido expresamente en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, según la cual los derechos contenidos en la Carta Magna se deben interpretar de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos, por lo que, se deberá de recurrir en primer lugar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados sobre la materia específica en los que el Estado Peruano sea parte.

De igual forma, los operadores judiciales podrán evaluar si están adecuadamente aplicando todos los mecanismo e instrumentos legales para una correcta y justa aplicación de justicia, que propenda para que en todos los procesos judiciales de impugnación de paternidad concluyan con la debida celeridad en sentencias favorables al interés superior del niño y adolescente y en protección de su identidad personal, evitando en todo caso la afectación a sus estados emocionales y psicológicos.

## **1.6 Objetivos**

### **1.6.1. Objetivo General.**

- Determinar de qué manera la Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el niño y adolescente.

### **1.6.2. Objetivos Específicos.**

- Evaluar cómo influye la impugnación de paternidad matrimonial en el niño y adolescente.
- Identificar si la inaplicación de la impugnación de paternidad matrimonial pueda afectar el interés superior del niño y adolescente
- Establecer en qué medida influye la impugnación de paternidad en el niño y adolescente.

## **II. MARCO METODOLOGICO**

### **2.1 Supuesto de Investigación**

La Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el desarrollo emocional y psicológico en el niño y adolescente.

### **2.2 Categorías**

Si debe preferirse el derecho del supuesto padre biológico en casos de impugnación de paternidad o el interés superior del niño contenido en la Carta Magna, interpretándose de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte.

### **2.3 Tipo de Estudio**

La presente investigación se encuentra dentro del tipo descriptivo, explicativo y correlacional por lo que se describirá la realidad jurídica, jurisprudencial y doctrinaria de aplicación en la Impugnación de Paternidad Matrimonial y su influencia en el niño y adolescente. En este enfoque no siempre se prueban hipótesis y por tanto también se prescinde del uso de variables. (NOGUERA RAMOS, 2014).

### **2.4 Diseño**

El diseño de investigación es no experimental de corte transeccional o transversal, correlacional causal; de enfoque cualitativo, de nivel o alcance descriptivo - explicativo, tipo de investigación básica. El método de investigación es inductivo (Hernández Sampieri, 2010).

## **2.5 Escenario de Estudio**

En la metodología cualitativa no se habla precisamente de universo sino de escenarios, que sugieren la idea de la presencia de actores que interactúan. El escenario es el lugar en el que el estudio se va a realizar, así como el acceso al mismo, las características de los participantes y los recursos disponibles que han sido determinados desde la elaboración del proyecto. Para la presente investigación el escenario de estudio constituye el análisis y evaluación de los expedientes de impugnación de paternidad matrimonial que obran en los Juzgados de Breña de la Corte Superior de Justicia del Lima.

## **2.6 Caracterización de sujetos**

En el enfoque cualitativo que utilizaremos para desarrollar nuestra investigación, definiremos a los sujetos materia de análisis como los especialistas legales y Magistrados de los Juzgado de Breña, en un total de 20 profesionales.

## **2.7 Plan de Análisis o trayectoria metodológica**

En la presente investigación se tomará en cuenta ciertos métodos de estudio, que nos ayudaran a la elaboración y construcción de nuestra investigación y por medio de los cuales podremos obtener los resultados adecuados y oportunos para nuestra investigación. Se utilizará el Método Teórico, que, según Sánchez, Flores y Robles, (2002-pag. 175) afirman que: “Los métodos teóricos, son lo que ayudan a reforzar la investigación, teniendo en consideración el análisis de la doctrina, historia y demás fuentes de estudio como las legislaciones y de las teorías más modernas existentes en relación con el tema de estudio.”

El presente método, conforme lo señala y precisa el autor, es el que se utiliza en la investigación respecto al análisis histórico, doctrinal y comparado con relación al tema que se pretende investigar.

De esta manera utilizaremos la compilación doctrinal, jurisprudencial e histórica para poder desarrollar nuestra investigación, en razón a los documentos, leyes, jurisprudencia, libros y demás información que sustente nuestro supuesto.

## 2.8 Población

La población estará conformada por los especialistas legales y Magistrados de los Juzgado de Breña, en un total de 20 profesionales.

Población de profesionales de los Juzgados de Breña de la CSJL.

Cargo	Nº
Especialistas Legales	16
Magistrados	4
Total	20

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

## Muestra

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

## 2.9 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Las principales técnicas a utilizarse serán:

- a) La encuesta
- b) La entrevista
- c) Análisis documental
- e) La observación

## **Instrumentos de recolección de datos**

Los instrumentos conforme a las técnicas serían:

1. Cuestionario de encuesta
2. La Guía de entrevista
3. Fichas bibliográficas

### **2.10 Rigor Científico**

La presente investigación va mas allá de la discusión sobre los criterios y estrategias, el rigor en los métodos está relacionado con cada una de las etapas del proceso de investigación. Por una parte, la calidad en la formulación del problema que es un propósito común del proyecto de investigación. Para que el presente problema se convierta en materia de investigación, se debe definir en términos teóricos y prácticos expresados como vacíos o necesidades de miradas desde otras perspectivas o ampliación del conocimiento existente.

### **2.11 Aspectos Éticos**

En la ejecución del anteproyecto se tuvo en cuenta los principios de la ética, así como también los valores de la puntualidad, orden y la confidencialidad, anonimato y privacidad.

### **III. RESULTADOS**

#### **3.1 Resultados**

En la actualidad en la filiación matrimonial así como también en la filiación extramatrimonial es factible demostrar el vínculo biológico paterno-filial mediante pruebas científicas de ADN, siendo así, que, la Impugnación de Paternidad es la negación de un hijo de quien no se cree que es el padre biológico, se tiene que este derecho de impugnar solo le compete únicamente al marido conforme lo preceptúa los artículos trescientos sesenta y tres y trescientos sesenta y cuatro del Código Civil, concordante con el artículo trescientos sesenta y siete de este mismo cuerpo de leyes.

Sin embargo, el proceso de Impugnación de Reconocimiento está destinada a atacar el contenido, esto es el elemento objetivo: El nexo biológico; en consecuencia esta acción puede ser ejercitada cuando el reconocimiento no guarda correspondencia con la verdad biológica. De esta manera, el ordenamiento civil ha puesto a disposición de determinadas personas este recurso para atacar la filiación jurídica constituida por el reconocimiento.

Si la prueba científica demuestra que el niño o adolescente no es hijo biológico del padre que lo reconoció como tal, entonces mediante un proceso judicial se puede negar su paternidad o impugnar el reconocimiento, lo que también puede ser planteado por el padre biológico o los interesados. Sin embargo, en cualquiera de estos dos casos por el tiempo de convivencia transcurrido entre el reconociente y el hijo, se ha establecido una relación paterno-filial y el niño o adolescente han construido su identidad en base al nombre y apellido que ha ostentado hasta ese momento, por lo que variar ese estado puede afectar irreversiblemente en su identidad personal, emocional y psicológica.

En ese sentido, en un proceso de Impugnación de Paternidad a fin de no afectarse el estado emocional y psicológico de un niño y adolescente, no solo debe actuarse la prueba pericial de ADN, sino también se debe de hacer una exploración de otros medios relativo a medios de prueba considerando que se está definiéndose el futuro de un menor de edad.

Asimismo, se debe incorporar como prueba obligatoria la pericia psicológica practicada en el menor de edad o adolescente, con la finalidad de conocer el entorno socio-familiar y del entorno donde está desarrollándose.

En consecuencia, creemos que se debe salvaguardar la identidad personal adquirida así como también preservar su estado emocional y psicológico del niño y adolescente, por lo que despojarlo de su apellido paterno de una manera repentina y abrupta en base al resultado de la prueba científica de ADN, influirá de manera negativa en su desarrollo emocional y psicológico, por lo que, resulta necesario escuchar al niño con la finalidad de recoger su opinión respecto a la determinación de su identidad personal, conforme lo dispone el Artículo 12° de la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, todo ello con el fin de proteger su derecho a la identidad personal. Sin embargo, ello no siempre ocurre en nuestros Juzgados de Familia, tal como veremos a continuación:

**-Expediente N° 08–95-Impugnacion o Negación de Paternidad, de fecha veinte de agosto de mil novecientos noventa y siete.**

**¿La demanda fue declarada improcedente liminarmente o admisible?**

La demanda fue declara fundada en todos sus extremos sobre las acciones acumuladas de negación y/o impugnación de paternidad, la nulidad de Partida de Nacimiento y exclusión de nombre del actor en dicha partida, nulidad de sentencia de alimentos (fraudulenta), e indemnización de daños y perjuicios.

### **¿Cuáles fueron los fundamentos de Improcedencia o admisibilidad?**

Que, la negación y/o impugnación de paternidad o acción contestatoria está reservada únicamente para el marido cuando éste no se crea padre del hijo de su mujer, esto es, tratándose de un hijo matrimonial habido por la mujer casada con su marido tal como lo preceptúan los artículos trescientos sesenta y tres y trescientos sesenta y cuatro del Código Civil, concordante con el artículo trescientos sesenta y siete de este mismo cuerpo de leyes, condición que no tiene el demandante, así como porque el co-demandado don NN tampoco tiene la condición de hijo matrimonial sino extramatrimonial; que por otro lado, tratándose de la negación de un hijo extramatrimonial, la ley sustantiva civil ha previsto que cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo, y toda indicación al respecto como sucede con la Partida de nacimiento, cuyo titular es el co-demandado don NN, se tiene por no puesta, salvo el caso en que el padre reconozca al hijo simplemente concebido tal como lo prevé el artículo trescientos noventa y dos del Código Civil vigente; que colateralmente aparece del mérito de la Partida de Nacimiento que el actor no intervino en el reconocimiento del hijo cuya paternidad se le atribuye, y por lo tanto mal puede negar y/o impugnar al demandado don NN, pretensión que resulta inoficiosa si se tiene en cuenta que el reconocimiento se hace constar en el Registro de Nacimientos, en escritura pública o en testamentos, ninguna de cuyas formalidades se ha producido en el presente caso judicial.

### **¿Quien Interpuso la demanda de Impugnación de paternidad matrimonial estaba legitimado para obrar, según los artículos 396º y 404º del Código Civil?**

Según los supuestos estipulados en el Artículo 396º que establece que “(...) el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.”, y el Artículo 404º que establece que “(...) el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.”, se tiene que la persona legitimada para interponer esta acción y para que posteriormente proceda el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad es únicamente el marido; sin embargo; en el presente proceso quien interpuso la presente demanda de impugnación de paternidad fue el marido,

empero, no lo había reconocido al menor, por lo que al no haber un reconocimiento mal podía impugnar una paternidad.

### **¿Cuáles fueron los resultados del proceso y sus fundamentos?**

En el presente caso, desaprobaron: La sentencia materia de consulta que declara fundada en todos sus extremos la demanda de su propósito; reformándola: Declararon improcedente la demanda sobre negación y/o impugnación de paternidad, infundadas las acciones sobre nulidad de partida de nacimiento y exclusión de nombre, así como también la de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, e infundada también la acción de indemnización de daños y perjuicios.

**-Casación N° 2655-2008- Legitimidad para accionar coincide con la titularidad del derecho sustancial la caducidad se funda en el orden público y la seguridad jurídica si es declarada de oficio cabe el rechazo de la demanda.**

### **¿La demanda fue declarada improcedente liminarmente o admisible?**

La demanda fue declarada improcedente, estableciéndose que el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no intervienen en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiere muerto o por quienes tengan interés legítimo; siendo así, se observa que la acción incoada por la demandante ha caducado de acuerdo a lo que establece el artículo 400 del Código Civil, considerando que el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto.

### **¿Cuáles fueron los fundamentos de Improcedencia o admisibilidad?**

Que, la demandante ha tomado conocimiento del acta de reconocimiento efectuada por su cónyuge difunto, con fecha veinticuatro de julio de dos mil cinco, según lo reconoce en su escrito de subsanación; consecuentemente, ha operado en exceso el plazo de caducidad previsto en el artículo 400 del Código Civil.

### **¿Quien Interpuso la demanda de Impugnación de paternidad matrimonial estaba legitimado para obrar, según los artículos 396º y 404º del Código Civil?**

Según los supuestos estipulados en el Artículo 396º que establece que “(...) el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.”, y el Artículo 404º que establece que “(...) el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.”, se tiene que la persona legitimada para interponer esta acción y para que posteriormente proceda el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad es únicamente el marido; sin embargo; en el presente proceso quien interpuso la presente demanda de impugnación de paternidad fue la viuda del cónyuge supérstite, quien carece de legitimidad para obrar en la pretensión sustancial mencionada.

### **¿Cuáles fueron los resultados del proceso y sus fundamentos?**

En el presente caso, declararon infundado el recurso de casación; en consecuencia no casaron la resolución de vista de fojas doscientos noventa y seis a doscientos noventa y ocho, su fecha cinco de mayo de dos mil ocho, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, por cuanto, han considerado el interés superior del niño titular de la partida, quien por frisar los nueve años de edad y hallarse en plena edad escolar, puede sufrir mayor afectación al subsistir innecesariamente el cuestionamiento a su identidad personal, y continuar el trámite.

**-Sentencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil Transitoria (Expediente: 002112-2009). Resulta aplicable en forma irrestricta al presente caso el Artículo 400 del Código Civil.**

### **¿La demanda fue declarada improcedente liminarmente o admisible?**

La demanda fue declarada improcedente, fundamentando su decisión en el sentido que el derecho a la identidad se encuentra reconocido en el numeral primero del artículo segundo de la Constitución Política del Estado, el cual está equiparado con el derecho a la vida.

### **¿Cuáles fueron los fundamentos de Improcedencia o admisibilidad?**

Que, el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial. Para el caso concreto, el plazo de noventa días el cual asistía al actor para impugnar la paternidad del menor ya había caducado.

### **¿Quien Interpuso la demanda de Impugnación de paternidad matrimonial estaba legitimado para obrar, según los artículos 396° y 404° del Código Civil?**

Según los supuestos estipulados en el Artículo 396° que establece que “(...) el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.”, y el Artículo 404° que establece que “(...) el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.”, se tiene que la persona legitimada para interponer esta acción y para que posteriormente proceda el reconocimiento o la declaración judicial de paternidad es únicamente el marido; sin embargo; en el presente proceso quien interpuso la presente demanda de impugnación de paternidad fue el marido quien reconoció al menor, siendo así que conforme a lo estipulado en la normatividad vigente si tiene legitimidad para obrar.

### **¿Cuáles fueron los resultados del proceso y sus fundamentos?**

En el presente caso, declararon infundado el recurso de casación; en consecuencia, no casaron el auto de vista, siendo que resulta aplicable en forma irrestricta el artículo 400° del Código Civil, ya que aquí no se pretende establecer quién es el verdadero padre del menor, sino establecer que el demandante no es el padre, ya que tal dispositivo señala como plazo de (90) días para accionar la impugnación de paternidad, contados a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto, siendo evidente que el plazo que tenía el actor para impugnar su paternidad ha caducado.

## **IV. DISCUSION**

### **4.1 Análisis de Discusión de Resultados**

En esta etapa de la investigación se presentan, explican y discuten los resultados de la investigación con las teorías y los antecedentes presentados. Es así que realizaremos nuestra discusión en merito a nuestros objetivos.

#### **De qué manera la Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el niño y adolescente.**

Que, de acuerdo a los resultados obtenidos en el análisis de la jurisprudencias y los expedientes de impugnación de paternidad analizados en los Juzgados de Breña, se ha determinado que si bien es cierto la integridad personal en el niño y adolescente es reconocido como un derecho constitucional así como también un derecho humano lo que hace referencia que todo niño y adolescente tiene derecho a que su vida sea respetada, esto implica que la parte física, psíquica y moral no puede ser violentada.

Sin embargo, se ha determinado que al admitirse una demanda de impugnación de paternidad matrimonial se influye emocional o psicológicamente en el niño y adolescente, dado que este proceso judicial anula la personalidad del niño o adolescente y lo lleva a sentirse despreciado, acusado, ignorado o exigido, originando como consecuencia de ello la falta de autoestima, el retraso en el crecimiento, los trastornos de conducta o la depresión.

Es por ello, el maltrato emocional se enmarca en el contexto de la evolución social. En muy corto tiempo se ha pasado de una sociedad en la que los padres consideraban a los niños como parte de su propiedad a otra en la que cada vez más se valoran sus derechos constitucionales y su autonomía personal. Por tanto, en la medida en que una sociedad va cambiando y modernizándose, la consideración de maltrato emocional tiene más importancia y lo que por ejemplo para unas culturas se considera una corrección educativa, para otras es una exageración, y para otras es motivo de denuncia.

Esta forma de maltrato infantil se produce por daño psíquico, abandono emocional, negligencia en el cuidado psicoafectivo y malos tratos psicológicos.

A diferencia de otros tipos de maltrato, como el físico o el sexual, en el psicológico, los maltratadores emocionales no tienen en la mayor parte de los casos intención de maltratar ni son conscientes del daño que están infringiendo al niño o adolescente, pero esta circunstancia no les exime de su responsabilidad.

Aunque el maltrato psicológico se puede presentar aislado, siempre acompaña a cualquier otro tipo de maltrato. En el primer caso, el niño o adolescente manifiesta casi siempre trastornos de comportamiento; en el segundo, presenta retrasos en el lenguaje, en el control de esfínteres, dolor de cabeza, depresión, o hiperactividad.

En el maltrato por negligencia en el cuidado psicoafectivo, aquel en que los padres no dan respuestas claras a las señales de necesidad de afecto de los niños o adolescentes, o que los padres establecen normas diferentes a las de las madres, el niño no sabe a qué atenerse y manipula la falta o diferencia de criterios de éstos para conseguir sus objetivos. "La disparidad de criterios entre el padre y la madre siempre es desconcertante para el niño. Que el niño no tenga unos límites claros de lo que puede o no puede hacer tiene consecuencias gravísimas porque, por una parte, pide lo que no puede tener y por otra, no aprende a tolerar la frustración.

**La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 5° que:** "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral". En este sentido la Constitución recoge en su artículo 2º, inciso 24), h), a esta norma al señalar que "Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes"; es en ese sentido que el Código Procesal Constitucional fija en el catálogo de derechos protegidos por el hábeas corpus (artículo 25º, inciso 1) la salvaguarda del derecho a la integridad personal.

En este contexto jurídico, el Tribunal Constitucional, cumpliendo la misión que la Constitución le ha encomendado, ha señalado a través de su abundante

jurisprudencia que el contenido esencial del derecho a la integridad personal comporta los ámbitos físico, psíquico y moral, atributos que constituyen la esencia mínima e imperturbable de la esfera subjetiva del individuo. Respecto al ámbito psíquico del derecho a la integridad personal, se ha precisado que éste se expresa en la preservación del aspecto emocional y de las habilidades motrices e intelectuales del individuo [Cfr. Expediente N.º 2333-2004-HC/TC].

Ahora bien, teniendo en cuenta el aspecto emocional de la integridad psíquica de la persona observamos que aquel presenta una especial manifestación para con el niño, pues el Tribunal Constitucional entiende que comprende la necesidad de que i) el sentimiento de seguridad sea progresivo o por lo menos estable, y ii) la estabilidad emocional de la cual goza no se vea perturbada ni reducida por agentes o elementos exteriores. Es por ello que el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos que recibe un niño de sus padres refuerzan su expresión emocional y el desarrollo de su personalidad; razonamiento que guarda concordancia con los establecido en el artículo 4º del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que concierne a la integridad psíquica, libre desarrollo y bienestar.

### **Interés Superior del Niño y del Adolescente**

La Convención sobre los Derechos del Niño y adolescente, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3º señala:

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

2.-Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes

de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3.-Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Aquí cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “[s]e entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)”.

4.-La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: “[e]l interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “[e]l niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

5.-En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño.

6.-La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes

Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral.

Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son niñas.

7.-En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el Expediente N.º 06165-2005-HC/TC (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda.

Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos”.

8.-En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que

adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.

**Identificar si la inaplicación de la impugnación de paternidad matrimonial pueda afectar el interés superior del niño y adolescente.**

Los artículos 396° y 404° del Código Civil Peruano fueron regulados en base a una realidad existencial, considerando que conforme transcurre el tiempo estas normas legales también deberían modificarse, siendo ello, que en base a la investigación podemos observar que estos no cuentan con una Exposición de Motivos Propia, y con esto hago referencia a las razones que motivaron al legislador para la proposición de esta normativa, lo cual hace revelar que al no existir la misma, tampoco se previno las dificultades o problemáticas que esta podría originar.

Es por ello que en base al análisis efectuado, podemos señalar que estos artículos de manera literal limitan y contravienen nuestra norma constitucional así como los tratados internacionales, consecuentemente; vulneran el derecho a la identidad biológica de las personas; sin embargo, pese a ello actualmente a fin de evitar vulnerar derechos constitucionales, algunos magistrados hacen uso del control difuso para inaplicar algunos artículos que pueden contravenir la Constitución y así evitar vulnerar derechos constitucionales, en ese sentido, a decir verdad en la presente investigación se aprecia que no todos los magistrados tienen una manera uniforme de resolver una controversia procesal, amparados en lo que de manera literal dice la norma legal vigente, y pese a que el resultado final podría ser favorable al menor de edad, sin embargo; en atención a lo previsto en el artículo 139º, inciso 6) de la Constitución Política del **Perú** que prevé el derecho constitucional a la **doble instancia**, y que, en el ámbito supranacional, este derecho es igualmente reconocido en el artículo 8º, inciso 2), literal “h”, de la Convención Americana de Derechos Humanos, el menor de edad es sometido a un proceso largo y burocrático que por cierto afecta su integridad emocional y psicológica.

Que, la prueba de ADN coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como su derecho a la identidad personal, aunque algunas personas pretenden desnaturalizar el objeto de dicha prueba argumentando la preeminencia de otros derechos (debido proceso, tutela jurisdiccional, cosa juzgada), sin embargo, en un proceso de filiación extramatrimonial en donde exista un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deben prevalecer. Consideramos que el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima de estos derechos que invoca el presunto padre para evadir responsabilidades que debería asumir como tal en el caso que las pruebas demostraren que existe el vínculo biológico entre ambos, en ese sentido, no pueden considerarse vulnerados los derechos del padre, y todo caso está justificada por la necesaria protección del derecho a la identidad del niño, que se puede ver reflejado en el interés superior del niño o niña.

## **V. CONCLUSIONES**

1.-Que, en aplicación de lo previsto en el Artículo 399° del Código Civil, cuando los progenitores del niño o adolescente o los hermanos paternos no impugnan la relación filial, entonces se concluye que la conyugue supérstite del reconociente carece de legitimidad para impugnar la paternidad del hijo extramatrimonial.

2.-Que, por mandato de lo previsto en el Artículo Octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes deben respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

3.-Que, el derecho a la identidad del niño y adolescente involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento.

## **VI. RECOMENDACIONES**

1.- En el proceso de Impugnación de Paternidad a fin de no afectarse el estado emocional y psicológico de un niño y adolescente, no solo debe actuarse la prueba pericial de ADN, sino también se debe de hacer una exploración de otros medios relativo a medios de prueba considerando que se está definiéndose el futuro de un niño o adolescente.

2.-Se debe incorporar como prueba obligatoria la pericia psicológica en un Proceso de Impugnación de Paternidad, practicada en el menor de edad y adolescente, con la finalidad de conocer el entorno socio-familiar y del entorno donde está desarrollándose.

3.-El Juez necesariamente debe solicitar la opinión del menor o adolescente que se impugna su paternidad, para conocer su deseo de elegir con quien vivir, así como también opinar acerca de la factibilidad de convivir con el progenitor que no le tenga bajo su custodia y en general de cualquier situación que se ventile en el proceso judicial y que pueda llegar afectar al niño y adolescente.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Borda, G. (1993). Tratado de Derecho Civil–Familia (T. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- Belluscio, A. (2004). Manual de Derecho de Familia (7ma. Edición. T. II). Buenos Aires: Astrea.
- Belluscio, A. (2006). Desconocimiento del plazo de caducidad de la Acción de Impugnación de la Paternidad.
- Peralta, J. (2008). Derecho de Familia en el Código Civil (4ta. Edición). Lima, Perú: Idemsa.
- Plácido, A. (2002). Manual de Derecho de Familia (2da. Edición). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2003). Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima. Perú: Gaceta Jurídica.
- Cornejo, H. (1999). Derecho Familiar Peruano: Sociedad Conyugal, Sociedad Paterno Filial, Amparo Familiar del Incapaz (10ma. Edicion)-Lima: Gaceta Jurídica.
- Borda, G. (1993). Tratado de Derecho Civil–Familia (T. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Méndez, M. (1986). La filiación. Santa Fe, Argentina: Rubinzal y Culzoni.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). Manual de Derecho de Familia (6ma. Edicion). Buenos Aires: Astrea.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 6(1), 223 - 247.
- Aguilar, B. (2008). La Familia en el Código Civil Peruano. Lima, Perú: Ediciones Legales.

**-Almagro. K.V. (2016).** “El trámite de Impugnación de la Paternidad inciden en los principios de celeridad y economía procesal”. (Tesis de pregrado). Universidad Regional Autónoma de los Andes. Ambato – Ecuador

**-Flores, G y Laura S. (2017).** “Necesidad de escuchar la opinión del niño en los procesos de negociación de paternidad e impugnación del reconocimiento como una forma de protección del derecho a su identidad personal. Arequipa, 2016”. (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional de San Agustín. Arequipa – Perú.

**-Peña. K. (2016).** “Impugnación de la paternidad de hijo extramatrimonial desde la perspectiva del interes superior del niño en el sistema jurídico peruano. Expediente N°3873-2014-San Martin – Caso XXX”.(Tesis de pregrado). Universidad Científica del Perú. Loreto – Perú.

**-Pinella. V. (2014).** “El interés superior del niño vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial”. (Tesis de Pregrado). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo-Peru.

**-Reino. M.F. (2016).** “La impugnación de la paternidad y su incidencia en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes tramitado en el Juzgado Primero de la Niñez y Adolescencia del Cantón Riobamba, durante el año 2014”. (Tesis de Pregrado). Universidad Nacional del Chimborazo. Riobamba – Ecuador.

**-Tuesta. F.S. (2015).** “Responsabilidad civil derivada de la negación de la paternidad extramatrimonial”. (Tesis de Pregrado). Universidad Autónoma del Perú. Lima. Perú.

## **ANEXOS:**

- Anexo 1: Matriz de consistencia
- Anexo 2: Encuesta

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

TEMA	PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<b>LA IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, SU INFLUENCIA EN EL NIÑO Y ADOLESCENTE. BREÑA-2017.</b>	¿De qué manera la Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el niño y adolescente?	Determinar de qué manera la Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el niño y adolescente.	La Impugnación de Paternidad Matrimonial influye en el desarrollo emocional y psicológico en el niño y adolescente.	Si debe preferirse el derecho del supuesto padre biológico en casos de impugnación de paternidad o el interés superior del niño contenido en la Carta Magna, interpretándose de conformidad con los tratados internacionales de los derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte.	<b>Enfoque:</b> Cualitativo, ya que se busca analizar como es y cómo se manifiesta un fenómeno y sus componentes. <b>Diseño:</b> No experimental <b>Tipo:</b> Básica <b>Nivel:</b> Descriptivo y explicativo <b>Método:</b> Inductivo, porque pretende realizar una revisión nacional en materia civil y familia. <b>Paradigma:</b> Interpretativo. <b>Población:</b> Especialistas <b>Técnica:</b> Entrevista, Análisis de documentos de doctrina nacional, comparada y jurisprudencia de la Corte Suprema de Lima y de Tribunales Internacionales. <b>Instrumento:</b> Guía de entrevista.
	<b>Problemas específicos.</b> ¿Cuál es la influencia emocional y psicológica en el niño y adolescente? ¿De qué manera influye la inaplicación de la impugnación de paternidad matrimonial en el niño y adolescente? ¿En qué medida afecta en el niño y adolescente la impugnación de paternidad?	<b>Objetivos específicos.</b> <b>Objetivos Específicos.</b> -Evaluar cómo influye la impugnación de paternidad en el niño y adolescente. -Identificar si la inaplicación de la impugnación de la paternidad matrimonial pueda afectar el interés superior del niño y adolescente -Establecer en qué medida influye la impugnación de paternidad en el niño y adolescente			

