ResearchGate

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: https://www.researchgate.net/publication/329761415

Tratado de Derecho de Familia - Tomo IV

Book · December 2018

CITATIONS
0

READS
358

1 author:

Enrique Varsi-Rospigliosi
Universidad de Lima
62 PUBLICATIONS **27** CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:

Sujeto de derecho View project

All content following this page was uploaded by Enrique Varsi-Rospigliosi on 18 December 2018.

The user has requested enhancement of the downloaded file.

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho
Universidad de Lima
Socio Internacional del Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBDFAM

TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA

Derecho de la filiación

TOMO IV

Con la colaboración de
Claudia Canales

Investigación auspiciada y financiada
por la Universidad de Lima

GACETA JURIDICA
AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
(01) 710-8950 / 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323
www.gacetajuridica.com.pe

UNIVERSIDAD DE LIMA
SCIENTIA ET PRAXIS

GACETA JURIDICA

TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA
Derecho de la filiación

Tomo IV

PRIMERA EDICIÓN
Mayo 2013

2,260 ejemplares

© Enrique Varsi Rospigliosi
© Gaceta Jurídica S.A.

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL

DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2013-06864
LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

ISBN TOMO IV:
978-612-311-052-9

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221300387

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Luis Briones Ramírez

GACETA JURÍDICA S.A.
ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

A Graciela y Violeta, mis abuelas

INTRODUCCIÓN

Esta cuarta entrega contiene el marco general de la filiación.

Todos, cada uno de nosotros, contamos con una filiación. Somos hijos. Alguien nos engendró. Normalmente una pareja o, sea el caso, un individuo –hombre o mujer– decidió tenernos, natural o asistidamente, siendo una mujer quien nos parió, al menos hasta ahora, hasta que lleguen los hijos sintéticos. Por ellos (o él / ella) estamos aquí, escribiendo, leyendo, analizando (...) viviendo. Contamos con un lazo biológico que se enrola con lo legal. Ese lazo es la filiación, una institución que crea familia en el primer grado parental, sin mayor formalidad inicial, basta la decisión de tener un hijo y aceptarlo legalmente como tal. Es la única institución del Derecho de Familia y del Derecho en general de la cual todos gozamos. Ellos, tú y yo. Filiar es pertenecer, ser parte, estarse, tener la calidad de hijo.

Las relaciones parentales, y en especial las filiales, son complejas. No se componen solo de lo biológico, intrínseco, sino también de lo afectivo, extrínseco. Lo vivencial supera lo genésico. En el contexto humano prima el suceso más que el contexto. Lo cierto es que el biologisismo, y en el especial el determinismo genético, marcó una etapa importante en el establecimiento de la filiación, pero la afectividad, como vínculo del alma más que de la carne, superó esa etapa dando trascendencia a la relación de vida de las partes que quieren emparentarse.

Cuando de filiación se trata, la norma se estructura con base en su determinación, la matrimonial y la extramatrimonial. Esta diferenciación es dada en razón de establecer cómo sindicar una relación paterno-filial, si hay o no matrimonio. En ambos casos, las presunciones juegan una función primordial, sobre la base de postulados ancestrales, viejos pero sabios, más que modernos pero momentáneos.

La filiación surge de forma natural (procreación) o legal (adopción). A estas dos se ha agregado la civil (técnicas de reproducción) en la que prima la voluntad de quienes recurren a estos métodos por la infertilidad que padecen, casos en los que el deseo e intención, que motivó la generación de vida, rompen todos los estándares jurídicos comunes dando paso a la causa de la generación de vida, la decisión que motivó la técnica de procreación asistida.

Así de las cosas, filiación es sinónimo de progreso y regreso. De las presunciones al ADN, del ADN a la vivencia y voluntad, la renombrada paternidad socioafectiva.

En esta oportunidad agradecemos a mi alumna Tabatta Castañeda, quien permitió, con su apoyo, terminar este tomo.

Este volumen es el último en lo que a familias se refiere. En adelante, la tarea es actualizar este y los anteriores. Mantenerlos vivos con sugerencias, propuestas y críticas mías, y más que todo suyas.

Gracias por la aceptación.

Enrique Varsi Rospigliosi
Lima, verano de 2013

CAPÍTULO PRIMERO

PARENTESCO Y RELACIONES PARENTALES

CAPÍTULO PRIMERO
PARENTESCO Y RELACIONES PARENTALES

I. Introducción. **II.** Etimología. **III.** Concepto . **IV.** Definición. **V.** Naturaleza Jurídica. **1.** Derecho personalísimo. **2.** Atributo de la persona. **3.** Institución de Derecho de familia. **4.** Vínculo jurídico. **VI.** Características. **VII.** Evolución. **5.** Familia punalúa. **6.** Familia sindiásmica. **7.** Roma. **8.** Derecho germánico. **VIII.** Clases. **9.** Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural. **10.** Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado. **11.** Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado. **12.** Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil. **13.** Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*. **14.** A partir de las fuentes de parentesco. **IX.** Fuentes del parentesco. **15.** Naturaleza. **16.** Ley. **16.1.** Parentesco por afinidad. **16.1.1.** Características. **16.1.2.** Principios a tenerse en cuenta en la afinidad. **16.2.** Parentesco por adopción. **16.3.** Parentesco civil. **16.4.** Parentesco religioso. **X.** Cómputo. **17.** Línea recta. **18.** Línea colateral. **19.** Afinidad. **19.1.** Cómputo del parentesco por afinidad. **19.2.** Establecimiento gráfico en la línea afin. **20.** Sistemas de cómputo. **20.1.** Sistema romano. **20.2.** Sistema germánico. **20.3.** Sistema Canónico. **20.4.** Sistema genético. **XI.** Estructura del parentesco. Tronco, Grado y Líneas. **21.** Tronco. **22.** Grado. **22.1.** Distancias ente los grados. **22.2.** Sistema de cómputo. **22.3.** Prueba. **23.** Línea. **23.1.** Línea recta. **23.1.1.** Establecimiento gráfico de la línea recta simple. **23.1.2.** Graduación. **23.1.3.** Establecimiento gráfico en línea doble. **23.2.** Línea colateral. **23.2.1.** Segundo grado. **23.2.2.** Tercer grado. **23.2.3.** Cuarto grado. **23.2.4.** Más allá del cuarto grado. **23.2.5.** Variantes. **23.2.6.** Establecimiento gráfico en la línea colateral. **23.2.7.** Graduación. **23.2.8.** Colateralidad y ancestralidad. **23.2.9.** Un caso en concreto. **24.** Rama . **XII.** Alcances . **25.** Parentesco consanguíneo. **25.1.** Línea recta. **25.2.** Línea colateral. **26.** Parentesco por afinidad. **27.** Parentesco por adopción. **28.** Parentesco complejo o mixto. **XIII.** Duración, Extensión y Fin. **29.** Parentesco por consanguinidad. **30.** Parentesco por afinidad. **31.** Parentesco por adopción. **XIV.** Efectos jurídicos. **32.** Alcance de los efectos. **32.1.** Consanguinidad . **32.2.** Afinidad. **32.3.** Adopción. **32.4.** Parentesco espiritual. **33.** Principales efectos jurídicos. **33.1.** Efectos civiles. **33.2.** Efectos procesales. **33.3.** Efectos penales. **33.4.** Efectos societarios. **33.5.** Efectos electorales . **33.6.** Efectos de Seguridad Social. **XV.** Importancia.

I. INTRODUCCIÓN

Carlos Alberto Bittar[1] refiere que el Derecho parental[2] o Derecho del parentesco es el conjunto de principios y de reglas que rigen las relaciones jurídicas constituidas entre los cónyuges y los parientes respectivos, entre los descendientes de un mismo tronco común y entre los adoptantes y adoptados. Pereira y

(1) BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de familia*. 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006, p. 185.

(2) Como también lo llama Pontes de Miranda. Vide MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 29.

Oliveira[3] trata al parentesco como una relación familiar distinta a la relación matrimonial, conjuntamente con la afinidad y la adopción.

Como atributo de la persona, el parentesco permite distinguir a un sujeto de otro dentro de una familia volviéndolo único, singular e irrepetible estableciendo su protección y tutela bajo el derecho a la identidad.

Dentro de un concepto amplio de familia encontramos relaciones familiares surgidas a partir del matrimonio o uniones estables, la filiación y el parentesco. El parentesco es una institución generadora de vínculos familiares *in extenso*, al igual que lo son el matrimonio y la filiación.

De las personas vinculadas por esta institución surgen los denominados estados de familias parentales.

II. ETIMOLOGÍA

La palabra parentesco proviene del latín *parentus* que se origina de *par*, igual y de *entis*, ente o ser. Parientes son todas aquellas personas que comparten un mismo origen.

Otro sector refiere que la palabra parentesco (cualidad de pariente) está formada a partir del término *pariente* y el sufijo *–esco* que indica relación o pertenencia. Por su parte, la palabra pariente proviene de las concepciones latinas *parens, parentis* y *parentatus* que significa padre o madre. Su genitivo es *parentis*. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra parentesco deriva de la palabra pariente y esta del latín *parens, –entis*, cuyo significado es padre o madre, abuelo, antepasado, mientras que el plural *parientes* es empleado para designar a los padres, los antepasados, los deudos y parientes[4].

La mayoría de la doctrina afirma que el origen etimológico de la palabra parentesco viene del verbo *parere* (parir, dar a luz) y este de la raíz indoeuropea *per(ə)* que significa producir.

Para el Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Española, este es el vínculo, conexión, enlace o relación que existe entre las personas.

III. CONCEPTO

La familia es un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes en gran medida de la unión intersexual y la procreación.

(3) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. 4ª edição, Vol. I, Introdução. Direito matrimonial, Coimbra Editora, 2008, pp. 46 y 41 y ss.

(4) NÚÑEZ NÚÑEZ, María. *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Librería-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2007, p. 86.

Estos dos hechos biológicos fundamentales están presupuestos, respectivamente, en la institución del matrimonio y la filiación. Además, la filiación adoptiva, sin presuponer el hecho biológico de la procreación, integra la noción amplia de filiación(5).

Pero la familia no se reduce solo al núcleo constituido por los cónyuges y los hijos. Con ser ese núcleo paterno-materno-filial el que gravita decisivamente en las orientaciones básicas de la política familiar, sino que las relaciones interdependientes y recíprocas se extienden por imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen que les son comunes, eso es, los consanguíneos y entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines(6).

El vínculo familiar primario es el que se establece entre la pareja, los cónyuges que entablan relaciones sexuales de manera permanente consagradas a través del matrimonio, ampliándose esta relación también a la unión estable cuando dicho vínculo no está acompañado de la formalidad. De este vínculo familiar primario surge la descendencia que es la parentalidad básica de un sujeto así como la relación afín, respecto de la familia de su cónyuge.

Aún se identifica la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad. Esta idea se funda en el hecho universalmente aceptado que la *gens* y las tribus, como primeras formas de sociedades humanas, se componen de individuos emparentados(7). Sin embargo, ello no es del todo cierto al existir parientes no consanguíneos unidos a través de una *fictio iuris*(8), caso de los afines y el parentesco por adopción.

Nuestra legislación instituye parentescos por consanguinidad, por afinidad y el parentesco civil.

IV. DEFINICIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española considera al parentesco como aquel vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta.

La definición más corriente de parentesco es sencillamente las relaciones entre *parientes*, es decir, personas emparentadas por consanguinidad real, putativa o ficticia(9). La definición más amplia nos dice que el parentesco es el vínculo establecido, por la naturaleza, entre personas que descienden unas de otras, o de un

(5) ZANNONI, Eduardo. A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 101.
(6) Ídem.
(7) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 9ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 31.
(8) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., pp. 29 y 39.
(9) FOX, Robin. *Sistemas de parentesco y matrimonio*. 2ª edición, Alianza editorial, Madrid, 1979, p. 31.

autor común (consanguinidad); por la ley, que declara unas veces la existencia de un vínculo, entre el adoptante y el adoptado (civil), y otras veces de un vínculo entre personas que han contraído matrimonio y los parientes consanguíneos de su cónyuge (afinidad).

Para Borda[10] el parentesco es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción. Según Zannoni[11] la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad o la afinidad determinan el parentesco que se traduce en un vínculo jurídico existente, pues, entre consanguíneos y afines y también entre el adoptado y el o los adoptantes y, según el caso, los consanguíneos o afines de estos. Mazzinghi[12] dice que el parentesco implica una relación sobre cuya base está organizada la familia en sentido amplio y que los parientes son personas unidas por vínculos menos estrechos que los que ligan a los padres y los hijos, pero que no obstante, dichos vínculos se reflejan no solo en el plano afectivo, sino también en el plano jurídico. Gomes[13] es el vínculo entre personas que tienen un ancestro común. Manifiesta Diniz[14] que es la relación vinculatoria existente no solo entre personas que descienden unas de otras de un mismo tronco en común sino también entre cónyuges y los parientes del otro y entre adoptante y adoptado. Para Sebastiano Ciccarello[15] el parentesco es el efecto jurídico resultante de vínculo de consanguinidad entre dos personas por el hecho de la generación. Por su parte Lasarte[16] nos indica que es la relación existente entre dos o más personas derivada precisamente de su situación en la familia. El parentesco no es sino la adscripción de una persona a un a determinada familia, a criterio de Galindo Garfias[17].

En nuestro medio Cornejo Chávez[18] considera que en sentido general se entiende por parentesco las relaciones o lazos jurídicos existentes entre dos o más personas que están determinadas en virtud de la naturaleza, a la ley o por la religión.

(10) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, 2002, p. 19. También en BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 18.

(11) ZANNONI Eduardo. A. Ob. cit., p. 101.

(12) MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo 4, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2006, p. 451.

(13) GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 10ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 311.

(14) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, 2002, Sao Paulo, p. 361.

(15) CICCARELLO, Sebastiano: (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 654.

(16) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 270.

(17) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas, familia*. 15ª edición, Ed. Porrúa, México, p. 465.

(18) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 86.

Plácido Vilcachagua[19] alega que el parentesco determina la mayor o menor extensión del grupo familiar y vincula a sus componentes para el cumplimiento de los deberes de asistencia familiares y en mantenimiento de relaciones personales.

Consideramos que el parentesco es la institución de Derecho de Familia generadora de vínculos jurídicos que une a las personas que conforman una familia. Surge en virtud de lazos de sangre o por mandato legal. En virtud de esta institución se genera el estado de familia parental entre miembros vinculados. El parentesco enlaza, relaciona, une. Es el vínculo existente y subsistente entre los individuos que descienden de un mismo tronco (*restricto*) o el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción (*amplio*).

V. NATURALEZA JURÍDICA

Dentro de la naturaleza jurídica del parentesco tenemos diferentes posturas.

1. Derecho personalísimo

Se considera al parentesco como un derecho personalísimo que el sujeto tiene respecto de aquellos vínculos que mantiene con cada uno de los miembros de su familia.

2. Atributo de la persona

Es un elemento o cualidad de la persona que la distinguen de otra. La persona cuenta con un parentesco propio que conjuntamente con el resto de sus atributos coadyuvan a su identificación y su distinción de otros sujetos de derecho.

Como atributo se encuentra protegido dentro del derecho a la identidad.

3. Institución de Derecho de familia

El parentesco genera relaciones familiares que supone aquel vínculo que une a una persona con los distintos miembros de su familia cuyo alcance, duración y efectos son establecidos por el ordenamiento jurídico.

4. Vínculo jurídico

El parentesco es un vínculo jurídico existente entre consanguíneos, afines y entre el adoptante y adoptado, a decir de Zannoni[20]. Este criterio que alude al vínculo jurídico se sustenta en que el vínculo biológico, mientras no trascienda en

(19) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 44.

(20) ZANNONI, Eduardo. A. Ob. cit., p. 101.

ese plano, no tendrá consecuencias jurídicas, como indica claramente Azpiri[21], i.e. el parentesco es la juridicidad de lo biológico.

VI. CARACTERÍSTICAS

El parentesco tiene las siguientes características:

- Es **connatural del ser humano** (concebido, persona natural) y permite distinguir a una persona de otra, la identifica. Cae bajo el marco de protección del derecho a la identidad e intimidad.
- Es una **institución principal de Derecho de familia** generadora de relaciones o vínculos familiares. A partir del parentesco surgen lazos de familia entre los miembros vinculados parentalmente.
- Genera el **estado de familia parental** entre las personas vinculadas. El parentesco hace surgir entre los parientes estados de familia parentales correspondientes entre sí, v.g.: padres, abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos; hermanos, tíos, sobrinos, primos, etc.
- Tiene su **origen en la naturaleza, la ley (y de ser el caso la religión)**. La principal fuente del parentesco son los lazos de sangre, sea porque las personas descienden unas de otras o se comparte un tronco común. Además, la ley crea entre personas no vinculadas por lazos de sangre, relaciones parentales, como es el caso de los adoptados, afines y compadres/ahijados. La religión ya no genera efectos parentales a través de sus sacramentos (bautismo, conformación y matrimonio).
- El **alcance, duración y efectos jurídicos del parentesco son establecidos por el ordenamiento jurídico**. Así estemos ante relaciones parentales consanguíneas, el ordenamiento jurídico determinará a las personas que serán consideradas parientes, la permanencia y/o extinción y los correspondientes efectos jurídicos que genera. El parentesco genera vínculos o relaciones que, al margen de la fuente consanguínea o legal, son contempladas y recogidas por la ley para generar efectos jurídicos. En general, el contenido de las diferentes relaciones jurídicas parentales es establecido por el ordenamiento jurídico a partir de normas de orden público y de carácter imperativo.
- **No tiene un alcance ilimitado**, si así fuera los ámbitos de la familia se confundirían con los de toda la humanidad o con los de extensas porciones de ella. Terminaría siendo parientes de todos.
- Los **efectos jurídicos del parentesco tienen una repercusión multidisciplinaria**, se vinculan no solo al ámbito civil, sino al ámbito penal, procesal, societario, electoral, previsional, etc.

(21) AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. 1ª edición, 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 517.

VII. EVOLUCIÓN

El parentesco era muy amplio en las sociedades arcaicas siendo en la sociedad actual más restringido[22]. En los tiempos remotos el hombre vivía en un estado de salvajismo, sin educación y con una incipiente cultura o, en todo caso, insuficiente que no le permitía la socialidad y racionalidad, admitiéndose la promiscuidad sexual dentro de cada grupo social que hacía inestructurable el parentesco.

En la familia consanguínea, todos los abuelos habrían sido maridos y mujeres entre sí y los habrían sido, también, sucesiva y recíprocamente, los hijos e hijas de esos abuelos, y luego los hijos e hijas de tales hijos, etc. Excluida la relación sexual entre cada nivel y los siguientes (abuelo con madre, madre con hijo, etc.) ella habría existido, entre todos los familiares del mismo nivel, de modo que el ser hermano y hermana no solo no excluía sino que, más bien, imponía la condición de marido y mujer[23].

5. Familia punalúa

En la familia punalúa cierto número de hermanas, descendientes de un mismo antepasado; primas, primas segundas, etc., eran mujeres comunes de cierto número de varones entre los que no podían estar los hermanos de dichas mujeres y que podían ser o no "hermanos" entre sí. Dentro de esta organización, los hijos tenidos por cualquiera de los maridos en cualquiera de las mujeres eran considerados hijos de todos los varones y de todas las mujeres y, por tanto, hermanos entre sí. Pero los hijos de los hermanos de esas mujeres eran sobrinos de estas y, paralelamente, los hijos tenidos por las hermanas de los maridos eran sobrinos de estos; y todos estos sobrinos eran primos de los hijos tenidos por el matrimonio punalúa[24].

6. Familia sindiásmica

En familia sindiásmica, el varón no solo tiene por hijos a los suyos sino también a los de sus hermanos; en cambio tiene por sobrinos a todos los hijos de sus hermanas. En la mujer se reputa como hijos a los suyos y a los de sus hermanas y como sobrinos a los hijos de sus hermanas. Según esto, todos los hijos tenidos por hermanos son hermanos entre sí. Los hijos de un hermano son primos de los tenidos por una hermana[25].

7. Roma

En el Derecho Romano, el parentesco no es una institución basada exclusivamente en los lazos de sangre. Está basada en tres nociones diferentes:

---

(22) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 380.
(23) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 98.
(24) Ídem.
(25) Ibídem, pp. 98 y 99.

a) El parentesco agnado: Los parientes agnados son todos los miembros de la familia emparentados con el *pater familias* y sus descendientes exclusivamente a través de vía masculina.

b) El parentesco cognado: Los parientes cognados serían todas las personas emparentadas con el *pater familias* y sus descendientes por lazos de sangre que vienen por vía femenina, a través de la esposa.

Las diferencias entre agnados (*agnatio*) y cognados (*cognatio*) es que los primeros gozaban de una serie de privilegios de cara a herencias y sucesiones intestadas, encontrándose en una situación de preferencia frente a los cognados. También existía la distinción en lo referente a la sucesión patrimonial cuando no había testamento. Los agnados eran preferidos para ejercer la tutela de los menores o de las mujeres. Siempre serán preferentes a los parientes de la vía femenina.

c) El parentesco gentilicio: Son los parientes de la *gens* o el grupo gentilicio. En latín, una *gens* era el conjunto de familias descendientes de un antepasado común. Se trata de un concepto amplio, más que los dos anteriores. En todo caso, ese antepasado solía ser mítico o legendario y su existencia histórica real era dudosa.

En un principio, la *gens* era un concepto aristocrático (en la Roma primitiva) que correspondía a los patricios. El gentilicio servía para distinguirse de aquellos que no lo tenían, era una marca de pedigrí (una forma de ascendencia certificada); aporta un signo de existencia y distinción a la aristocracia. Con el paso del tiempo, el concepto de *gens* o grupo parental amplio pasa de ser algo reservado a la aristocracia a ser algo de uso general.

Con el correr del tiempo la distinción entre el concepto de agnado y cognado tendería a desaparecer en aras de igualar posiciones en las tutelas de los niños y herencias intestadas pero es un lento proceso, llegando a la equiparación total y al fin eliminándose la diferenciación en la época de Justiniano y su recopilación de derechos (siglo VI después de Cristo).

8. Derecho germánico

En el Derecho germánico, se distingue a la familia en sentido amplio, que es la *sippe*, (comunidad de tipo agrario asociado a la defensa de sus intereses, un grupo amplio basado en el parentesco); y, a la familia propiamente dicha, la *haus* (mujer, hijos, esclavos, etc.) que era un grupo restringido[26].

La pertenencia se determinará por la autoridad a la que se está sometido y no por los vínculos de sangre. La evolución posterior de la familia sustituye el

(26) SCHWARZENBERG, Claudio: (voz) "Parentela (Storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 639.

vínculo de autoridad por el de sangre como índice de parentesco y este es el parentesco de cognación.

VIII. CLASES

En doctrina encontramos varios criterios que se tienen en cuenta para extraer la diversidad de parentesco. Revisemos las más trascendentales.

	Clases de parentesco	
Según	**La base matrimonial**	Parentesco civil Parentesco natural
	La intensidad del vínculo	Parentesco por línea Parentesco por grado
	La capacidad de extensión del vínculo	Parentesco abierto Parentesco cerrado
	El contenido del vínculo	Parentesco fuerte Parentesco débil
	La duración del vínculo	Parentesco *intra vitam* Parentesco *ultra mortem*
	A partir de las fuentes de parentesco	Parentesco consanguíneo Parentesco legal Parentesco espiritual

9. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural

Tradicionalmente la doctrina distinguió un parentesco legítimo o civil que se da cuando la generación que se forma tiene su base en el matrimonio y un parentesco natural, caracterizada por una generación extramatrimonial que obtiene el reconocimiento jurídico(27). Nuestra legislación nunca trato este tipo de parentesco, entre el legítimo y el ilegítimo.

10. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado

La intensidad del vínculo de parentesco está relacionada con determinados efectos jurídicos.

A su establecimiento se llega mediante un cómputo de líneas y grados. La distinción se realiza entre los parientes en línea recta (personas que descienden unas de otras) y parientes en línea colateral (personas que aun habiendo un tronco común, no descienden una de otra)(28).

(27) CICCARELLO, Sebastiano: (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: Ob. cit., pp. 654 y 655.
(28) Ibídem, p. 655.

Los grados son tantos como generaciones en línea recta, excluido el pariente cuyo parentesco se quiere determinar. En cuanto al parentesco colateral, se contará con referencia al número de generaciones en vía ascendente por un lado y descendente por otro, excluida la persona cuyo parentesco se quiere determinar. Cuanto más lejano está el tronco más aumenta el número de grados y, por ende, se debilita el vínculo de parentesco[29].

11. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado

Podemos hablar de un parentesco abierto y de un parentesco cerrado relacionado a la capacidad de extensión de este fenómeno a la de los sujetos entre los cuales existe el vínculo inmediato de sangre. V. gr. en los casos del parentesco matrimonial y el parentesco extramatrimonial: en el primer caso se extiende los efectos jurídicos; en el segundo caso, se da una tendencia de limitar la extensión del parentesco al hijo y al progenitor que lo ha reconocido o de quien ha sido declarada la paternidad[30].

12. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil

Es posible determinar un parentesco fuerte, atributivo de un correspondiente estatus, con una relación jurídica parental de contenido pleno de derechos y obligaciones; y, un parentesco débil, no atributivo del referido estatus parental que genera una relación jurídica que tiene relevancia solo en determinados supuestos de hecho y para efectos jurídicos específicos[31]. V. gr. el parentesco consanguíneo termina siendo un parentesco más fuerte que el parentesco por afinidad (este se presenta como el débil), mientras menos grados separen a los parientes, vale decir, mientras más cercanos sean el parentesco será más fuerte y mientras más lejano sea más débil será.

13. Según la duración del vínculo: parentesco *intra vitam* y parentesco *ultra mortem*

El parentesco *intra vitam* constituye el parentesco hasta la muerte (*usque ad mortem*) y lo encontramos en todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes previstas por el ordenamiento jurídico para regular en vía inmediata los vínculos entre parientes, v. gr. el caso de las obligaciones alimentarias[32]. El contenido de la relación jurídica parental termina con la muerte de las personas.

Mientras que en el parentesco *ultra mortem* constituye el parentesco más allá de la muerte, por lo que el vínculo parental, trascendiendo la vida de las dos partes,

(29) Ídem.
(30) Ibídem, p. 656.
(31) Ibídem, p. 659.
(32) Ídem.

se constituye como título específico para la transferencia de un derecho de un sujeto al otro (sucesiones) o para el surgimiento de un derecho en cabeza de un sujeto (pariente) después de la muerte del otro. Normalmente, en este último caso, el parentesco constituye título de legitimación para la tutela de un interés que es propio del sujeto en tanto pariente del difunto. V. gr. para el derecho al sepulcro familiar, para la protección del derecho moral de autor, después que este ha fallecido, para la tutela penal de la memoria del difunto(33). El contenido de la relación jurídica parental trasciende la muerte de las personas.

14. A partir de las fuentes de parentesco

A la fecha, y la amplitud de las relaciones humanas, el parentesco se presenta con un carácter multifacético y plural, como refieren Cristiano Chaves de Nelson Farias y Rosenvald(34).

- Parentesco consanguíneo
- Parentesco legal
    - Parentesco por afinidad
    - Parentesco por adopción
    - Parentesco civil
- Parentesco religioso

IX. FUENTES DEL PARENTESCO

El parentesco está determinado por las mismas fuentes de la familia, la filiación, el matrimonio, la voluntad y la ley.

15. Naturaleza

Llamado parentesco por consanguinidad.

Este parentesco es denominado normal o típico en razón que la naturaleza es su fuente principal, también parentesco de linaje (como lo denominaba el Derecho alfonsino)(35).

En estos lazos de sangre constituye su esencia, lo que los anglosajones llaman *kinship*, *blood relationship*. Tan a la sazón está relacionado el parentesco con la sangre que también es llamado consanguinidad(36).

(33) Ibídem, pp. 659 y 660.
(34) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 519.
(35) FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 629.
(36) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Ob. cit., p. 41.

Mientras más componentes genéticos comparten las personas, más parientes son. Los efectos jurídicos son más intensos por la estrechez del lazo sanguíneo.

En antiguo se dividía en matrimonial y extramatrimonial dependiendo si surgía por medio de un casamiento.

Solo lo conforman procreantes y engendrados aplicándose la teoría de la ascendencia y de la descendencia. A saber, cuando una persona desciende de otra –hijo respecto del padre, el nieto con relación al abuelo, el bisnieto con referencia al bisabuelo, etc.– o cuando todas reconocen un tronco común, como acontece con los hermanos, tíos y sobrinos, primos hermanos, etc. En ambos casos, este parentesco alude inmediata o mediatamente al acto procreador por lo debe considerársele el parentesco típico, como lo sugiere la misma etimología de la palabra (*parentes, parens,* de *parere*, parir).

Nuestro Código Civil regula el parentesco por consanguinidad en el artículo 236 estableciendo que:

> "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado".

No es necesaria la existencia de matrimonio para que se configure, de allí que:

- Si una de las generaciones intermedias se ha dado un matrimonio nulo o putativo, el parentesco de consanguinidad se mantiene (art. 284).
- Existe parentesco consanguíneo cuando uno de los grados intermedios entre quienes se desea establecer el parentesco no tiene en el matrimonio sino en una unión estable[37].

Ejemplos:

Pedro + María (casados)

(casados) **Carlos + Rosa** **Fernando** **Diego + Felicia** **Ignacio** (convivientes)

Pedro y María, casados, tiene a Rosa y Diego como hijos. La primera casada con Carlos tiene a Fernando y, Diego, el segundo, convivientes, tienen a Ignacio. Fernando en Ignacio son parientes consanguíneos, primos hermanos sin que la unión estable de los padres del segundo afecte el parentesco de sangre.

(37) SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 32.

Pedro + María (convivientes)

(casados) **Carlos + Rosa** **Diego + Felicia** (convivientes)
Fernando **Ignacio**

Igual se mantendría el parentesco si Pedro y María fueran convivientes y sus hijos casados, los nietos estarían relacionados por consanguinidad.

16. Ley

Llamado parentesco legal.

Este parentesco también es denominado civil, meramente civil, parentesco *ope legis*, no biológico o parentesco de ficción.

Surge en virtud y por mandato de la ley –forzosamente– entre personas que no tienen vínculos parentales por naturaleza pero, a decir de Lôbo[38], encuadran en la genérica expresión socioafectividad. La ley establece criterios, alcances y sus efectos incluso puede originar otras formas de parentesco por afinidad[39]. Hay quienes niegan su calidad de parentesco al no existir vínculos de sangre[40].

Estos parientes entre sí no se entrelazan por la naturaleza, no comparten genes con ellos, es la ley la que ata a las personas, emparetándolas.

Dentro del parentesco legal, encontramos en doctrina tres (3) supuestos (aunque en nuestro medio legal se consideren solo dos, los dos primeros que mencionaremos):

16.1. Parentesco por afinidad

Affinity, aquel surgido entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.

También llamado parentesco político (art. 1590 Código alemán, BGB), civil o afín (*Affinitatis causa fit ex nuptiiest civile vinculum es nuptis vel descendens*), incluso se le denomina parentesco artificial[41].

Surge por mandato de la ley en virtud del acto matrimonial, *Affinitatis causa fit ex nuptiis*, la causa de afinidad se encuentra en el matrimonio. Pero, además del matrimonio debe existir consanguinidad en el sentido que si uno de los cónyuges no tiene parientes consanguíneos la afinidad carecerá de razón, no se configurará.

Este parentesco se da entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro en mérito del matrimonio con base en una misma simetría en relación con el

(38) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paolo, 2008, p. 182.
(39) RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de familia*. 2ª edição, Editora Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 400.
(40) BITTAR, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 185.
(41) CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual de Derecho Civil elemental*. Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945, p. 187.

parentesco común[42] y de la calidad que este otorga a las personas, *Affínitas non egréditur ex persóna*. Un cónyuge ocupa, por afinidad, el mismo lugar (línea y grado) que el otro respecto de su familia consanguínea, una suerte de *parentesco espejo*.

Pontes de Miranda[43], nos presenta el siguiente cuadro, que en alguna manera mejoramos:

	4 Trisabuelo del marido	6 Tío, hermano del trisabuelo	7 Hijo del tío trisabuelo
	3 Bisabuelo del marido	5 Tío, hermano del bisabuelo	6 Hijo del tío bisabuelo
	2 Abuelo del marido	4 Tío, hermano del abuelo	5 Hijo del tío abuelo
	1 Padre del marido	3 Tío, hermano del padre	4 Primo, hijo del tío
MUJER	**MARIDO**	2 Hermano del marido: Cuñado	5 Nieto del tío
	1 Hijo del marido: Entenado de la mujer	3 Sobrino: Hijo del hermano del marido	6 Bisnieto del tío
	2 Nieto del marido: Hijo del entenado de la mujer	4 Hijo del sobrino	7 Trinieto del tío

Nuestro Código Civil regula el parentesco por afinidad en el artículo 237 estableciendo:

> "El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge".

En lo que se refiere a las uniones estables no tienen la potencialidad de crear parentesco por afinidad entre los compañeros respecto a los parientes del otro, al menos en nuestro medio (un solo acto sexual es suficiente para generar el parentesco

(42) En la lengua inglesa se nota perfectamente la simetría cuando designa a los parientes afines con el mismo vocablo del pariente aumentando la expresión *in law* (de acuerdo a la ley) Vide FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 529.

(43) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 43.

por afinidad entre quien ha conocido carnalmente a una persona y los consanguíneos de la otra)[44] situación que si se permite en Brasil con el Código de 2001[45].

16.1.1. Características

La afinidad contiene una serie de notas que la caracterizan.

- Es un vínculo

  Refiere Pereira y De Oliveira[46] que debe evitarse la terminología parentesco por afinidad en el sentido de que no se trata de una relación de sangre, se trata de un vinculo que une a dos cónyuges con los parientes del otro (art.1584, Código de Portugal).

- Singularidad

  Los parientes afines no son iguales o equiparados a los parientes consanguíneos; son equivalentes pero diferentes: el entenado no es igual al hijo[47], aunque con base en la teoría de la familia ensamblada se le confiere un *status simili* para ciertas situaciones, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional[48].

- Sujetos que la componen

  Con base en la regla de simetría, estos son: suegro (*father in law*), suegra (*mother in law*), cuñado (*brother in law*), cuñada (*sister in law*), yerno (*son in law*), nuera (*sister in law*), padrastro (*Stepfather*), madrastra (*Stepmother*), entenado (*Stepson*), entenada (*Stepsister*).

- Entre cónyuges no hay parentesco

  Los cónyuges no son parientes entre sí. A ellos los relaciona el matrimonio, no el parentesco. Cuentan con vínculo conyugal (*uxorio*) no parental. Marido y mujer se encuentran conyungidos o conyugados. Están unidos. Marido y mujer son casi una misma persona, una carne, *unam carnis*[49] y una sola sangre. Para las relaciones parentales, los cónyuges –como sociedad– son considerados como un solo sujeto. Como dice De Barros Monteiro[50], la relación entre ellos es mucho más estrecha que la afinidad y que el propio parentesco,

(44) SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 34. ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, p. 11.

(45) Artículo 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1o O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. § 2o Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

(46) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Ob. cit., pp. 46 y 47.

(47) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 189.

(48) Exp. Nº 09332-2006-PA/TC-LIMA (sentencia emitida el 30/11/2007).

(49) Génesis 2, 21-24; Mateo 19, 3-19.

(50) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 2: Direito de familia, 36ª edición, actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 420.

inter conjuges est communio. En esta misma línea Azpiri[51] refiere que la situación jurídica entre los cónyuges es más intensa y compleja que la producida por el parentesco.

Los cónyuges determinan la afinidad pero no la hacen surgir entre sí[52], *uxor non est affinis, sed causa ad finitatis*.

- Es personal

La afinidad es un vínculo personal[53], se le atribuye solo al cónyuge respecto de los parientes del otro, no respecto de los parientes entre sí de uno y otro entre sí.

No hay afinidad entre contraparientes[54], i.e. los consanguíneos de uno u otro cónyuge, *Affinis inter se non sunt affines*, no son parientes. Entre los afines de un cónyuge y el otro cónyuge no existe afinidad, afines entre sí no son afines, *affinitas non parit affinitatem*. Los concuñados y ni los consuegros son parientes afines, *Affinitas affinitatem non generat* (la afinidad no genera afinidad).

Asimismo, entre hermanastros tampoco, como refiere Sambrizzi[55].

- Permanencia y continuidad especial

La permanencia y continuidad difiere a la consanguinidad.

Línea recta

En lo que respecta la línea recta y por razones morales[56] el parentesco por afinidad no fenece –*subsiste*– con la disolución del matrimonio que lo generó (arts. 237 primer párrafo y 242, inc. 3), *adfinitas in coniuge superstite non deletur*. A pesar que me vuelva a casar, la afinidad en la línea recta persiste, llegando tener dos suegras[57] o, en su caso más (la primera y las que vendrán), i.e. conforme me vaya casando y divorciando iré dejando en el camino más y más suegras.

Esto difiere de lo que sucedía en el Derecho Romano (Digesto, fr.3, 1, III, 1) y en el Derecho consuetudinario francés - *Droit contumier* en el que regía el principio que la afinidad cesaba con la muerte de uno de los cónyuges, lo que sustenta la máxima de Antoine Loysel, repetida tantas veces en doctrina[58], *morta ma*

(51) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 517.
(52) PELTZER, Julio E. "Afinidad". En: *Enciclopedia de Derecho de familia*. Buenos Aires, 1992, p. 184. Citado por: SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 87.
(53) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 362.
(54) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002, p. 255.
(55) SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., p. 87.
(56) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 189.
(57) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. Ob. cit., p. 532.
(58) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 40, BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 20 y ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 108.

fille, mort mom gendre (muerta mi hija, muerto mi yerno), de allí que, en el sistema francés, este impedimento (art. 161) sea dispensable (art. 164, inc. 1).

Línea colateral

En el segundo grado de la línea colateral, de conformidad con el artículo 237, subsiste la afinidad en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge, a contrario sensu, si el excónyuge fallece deja de existir dicho vínculo por afinidad(59). En este sentido, "también contribuye a corroborar el espíritu de tal precepto, lo dispuesto en el inciso 4) del artículo 242 del Código Civil, según el cual, no pueden contraer matrimonio los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el excónyuge vive, es decir que si el cónyuge fallece se extingue el vínculo por afinidad aludido"(60).

Téngase en cuenta que en caso de segundo matrimonio, los afines del primero no se tornan afines del segundo matrimonio(61) un interesante ejemplo cita Lasarte "si nuestro suegro fallece y nuestra suegra contrae nuevo matrimonio, el *padrastro* de nuestra mujer no tiene parentesco de afinidad con nosotros"(62).

- Triple forma de establecerse

  Según Gomes(63) la afinidad se configura por tres razones: (i) en virtud del matrimonio, el marido será afín en primer grado con los hijos de su mujer (*entenados*); (ii) en virtud del matrimonio contraído por los hijos, será afín en primer grado con la mujer/marido de esta(e) (*nuera*/*yerno*), (iii) en virtud del matrimonio de los padres será afín en primer grado con quien se unió (*madrastra*/*padrastro*).

  Así tenemos que la afinidad puede surgir de tres formas: en virtud *de mi* matrimonio con los parientes de mi cónyuge, del matrimonio *de mis hijos* o del matrimonio de uno *de mis padres,* con el cónyuge de estos.

(59) Resolución N° 350-2008-JNE, p. 12. Fundamentos del voto del Doctor Mendoza Ramírez. Exp. Nº J-2008-692-Lima, 28/09/2008, Jurado Nacional de Elecciones.

(60) Resolución N° 350-2008 - JNE, p. 12. Fundamentos del voto del Doctor Mendoza Ramírez. Exp. N° J-2008-692-Lima, 28/09/2008, Jurado Nacional de Elecciones. A mayor abundamiento, "9. Que el artículo 61 del Código Civil señala que 'la muerte pone fin a la persona'; que una interpretación sistemática con el artículo 237 del mismo Código, debe entenderse razonablemente que el solo fallecimiento, dada las consecuencias jurídicas de tal hecho, extingue el vínculo matrimonial y por consiguiente también el parentesco por afinidad; que, en tal sentido, no puede exigirse que para que desaparezca el vínculo de afinidad, además de la muerte del cónyuge, también deba exigirse un divorcio previo", p. 12 y Fundamentos del voto en discordia de la señorita Elva Greta Minaya Calle y del señor Doctor José Ulises Montoya Alberti "13. Que, el artículo 61 del Código Civil señala que 'la muerte pone fin a la persona'; que, al respecto, de una interpretación sistemática de tales normas, debe entenderse que el solo fallecimiento, dada las consecuencias jurídicas de tal hecho, extingue el vínculo matrimonial y por consiguiente también el parentesco por afinidad; que, en tal sentido, no puede exigirse que para que desaparezca el vínculo de afinidad, a parte de la muerte del cónyuge, también exista de por medio un divorcio", p. 15.

(61) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 419.

(62) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 272.

(63) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 319.

- Cada parentesco por afinidad genera dos líneas

  Cada matrimonio genera dos líneas de afinidad: los parientes del marido que son afines a la mujer y los parientes de la mujer que son afines al marido(64).

- Efectos

  Sus efectos son menos extensos que los de la consanguinidad.

No concede derechos (alimento ni herencia). Más bien genera prohibiciones, como los impedimentos matrimoniales con los parientes del cónyuge (art. 242, 3 y 4) determinando, de darse, la nulidad de estos matrimonios (art. 274, 4 y 6), *Affinitatis quoque veneratione quarundam nuptiis abstinere ne cesse*. Es incesto el matrimonio de los afines en línea recta y el de los cuñados (si es que el matrimonio no se disolvió por muerte).

No tiene influencia en derecho sucesorios, *affinitatis jure nulla successio permittitur*, de alguna manera lo preveía el Código del artículo 52 (art. 140. ... Los deudos de un cónyuge no adquieren con el del otro ninguna relación de parentesco).

16.1.2. Principios a tenerse en cuenta en la afinidad

Según Pontes de Miranda (65), tenemos los siguientes:

- Los parientes de uno de los cónyuges, en cuanto sean afines del otro cónyuge, no son parientes de él: *afinitas non egreditur ex persona* (mis tíos no son afines de mi suegro).
- Los afines de un cónyuge no son afines de los afines del otro: *affines inter se non sunt affines* (los maridos de dos hermanas no son afines entre sí).
- Las personas afines de un cónyuge en virtud de un primer casamiento no tienen lazos de afinidad con la persona con quien el viudo o la viuda contrajo nuevas nupcias: *affinitas affinitatem non generat* (mi primera suegra no es nada de mi segunda suegra).

16.2. Parentesco por adopción

Surgido entre adoptante y adoptado.

Es el matrimonio y la adopción los actos jurídicos familiares a partir de los que se generan relaciones parentales de carácter legal.

Surge por mandato de la ley en virtud de la adopción, entre el adoptado con el adoptante y su familia.

(64) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 189.
(65) Ibídem, p. 40.

La adopción genera el estado de familia paterno-materno-filial adoptivo del cual, y al margen del tipo de procedimiento empleado (judicial, notarial, administrativo), el adoptado deja de pertenecer a su familia consanguínea y entra a ser parte de su familia legal, sin embargo sigue perteneciendo a su familia consanguínea para efectos de los impedimentos matrimoniales o, en todo caso, puede reintegrarse a la misma si impugna la adopción (art. 385).

La ley, en una suerte de ficción jurídica, crea una relación similar o análoga a la consanguínea entre el adoptante y el adoptado, de allí que Aveledo de Luigi sostenga que se trata de una consanguinidad legal(66). La adopción crea un lazo entre adoptante y adoptado semejante al que existe entre un hijo y su padre biológico, confiere al adoptado el estatus de hijo matrimonial del(los) adoptante(s). Rigen en este caso las mismas normas aplicables a una relación paterno-filial consanguínea.

Nuestro Código Civil regula el parentesco por consanguinidad en el artículo 238 estableciendo que:

"La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución".

16.3. Parentesco civil

Es la relación parental derivada de las técnicas de reproducción asistidas(67) consagrándosele el nombre de filiación social(68), filiación tecnológica(69) o parentesco no biológico o socioafectivo, fundamentalmente se da cuando se aplican técnicas de fecundación heteróloga(70).

En estos casos prima la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido afectivo y no la biológico.

Más que la sangre predomina el sentimiento de la generación vida.

(66) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002, p. 52.

(67) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 413.

(68) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V, 14ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 312.

(69) "A plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame de DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, que, mesmo sem desprezar o conteúdo biológico, passa-se a uma filiação totalmente baseada na teoria da afetividade. O elemento sanguíneo, que por longo espaço de tempo serviu de alicerce para a constituição da relação de filiação, cede espaço para aquilo que poderíamos chamar de filiação tecnológica". (LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. Acesso em: 9 ago. 2012).

(70) LÔBO, Paulo. Familias. Ob. cit., p. 183.

16.4. Parentesco religioso

Llamado parentesco espiritual, *spiritualis cognatio.*

La religión a partir de la administración de los sacramentos como el Bautismo, Primera Comunión, Confirmación, etc. determina la constitución de lazos parentales entre el neófito(71) y el padrino o madrina y compadres.

El parentesco creado por la religión tiene caracteres puramente espirituales sustentados en los preceptos y dogmas de la religión sobre la base de ciertos los sacramentos.

A la fecha la religión no constituye fuente de parentesco por lo que no genera efecto jurídico alguno.

X. CÓMPUTO

También llamado determinación o contaje.

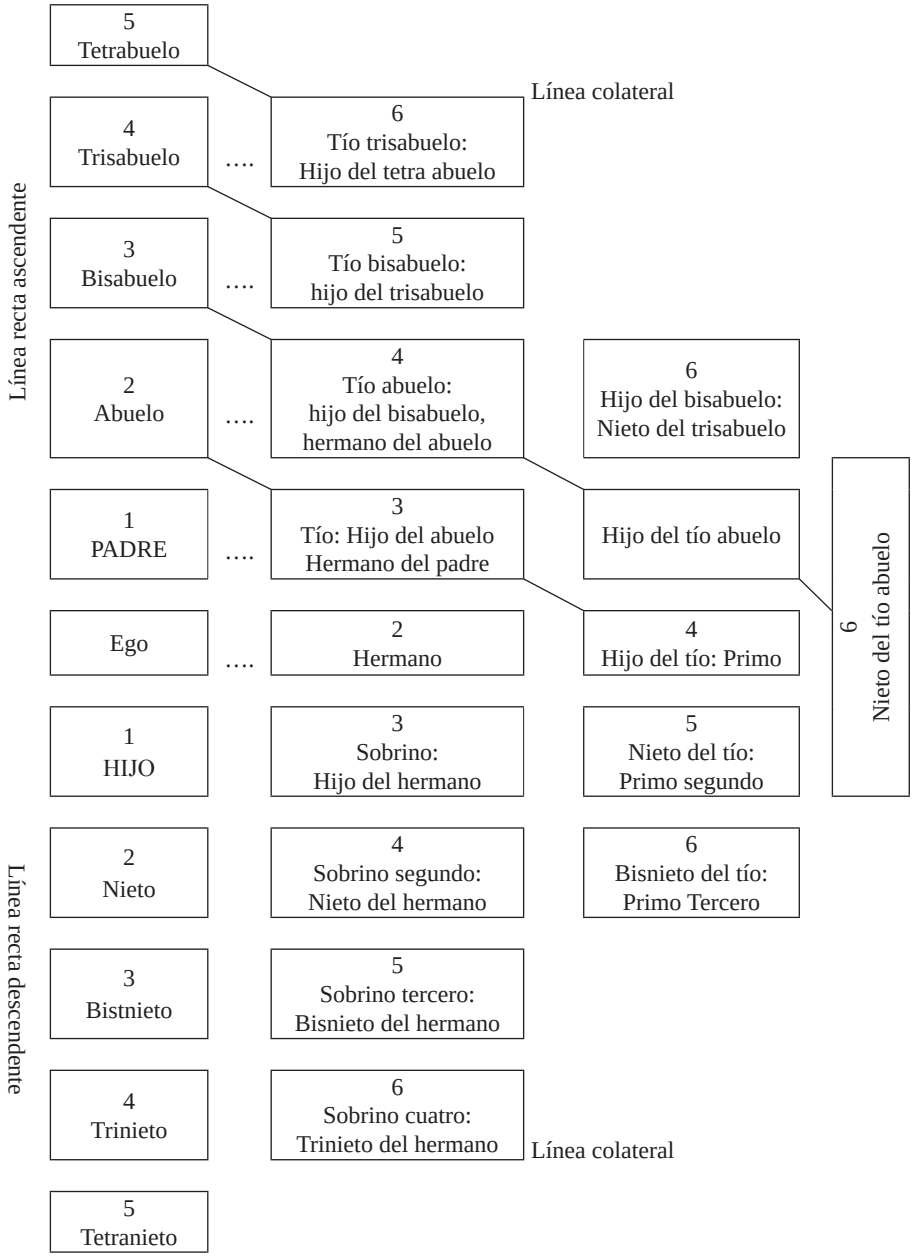
Es la manera de establecer el *locus* que ocupa una persona en una familia, determinando las relaciones familiares y su trascendencia legal. Se rige por el cómputo civil *Tot sunt gradus quot generationes*, tantos grados como generaciones. Como dice Zannoni, "el cómputo del parentesco tiene por objeto establecer la menor o mayor proximidad sobre la base de la cantidad de grados o generaciones que separan a los miembros de una familia, unos de otros"(72). A través del cómputo el parentesco se torna posible de definir, ordenar y establecer las jerarquías de las variadas relaciones de parentesco(73).

El Ego es la persona cuyo parentesco quiere ser determinado y no se le toma en cuenta en el cómputo, se prescinde de él, según la práctica genealógica moderna.

Pontes de Miranda(74), nos presenta el siguiente cuadro, que en alguna manera mejoramos:

(71) CORVETTO VARGAS, Aníbal. Ob. cit., p. 189. Este autor utiliza este curioso término, olvidado en su origen etimológico, neos y fitos, recién plantado, siendo utilizado por los griegos neotetstamentarios como el recién convertido a una religión.
(72) ZANNONI Eduardo. A. Ob. cit., p. 104.
(73) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Ob. cit., p. 42.
(74) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 38.

In infinitum



In infinitum

17. Línea recta

Es un cómputo sencillo.

Se parte del Ego hasta el tronco común contando cada una de las personas que las unen hasta la generación de la otra con la cual se desea establecer el parentesco. Se cuenta el número de generaciones que unen a los parientes.

En línea recta, hay tantos grados cuantas son las personas que forman la línea de parentesco, excluyendo al progenitor (art. 1581, Código de Portugal).

18. Línea colateral

Es un cómputo complejo.

Se parte del Ego subiendo al tronco común hasta llegar a la persona con las que deseas establecer el parentesco, contando el número de personas que las unen. No existe el parentesco en primer grado por que se sube al antepasado común y desciende al pariente, en consecuencia hay necesariamente dos grados y tres personas(75).

En línea colateral, los grados se cuentan de la misma forma, subiendo por una de las ramas y descendiendo por la otra, sin contar el tronco común (art. 1581, Código de Portugal). Como dice Corvetto(76) en esta línea la computación tiene lugar representando la serie de los padres como en el caso de una escalera de tijera o doble en donde el autor común ocupa el vértice o la punta, de allí debemos bajar por la otra rama hasta encontrar al individuo con el que se quiere establecer el parentesco.

19. Afinidad

El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad (art. 237). Se fijan primero los grados de consanguinidad entre el cónyuge y su pariente, de forma que el mismo grado por afinidad lo tendrá su cónyuge respecto del pariente con quien quiere vincularse.

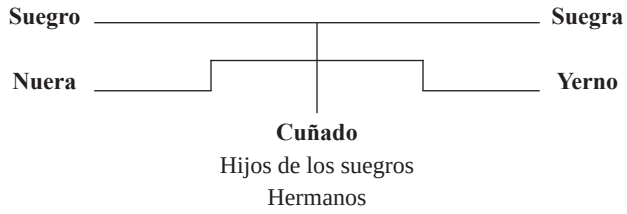
(75) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 313.
(76) CORVETTO VARGAS, Aníbal. Ob. cit., p. 185.

19.1. Cómputo del parentesco por afinidad

	Cónyuge	Padres	Hermanos	Sobrinos
Cónyuge	cónyuges o esposos	suegros / yernos y nueras 1°	cuñados 2°	tíos políticos / sobrinos políticos 3°
Padres	suegros / yernos y nueras 1°	consuegros		
Hermanos	cuñados 2°		concuñados	
Sobrinos	tíos políticos / sobrinos políticos 3°			

Fuente: <http://www.genealogy.com> (20/10/2012).

19.2. Establecimiento gráfico en la línea afín



El yerno y la nuera son parientes afines en línea recta en primer grado descendente del suegro y de la suegra. Los cuñados entre sí son parientes afines en segundo grado de la línea colateral. Los concuñados y ni los consuegros no son parientes afines.

20. Sistemas de cómputo

Los principales sistemas de cómputo del grado de parentesco pueden reducirse a tres: romano, germánico y canónico, nosotros incluimos un cuarto, el genético.

20.1. Sistema romano

El Derecho Romano utilizó la imagen de una escala cuyo punto de partida lo da una de las dos personas cuyo parentesco se trata de averiguar y en cuyo punto de llegada se encuentra en la otra. El número de generaciones entre ambas proporcionan el grado de parentesco entre las dos. En la línea colateral, el punto de

partida lo da uno de los parientes desde el cual se asciende hasta el tronco común del que se desciende hasta el otro pariente. Lo mismo que en la línea recta, el grado es igual al número de personas comprendidas entre el punto de partida y el punto de llegada, menos una, vale decir, una sola separación entre estas, conforme a la regla *Tot sunt gradus quot personae, una dempta* (hay tantos grados como generaciones)(77).

El cómputo romano, denominado computación civil, tiene como regla que son tantos grados como generaciones, principio que se aplica tanto a la línea recta como a la colateral.

Según esto, entre el padre y el hijo hay 1 grado (dos personas implicadas, menos una, una sola separación entre estos). Entre el nieto y el abuelo, 2 grados (tres personas en la línea menos una, dos separaciones). Entre el bisnieto y el bisabuelo, 3 grados (cuatro personas en la línea, menos una, tres separaciones); etc. Entre los hermanos hay 2 grados (tres personas implicadas; uno de los hermanos, el padre común y el otro hermano, menos una, vale decir dos separaciones). Entre tío y sobrino, 3 grados; entre primos hermanos, 4 grados, y así sucesivamente(78).

20.2. Sistema germánico

Los germanos representaban el parentesco con el cuerpo humano, con sus miembros y articulaciones, la denominada *corporalidad del parentesco*.

La forma de computación germánica coincide con la romana en la línea recta pero varía en la colateral. En la computación germánica la regla respecto a la línea colateral es la siguiente: se cuentan las generaciones de un solo lado hasta llegar al tronco y cuando los dos lados son desiguales, se cuentan las generaciones en la línea larga.

En la línea colateral, ubicado el antepasado común se desciende de él (cabeza) a sus hijos (hombros) que forman el primer grado (hermanos). Se continúa hacia los nietos (codos) que forman el segundo grado (primos hermanos). Se sigue hacia los bisnietos (muñecas) que constituyen el tercer grado (primos segundos); y, sucesivamente, se prosigue hacia las tres articulaciones de los dedos, hasta la uña, que forman el cuarto, quinto y sexto grado, más allá de lo cual desaparece el parentesco colateral(79).

Para determinar el grado de parentesco colateral, los germanos no tomaban, como los romanos, el número total de generaciones comprendidas entre uno de los parientes hasta el tronco común y entre este y el otro pariente sino que solo consideraban una de las líneas si las dos eran iguales o las dos si eran

(77) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 92.
(78) Ibídem, pp. 92-93.
(79) Ibídem, p. 93.

desiguales. V. gr. los hermanos, con los que comienza el parentesco colateral, son los parientes en primer grado, porque en la línea de uno de ellos hasta el padre hay una sola generación y ocurre exactamente lo mismo en la línea del padre hacia el otro hermano: basta tomar una de las dos líneas y el parentesco será de un grado. Igualmente, la línea de uno de los primos hermanos hasta su tronco comprende dos generaciones; y, la línea del otro primo hermano es exactamente igual: el parentesco entre primos hermanos es de segundo grado. En cambio, si tomamos el caso del tío con el sobrino, las dos líneas son desiguales, pues la del tío hasta el tronco solo comprende una generación, mientras que la del tronco hasta el sobrino incluye dos generaciones: el parentesco de tío con sobrino es de primero y segundo grado desigual(80).

20.3. Sistema canónico

La iglesia primitiva a partir de San Ambrosio, inspirándose en el Derecho Romano, comenzó a expresar por grados las relaciones de parentesco y, paulatinamente, introdujo una forma de cómputo coincidente con el romano y el germano en la línea recta, igual al germano en la línea colateral, y sui géneris, en la línea colateral desigual.

A diferencia del sistema romano, que sumaba las generaciones de ambas líneas y, del sistema germano, que aludía a las dos, sin sumarlas, el sistema canónico solo tomaba en cuenta la línea más larga. V. gr. el parentesco del tío con el sobrino era de segundo grado; el de uno de los primos hermanos con el hijo de su primo hermano, de tercer grado, etc. Pero, se solía añadir, para mayor precisión, el número de generaciones de la línea más corta, v. gr.: segundo con primero, para aludir al parentesco del tío con el sobrino, con lo cual se aproximaba el sistema canónico al germano(81).

El nuevo Código de Derecho Canónico (ca. 108)(82) unificó la norma referente a la línea colateral igual o desigual (*In linea obliqua tot sunt gradus quot personae in untraque simul línea, stipite dempto*) cuyo resultado es igual al que arroja el cómputo romano(83).

En la actualidad, tienen importancia entre nosotros el cómputo romano, adoptado por la ley civil y el cómputo canónico, que debe tenerse presente para el matrimonio religioso.

(80) Ídem.
(81) Ibídem, p. 95.
(82) 108 §1. La consanguinidad se computa por líneas y grados. § 2. En línea recta, hay tantos grados cuantas son las generaciones o personas, descontado el tronco. § 3. En línea colateral, hay tantos grados cuantas personas hay en ambas líneas, descontado el tronco.
(83) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 95.

20.4. Sistema genético

En lo que se refiere al parentesco por consanguinidad, la determinación del parentesco a partir de la información genética cada vez cobra mayor trascendencia. Este sistema sigue la máxima: *Dime que tanta información genética comparten y te diré que tan parientes son*. Conforme se amplía el parentesco se va compartiendo menos de una familia y se va compartiendo con más familias.

Los padres no son parientes, son una sola persona, ellos representan el 100 % del parentesco generacional genético, los hijos el 50 % (50 % de la madre y 50 % del padre), los nietos el 25 % (25 % de cada uno de los abuelos).

Este parentesco es solo aplicable para el parentesco consanguíneo, se tiene que dividir el porcentaje de genes entre dos. Cuando se aplica a la colateralidad, se parte del parentesco de donde desciende y se divide entre dos. Hermanos 25 %, tío - sobrino 12.5 %.

Este sistema de determinación y computación del parentesco difiere de los anteriores, principalmente en que ya no está pensado para una familia en sentido amplio.

XI. ESTRUCTURA DEL PARENTESCO. TRONCO, GRADO Y LÍNEAS

Partamos de las siguientes reglas:

- El tronco es el ancestro común
- El parentesco se mide por grados que están contenidos en las líneas
- La línea es la cadena, los grados los eslabones
- Las divisiones de las líneas son las ramas o estirpes

Entonces la secuencia es la siguiente: Tronco, grado, línea y rama.

21. Tronco

Llamada raíz.

Es el grado de donde parten dos o más líneas.

Es el ascendiente o autor común del cual surgen (nacen o derivan) dos o más líneas descendentes e indica el último grado de una línea cuando el cómputo es en forma ascendente(84). Aquel de quien, por generación, se originan dos o más líneas (descendentes), las cuales, por relación a él, se denominan ramas.

(84) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2010, p. 466.

Los hijos tienen como tronco al padre y la madre. Los primos hermanos al abuelo e, igualmente lo reconocen en él quienes son, entre sí tío y sobrino. Los primos segundos tienen como tronco al bisabuelo, etc. Mientras más alejado sea el parentesco que vincula a dos personas, más remoto será su tronco(85).

El siguiente cuadro nos grafica el tronco común compartido:

Parientes	Tronco común
Hermanos	Padre
Tío / Sobrino	Abuelo
Primos hermanos	Abuelo

En este cuadro, presentamos el tronco común compartido, con el correspondiente grado:

		Abuelo		
2	Padre		Tío	3
1	Hijo		Primo	4

22. Grado

Es la unidad de medida del parentesco(86). La distancia, tránsito o intermedio entre dos parientes(87), es la distancia que va de una generación a otra(88). Es el peldaño de esa escala (de la generación que no admite situaciones intermedias(89). Cada generación se representa por un grado: *gradus dicti sunt a similitudine scalarum*(90).

Es de donde parten las líneas y se representa por una persona de cada generación. Para saber el grado de parentesco que hay entre un pariente y otro basta verificar las generaciones que los separan, considerando que cada generación es un grado(91), a contrario sensu cada grado es una generación.

El grado de parentesco se determina por el número de generaciones (art. 236). Suárez(92) no está de acuerdo con este concepto pues si bien entre nieto y abuelo hay dos generaciones y se trata de un segundo grado, en el caso de los primeros hermanos también hay dos generaciones pero se trata de un cuarto grado, proponiendo que el legislador debió establecer que el grado esté representado por una

(85) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 92.
(86) SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 31.
(87) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 92. MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 33.
(88) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 312.
(89) CORVETTO VARGAS, Aníbal. Ob. cit., p. 181.
(90) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 34.
(91) DINIZ, María Elena. Ob. cit., p. 364.
(92) SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 37.

persona o eslabón (en el caso de los primos hermanos hay cuatro personas o eslabones que representan el cuarto grado).

En el siguiente cuadro se reflejan los grados de parentesco, tanto por línea recta y colateral, como por consanguinidad y afinidad.

Grado	Titular			
1	Padre / Madre	Suegro / Suegra	Hijo / Hija	Yerno / Nuera
2	Abuelo / Abuela	Hermano / Hermana	Cuñado / Cuñada	Nieto / Nieta
3	Bisabuelo/ Bisabuela	Tío/ Tía	Sobrino / Sobrina	Biznieto / Biznieta
4	Primo / Prima			

La línea colateral empieza en el segundo grado, no hay primer grado. Se cuenta a partir del antepasado inmediato superior, de forma tal que para que se constituya este parentesco es necesario tres personas y por lo menos dos grados. Los hermanos son 2° (3 personas), tío sobrino 3° (4 personas), primos hermanos 4° (5 personas).

22.1. Distancias ente los grados

Mientras menor sea el número de grados, más cercano o próximo será el parentesco. Mientras mayor sea el número de grados que los separa, más remoto o lejano será el parentesco entre ellos[93]. Esta regla se aplica a todo tipo de parentesco y a las dos líneas (preferencia para designar curador interino art. 47; preferencia para ser tutor, 506; designación personal de curador, 568-A; conformación del consejo de familia, 626; conservación del libro de consejo de familia, 652; preferencia de herederos, 817; herederos colaterales, 828).

La importancia en la identificación de los grados de parentesco reside en la titularidad de derechos y deberes que se atribuyen los parientes, siendo que los más próximos se prefieren a los más remotos[94]. El grado determina los efectos legales el parentesco, puedo ser pariente pero superado cierto grado dicha relación carece de efectos legales[95].

22.2. Sistema de cómputo

Existen dos sistemas de determinación del parentesco:

(93) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. Ob. cit., p. 53.
(94) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 187.
(95) SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., p. 84.

- Cómputo civil.- *Tot sunt gradus quot generationes*, tantos grados como generaciones
- Cómputo canónico.- *Tot sunt gradus quot personae, una dempto stipite*, tantos son los grados, cuantas las personas, excepto la del tronco común.

22.3. Prueba

A decir de Sambrizzi[96] en cuanto a la prueba de los grados de parentesco se aplican las normas comunes de prueba.

23. Línea

También llamada línea de sucesión o cadena.

Es una serie de grados. Más específicamente es la sucesión ordenada, completa e ininterrumpida de grados de personas que descienden de un mismo tronco común. Es la vinculación de la persona con su tronco ancestral común[97]. Es la escala formada por diversos peldaños[98].

Hay dos tipos de línea:

- Línea recta
  - Ascendente
  - Descendente
- Línea colateral

Velez Sarfield, como dice Azpiri[99], distinguía tres líneas: ascendente, descendente y colateral, en la medida que hay derechos que se reconocen a la línea descendente –como es el derecho de representación sucesoria– pero no a la línea ascendente. Lafaille, seguido por Busso, mantiene esta opinión la que es negada por Borda considerando que "la línea es siempre la misma; pero la ley reconoce a ciertos parientes algunos derechos que no tienen otros" [100].

23.1. Línea recta

Llamada también línea directa o perpendicular

Es la relación entre ascendientes y descendientes, entre procreantes y procreados. Se forma con personas que *descienden unas de otras* de forma continua e ininterrumpida, estableciendo una relación lineal (abuelo, padre, hijo).

(96) Ibídem, p. 88.
(97) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 312.
(98) CORVETTO VARGAS, Aníbal. Ob. cit., p. 181.
(99) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 518.
(100) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia. Ob. cit., p. 18.

Es infinito. Este parentesco produce efectos civiles ilimitados (sea consanguínea o afín). Por más lejanas que sean las generaciones las personas que descienden unas de otras siempre serán parientes, los límites están dados por los que la naturaleza impone a la sobrevivencia humana(101), sobre todo para el tema sucesoral, a decir de Ferrero(102), aunque es difícil que aparezca en la herencia un pariente en la línea recta más allá del cuarto grado (padre del tatarabuelo o hijo del tataranieto).

En la línea recta, el grado se establece subiendo o bajando, sea para establecer la ascendencia o descendencia grado (art. 236).

Tiene dos variantes:

- *Línea recta ascendente*, es remontarnos a generaciones anteriores. Es la serie de grados o generaciones que ligan al tronco común con el padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo y trastatarabuelo y demás ascendientes. Esta puede ser:
  - *Línea paterna*, Patrilineal (patrilinaje). Referida a los ancestro del progenitor, *agnación, Per virilem sexum* (parentesco trasmitido por la línea del varón), o;
  - *Línea materna*, Matrilineal (matrilinaje). Referida a los ancestros de la madre, *cognación* (parentesco trasmitido por la línea de la mujer).
- *Línea recta descendente*, es ver de la generación remota a la más próxima. Es la serie de grados o generaciones que unen al tronco común con sus hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, trastataranietos, y demás descendientes.

23.1.1. Establecimiento gráfico de la línea recta simple

El parentesco en la línea recta se grafica a través de una línea perpendicular (derecha, vertical). Los parientes están encima o debajo, siendo ascendientes o descendientes.

Ascendente	**10**	Decabuelo		chozno
	9	Nonabuelo		
	8	Octabuelo		
	7	Heptabuelo	Tri	
	6	Hexabuelo	Bi	
	5	Trastarabuelo		
	4	Tatarabuelo		
	3	Bisabuelo		
	2	Abuelo		
	1	Padre		

(101) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 183.
(102) FERRERO COSTA, Augusto. Ob. cit., p. 630.

Línea recta				
Descendente	**1**	Hijo		
	2	Nieto		
	3	Bisnieto		
	4	Tataranieto		
	5	Trastataranieto		chozno
	6	Hexanieto	Bi	
	7	Heptanieto	Tri	
	8	Octanieto		
	9	Nonanieto		
	10	Decanieto		

23.1.2. Graduación

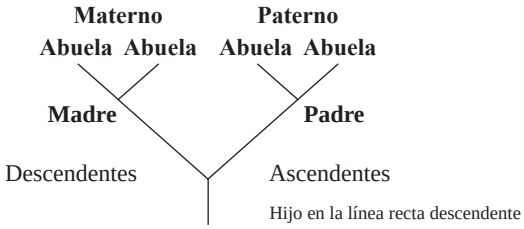
Se representa a través del siguiente cuadro:

Tronco	Padre 1°	Abuelo 2°	Bisabuelo 3°	Tatarabuelo 4°
Hijo **1°**	abuelo / nieto 2°	bisabuelo / bisnieto 3°	tatarabuelo / tataranieto 4°	trastatarabuelo / chozno 5°
Nieto **2°**	bisabuelo / bisnieto 3°	tatarabuelo / tataranieto 4°	trastatarabuelo / chozno 5°	6°
Bisnieto **3°**	tatarabuelo / tataranieto 4°	trastatarabuelo / chozno 5°	6°	7°
Tataranieto **4°**	trastatarabuelo / chozno 5°	6°	7°	8°

Fuente: <http://www.genealogy.com> (20/10/2012).

23.1.3. Establecimiento gráfico en línea doble

A efectos de identificar los tipos de líneas, la paterna y la materna



23.2. Línea colateral

Llamada también línea indirecta, horizontal, transversal (como la llamaba el Código del art. 52) u oblicua, *quasi a latere*(103) o línea de travieso(104).

Es la relación que existe entre dos personas que se encuentran unidas por un vínculo consanguíneo descendiendo de un tronco común, no son procreantes y procreados, *descienden de otros*. Se trata de una relación colateral (hermanos, tíos, sobrinos, primos hermanos, sobrino nieto, tío abuelo).

Son las personas que sin descender unas de otras unen sus respectivas líneas rectas en un ascendiente común, estableciendo una relación triangular.

En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro.

Es finito. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado (art. 236). Sin embargo, este grado no es exacto, en todo caso es fluctuante. Diremos que el cuatro grado es el *maximun* pero para ciertas instituciones el grado se reduce, generando curiosas y dudosas contradicciones(105), veamos:

23.2.1. Segundo grado

Es el caso de los hermanos.

- Impedimento matrimonial entre hermanos (art. 242, inc. 2).

  Un dato curioso, por citar en el entronque de la dinastía Ptolemaica, es que Cleopatra era a la vez sobrina, prima y hermana de sus maridos Ptolomeo XIII y Ptolomeo XIV(106). Cleopatra y sus hermanos eran nietos de Berenice III y a la vez nietos y sobrinos bisnietos de su marido Ptolomeo X, ya que este era tío de Berenice III y por lo tanto, tío también de sus nietos Cleopatra, Ptolomeo XIII y Ptolomeo XIV. Es así que Cleopatra termina siendo hermana, prima y sobrina de sus hermanos quienes a su vez fueron sus maridos.

23.2.2. Tercer grado

Es el caso del tío - sobrino.

- Impedimento matrimonial entre tío y sobrina (art. 242, inc. 2), se admite la dispensa.
- Alimentos, obligados a prestarlos (art. 93, CNA). Importante es ver que el Código lo limita al segundo grado (inc. 3, art. 474) pero prima la norma especial, el CNA.

(103) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 32.
(104) FERRERO COSTA, Augusto. Ob. cit., p. 630, nota a pie.
(105) MADALENO, Rolf. Ob. cit., p. 464.
(106) En: <http://www.datosfreak.org/datos/slug/cleopatra-era-sobrina-y-hermana-de-su-marido/> (11/11/2012).

Mientras más lejanas son las generaciones menos trascendencia tiene en razón que el afecto y la solidaridad se va diluyendo, no ofrecen la base ponderable para servir de apoyo a las relaciones jurídicas[107].

En cuanto al tiasgo Pontes de Miranda[108] nos dice:

- Tío, hermano del padre, *patruss*
- Tía, hermana del padre, *amita*
- Tío, hermano de la madre, *avúnculus*
- Tía, hermana de la madre, *matertera*

Veámoslo en el siguiente cuadro:

Tiasgo			
Padre		Madre	
Hermano	Hermana	Hermano	Hermana
Patruss	Amita	Avúnculus	Matertera

Los nietos o nietas de mi hermano o hermana (*fratis sororisque nepos, nepis*) o los tíos abuelos (*patruus magnus, amita magna¸id est, avi frater soror*) [109].

23.2.3. Cuarto grado

Es el caso especial de:

- Los primos hermanos (hijos de los hermanos del padre)

  Primo, del latín *consōbrīnus primus*.

  El primo mayor era el *consōbrīnus primus*, i.e. el primer hijo de mi tío. Con el tiempo se extiende la expresión para los primos menores y se dejó de usar el *consōbrīnus*, siendo todos *primus*.

  Es el caso de los primos hermanos, primo carnal o primo directo. El hijo de un tío.

  Puede darse el caso del primo doble. Es el hijo de una pareja formada de un tío y una tía. Es el hijo de tu tío, hermano de tu papa. El grado de parentesco en este caso es el mismo que el de hermano.

- El tío abuelo (*patruss magno*) o tía abuela (*amita magna*) con el sobrino(a) nieto(a) (hermano del abuelo con nietos de este).

  El ancestro común en el primer caso es el abuelo. En el segundo, el bisabuelo.

(107) MONTEIRO, Washington de Barros. Ob. cit., p. 416.
(108) MIRANDA, Pontes de.. Ob. cit., p. 35.
(109) Ídem.

Los efectos trascienden hasta este grado en la línea colateral. No genera mayores restricciones.

23.2.4. Más allá del cuarto grado

En Brasil las Ordenaciones Filipinas consideraron hasta el décimo grado(110) lo cual fue tomado por Freitas en su Esboço (art. 154), el Código de 1916 consagró sus efectos hasta el sexto(111), luego con el Código de 2001 se rebaja al cuarto grado.

En Portugal, el Código de Seabra los colaterales sucedían hasta el 10º grado(112), Código actual lo consagra solo hasta el sexto grado (art. 1582) al igual que el *Code* francés, incluso lo extiende hasta el décimo segundo grado (art. 755).

El sexto grado está representado por los primos segundos. Es el hijo o hija del tío segundo o tía segunda de ego. Estos son comúnmente llamados primos lejanos. Comparten entre sí una misma pareja de bisabuelos. Tu primo segundo, es el hijo de tu tío segundo, i.e. el primo hermano de tu papá, hijos de los primos hermanos entre sí son primos segundos.

23.2.5. Variantes

El parentesco en la línea colateral puede presentar las siguientes variantes:

Igual, Cuando la distancia entre las generaciones es la misma, los hermanos son parientes colaterales en la misma distancia

Desigual, cuando la distancia entre las generaciones no es la misma, el tío y el sobrino (el primero dista de un grado de distancia del tronco común –abuelo– en tanto que el sobrino dista de dos

Doble o de doble conjunción, cuando las personas comparten las mismas líneas rectas ascendentes paterna y materna, i.e. padres comunes (hermanos bilaterales, carnales o germanos, de padre y madre, con doble vínculo. Hermanos completos o hermanos enteros, art. 625)

Simple o de simple conjunción, personas tengan solo en común una de esas líneas y la otra sea diferente, i.e. padres diferentes (hermanos unilaterales, solo de madre o solo de padre, con vínculo sencillo. Si son de madre, *uterinos*; si son de padre, *consanguíneos*. Medio hermano, art. 625).

Además, tenemos el parentesco compuesto de doble conjunción, que se presentaría en el siguiente caso:

(110) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 185.
(111) CÓDIGO CIVIL BRASILERO DE 1916. Artículo 331. São parentes, em linha colateral, ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra.
(112) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Ob. cit., p. 42.

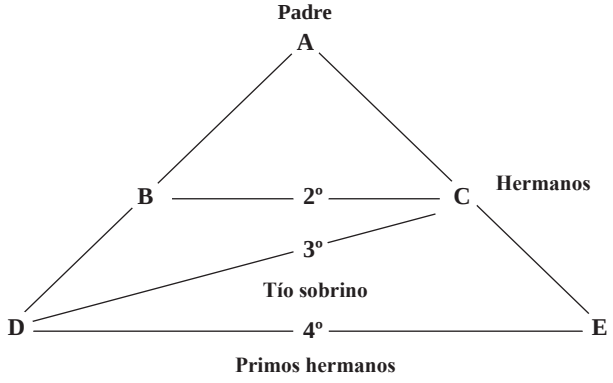
Los hijos de dos parejas de hermanos serán doblemente primos hermanos por la línea paterna y por la línea materna. V. gr. los hermanos Pedro y José se casan con las hermanas María y Teresa, los hijos de estos serán primos dobles.

23.2.6. Establecimiento gráfico en la línea colateral

El parentesco en la línea colateral se grafica a través de un ángulo (vértice, esquina).

Los parientes están de lado a lado, compartiendo un antepasado común que es la cabeza.

PARENTESCO COLATERAL SIMPLE



23.2.7. Graduación

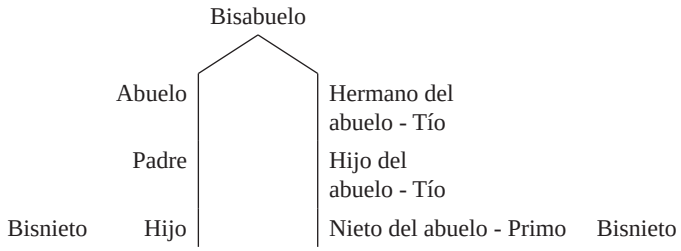
Antepasado en común	Hijo 1°	Nieto 2°	Bisnieto 3°	Tataranieto 4°	Chozno 5°
Hijo 1°	hermano 2°	tío / sobrino 3°	tío abuelo / sobrino nieto 4°	tío bisabuelo / sobrino bisnieto 5°	tío tatarabuelo / sobrino tataranieto 6°
Nieto 2°	tío / sobrino 3°	primo hermano 4°	tío segundo / sobrino segundo 5°	tío bisabuelo segundo / sobrino bisnieto segundo 6°	tío tatarabuelo segundo / sobrino tataranieto segundo 7°

Bisnieto 3°	tío abuelo / sobrino nieto 4°	tío segundo / sobrino segundo 5°	primo segundo 6°	tío bisabuelo tercero / sobrino bisnieto tercero 7°	tío tatarabuelo tercero / sobrino tataranieto tercero 8°
Tataranieto 4°	tío bisabuelo / sobrino bisnieto 5°	tío bisabuelo segundo / sobrino bisnieto segundo 6°	tío bisabuelo tercero / sobrino bisnieto tercero 7°	primo tercero 8°	tío tatarabuelo cuarto / sobrino tataranieto cuarto 9°
Chozno 5°	tío tatarabuelo / sobrino tataranieto 6°	tío tatarabuelo segundo / sobrino tataranieto segundo 7°	tío tatarabuelo tercero / sobrino tataranieto tercero 8°	tío tatarabuelo cuarto / sobrino tataranieto cuarto 9°	primo cuarto 10°

Fuente: <http://www.genealogy.com> (20/10/2012).

23.2.8. Colateralidad y ancestralidad

Gomes[113] nos presenta este cuadro que grafica la ascendencia, descendencia y colateralidad en una relación de parentesco consanguíneo.



23.2.9. Un caso en concreto

Veamos el siguiente caso representado en este cuadro:

(113) GOMES, Orlando. Ob. cit., p. 314.

Línea colateral				
Padre		**Alberto**		**Grado**
Hijos	Juan	Hermanos	Pedro	PCLC 2º
Nieto	Miguel	Primos hermanos	Luis	PCLC 4º
Bisnieto	Pablo	Primos segundos	Jorge	PCLC 6º

Explicación:

Parientes	Calidad colateral	Grado
Juan y Pedro	Hermanos	2º
Juan y Luis / Pedro y Miguel	Tío/ Sobrino	3º
Miguel y Luis	Primos hermanos	4º
Pablo y Pedro	Sobrino nieto / Tío abuelo	4º
Pablo y Luis	Sobrino nieto / Tío abuelo	5º
Pablo y Jorge	Primos segundos	6º

24. Rama

Es la llamada estirpe. Es la descendencia de la descendencia. Como dice Borda "líneas derivadas de un genitor común"[114]. Personas provenientes de un mismo descendiente (dos nietos de hijos diferentes son parientes en segundo grado provenientes de estirpes diversas)[115]. Tiene efecto en el Derecho de sucesiones cuando se hereda por estirpes o por representación.

A manera de reseña final

Como se dijo, el parentesco consanguíneo en línea recta está representado por los padres, abuelos, bisabuelos; hijos, nietos, bisnietos. Numéricamente tienes 2 padres, 4 abuelos, 8 bisabuelos, 16 tatarabuelos, 32 trastatarabuelos (salvo que los padres sean primos, caso en el que tendrán la mitad de cada uno 2 abuelos, 4 bisabuelos, etc.). Lo común es llegar a conocer al bisabuelo, pero los matrimonios a edad temprana y la elevada esperanza de vida, tomando en cuenta que los intervalos generacionales es de veinte años, es posible llegar a conocer, incluso, hasta al trastatarabuelo[116].

(114) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia. Ob. cit., p. 18.
(115) VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit., p. 253.
(116) Sin embargo, entre los numerosos casos documentados están por ejemplo, el de Henry Allingham, uno de los últimos veteranos de la Primera Guerra Mundial, que tuvo en vida un chozno. También el de la supercentenaria Elizabeth Bolden, que a sus 116 años de vida tenía 150 nietos, 220 choznos y la impresionante cifra de 75 bichoznos, que indica que sus nietos (algunos de casi 80 años) tenían en total 75 tataranietos. <http://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Nomenclatura_de_parentesco> (20/10/2012).

Un ejemplo: Por tradición en una comunidad longeva, promedio de vida 112 años, acostumbra casarse y tener descendencia a los 16 años, en estos casos perfectamente podrían llegar hasta el 7° grado línea recta ascendente, i.e. heptaabuelo/nieto o tri trastataraabuelo/nieto.

XII. ALCANCES

El alcance del parentesco está referido básicamente a todas aquellas personas que se ven comprendidas en esta institución. En general no tiene un alcance ilimitado, es limitado, a contrario sensu los ámbitos de la familia se confundirían con los de toda la humanidad o con los de extensas porciones de ella y la averiguación de parentesco, por lo menos, del consanguíneo y afinidad, desembocaría en el arduo problema que plantean las teorías monogenista y poligenista del hombre.

La ley determina el alcance del parentesco estableciendo quienes son parientes y hasta quienes son parientes.

Los alcances del parentesco varían dependiendo el tipo de parentesco de que se trate.

25. Parentesco consanguíneo

Los efectos de la consanguinidad en línea recta son mayores y más intensos que la consanguinidad en la línea colateral y los de la línea recta descendente mayores y más intensos que los producidos por la línea recta ascendente; así también, los efectos de la consanguinidad en cada línea son más intensos mientras más cercano es el parentesco(117).

25.1. Línea recta

Reconoce alcances indefinidos. Son considerados parientes consanguíneos en línea recta todas aquellas personas que encontremos en dicha línea, sea ascendiente o descendiente.

25.2. Línea colateral

Este tiene alcances hasta el cuarto grado (art. 236), i.e. los primos hermanos o tío abuelo o sobrino nieto.

26. Parentesco por afinidad

Tiene los mismos alcances que el parentesco consanguíneo.

(117) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. Ob. cit., p. 56.

La relación que une a uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro se ubica en la misma línea y grado en que dicho cónyuge se halla respecto de sus propios parientes consanguíneos (art. 237).

27. Parentesco por adopción

Los alcances de este parentesco son análogos al parentesco consanguíneo y produce sus mismos efectos jurídicos.

La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución (art. 238).

28. Parentesco complejo o mixto

Zannoni[118] y Sambrizzi[119] refieren que es el determinado por dos o más relaciones simultáneas (primos hermanos casados entre sí, sus hijos serán, simultáneamente, nieto y sobrino de los padres de los cónyuges). Venosa[120] cita como ejemplo el de dos hermanos que se casan con dos hermanas, los hijos serían hermanos de doble vínculo, por ambas ramas, paterna y materna.

XIII. DURACIÓN, EXTENSIÓN Y FIN

La diferente intensidad del parentesco se pone de manifiesto si, en lugar de aludir a la extensión de sus efectos, se repara en su duración o permanencia.

Mientras la consanguinidad suscita vínculos indelebles, los que crean la adopción y la afinidad pueden desaparecer. Aquella puede quedar sin efecto y si bien permanece en la línea recta y temporalmente en el segundo grado de la última cuando el matrimonio se disuelve –lo que puede ocurrir, no solo por muerte, sino por divorcio– y aun, si la disolución se produjo por causa distinta del divorcio o si, producido este, muere uno de los excónyuges, la afinidad en el segundo grado en línea colateral pierde todos sus efectos jurídicos. Revisemos cada supuesto de parentesco:

29. Parentesco por consanguinidad

El parentesco por consanguinidad en la línea recta y colateral dentro de sus diferentes alcances, al ser un vínculo por naturaleza, tiene duración permanente en el tiempo y no culmina con la muerte del pariente.

Somos siempre parientes consanguíneos.

(118) ZANNONI Eduardo A. Ob. cit., p. 103.
(119) SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., p. 80.
(120) VENOSA, Silvio de Salvo. Ob. cit., p. 250.

30. Parentesco por afinidad

El parentesco por afinidad surge por mandato de la ley, siendo esta la que regula sus alcances y de ser el caso, el final de dicho parentesco.

El parentesco por afinidad en línea recta tiene alcance indefinido. Conforme con el artículo 237 del Código dicho parentesco no acaba por disolución del vínculo matrimonial que la produce.

Invalidez del matrimonio

En lo que se refiere a la invalidez del matrimonio, al estar frente a un acto jurídico nulo, este no genera efecto alguno, por lo que la subsistencia del parentesco por afinidad (art. 237) se reduce exclusivamente a la disolución del matrimonio por divorcio y no se extiende a la nulidad de la unión conyugal, dadas las consecuencias que estas tienen respecto de todo acto jurídico.

Por tanto, la invalidez tiene entre sus efectos la extinción del parentesco por afinidad que dicho matrimonio generó, sin dejar de considerar los efectos jurídicos respecto de los cónyuges y respecto de terceros, de la extinción del vínculo conyugal de un matrimonio putatitvo, i.e. aquel matrimonio inválido pero contraído de buena fe, por uno o ambos cónyuges.

Con respecto al parentesco por afinidad en línea colateral (art. 237) en el segundo grado subsiste en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge. Por tanto, en supuestos de disolución del vínculo conyugal y muerte del excónyuge, este parentesco se extingue, se pierde (situación que no se daba en el Código del 36)[121].

31. Parentesco por adopción

Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea (art. 377). La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución (art. 238). Por la adopción el adoptado pasa a formar parte integrante de la familia del adoptante.

Legalmente surge un vínculo análogo al consanguíneo entre adoptante y adoptado, mientras que los vínculos consanguíneos anteriores del adoptado, mantienen efectos jurídicos solo para efectos de los impedimentos matrimoniales. La adopción plena contemplada en nuestro medio hace que la ley haga una ficción jurídica de la relación parental adoptiva a la relación parental consanguínea.

El parentesco producto de la filiación adoptiva no termina, tal como sucede con el parentesco por consanguinidad. No obstante, nuestro ordenamiento establece, excepcionalmente, para aquellos supuestos de adopción de menores de edad o

(121) **Artículo 237.-** (...) La afinidad en línea recta y la colateral hasta el segundo grado, no acaba por la disolución del matrimonio que la produjo.

incapaces de ejercicio, la posibilidad de impugnar su adopción al llegar a la mayoría de edad o al recuperar este, la plena capacidad, según el caso (art.385). Al impugnarse favorablemente, se extinguen los parentescos adoptivos y retoman vigencia los efectos jurídicos de los parentescos consanguíneos perdidos en virtud de dicha adopción. Fuera de esos supuestos excepcionales, la adopción genera vínculos parentales análogos a los consanguíneos, los cuales no se pierden por el mero hecho de la autonomía de la voluntad.

XIV. EFECTOS JURÍDICOS

Los efectos del parentesco son multidisciplinarios.

El parentesco crea solidaridad, deber de asistencia, derechos, deberes y autoridad(122). Tiene incidencia y efectos en todo el ordenamiento jurídico.

Como dice Bianca Federico(123), el parentesco tiene efectos patrimoniales (alimentos, herencia) y no patrimoniales (impedimento matrimonial, nombramiento de tutor, curador). No se restringe únicamente al ámbito civil, abarca también campos como el penal, procesal, previsional, etc.

Aunque los efectos jurídicos del parentesco cubren a la consanguinidad, a la afinidad y a la adopción, no lo hace con igual intensidad ni con los mismos efectos.

32. Alcance de los efectos

32.1. Consanguinidad

Produce efectos parentales más intensos que la afinidad.

Dentro de ella, son de mayor incidencia en la línea recta que en la colateral y, tanto en una como en la otra, más intensos en los grados más cercanos que en los más remotos, en tanto se entiende que mientras más cercanos los grados, son mayores componentes consanguíneos o genéticos que se comparten.

En general, la consanguinidad, dentro de la esfera civil, se hace presente en las cuestiones relativas al reconocimiento de estatus de sujeto de derecho, comienzo de la personalidad, nombre, domicilio y capacidad, a los impedimentos matrimoniales, consentimiento para el matrimonio de menores y nulidad de matrimonio, a las donaciones *propter nuptias*, a las diferentes figuras de la filiación, la patria potestad, los alimentos, la tutela, la curatela y el consejo de familia; y a la sucesión hereditaria.

(122) GUSMÃO, Paulo Dourado de. Ob. cit., p. 381.
(123) FEDERICO, Bianca. *Compendio di Diritto di familia*. VIII edizione, Edizioni Simoni, Napoles, noviembre, 2012, p. 15.

En el campo procesal, en las cuestiones pertinentes a la representación legal, recusación de jueces, árbitros, auxiliares de justicia y peritos, excusa de los miembros del Ministerio Público, prohibiciones e impedimentos para testificar, administración de bienes comunes, apertura de testamentos cerrados, seguridad de herencia, inscripción y rectificación de partidas y todos los procedimientos relacionados con la patria potestad, la tutela y la curatela.

32.2. Afinidad

La afinidad atribuye escasísimos derechos e impone rarísimos deberes[124]. Esta produce efectos sustantivos que se reducen a la creación de algunos impedimentos matrimoniales, ciertas causas de invalidez de matrimonio, efectos procesales y se aprecian en materia de recusación, excusa y de impedimentos para testificar.

32.3. Adopción

Los efectos jurídicos que surgen de la relación filial adoptiva son análogos a los consanguíneos en virtud del principio de igualdad entre los hijos. Este parentesco generará efectos jurídicos entre el adoptado y sus parientes adoptivos, permaneciendo vigentes únicamente los efectos jurídicos relacionados a los impedimentos matrimoniales entre el adoptado y sus parientes consanguíneos originarios.

32.4. Parentesco espiritual

Este tipo de parentesco carece de efectos sustantivos y, procesalmente, solo los produciría en materia de recusación, excusa e inhabilidad para declarar en proceso. El nuevo Código Canónico hace desaparecer este parentesco.

33. Principales efectos jurídicos

Revisemos dentro de las normas básicas del ordenamiento jurídico peruano los principales efectos jurídicos de la institución del parentesco.

33.1. Efectos civiles

El parentesco incide a todo el Derecho Civil. Los principales efectos civiles que produce el parentesco son los siguientes:

Código Civil

- Respecto de actos funerarios (art. 13)
- Intimidad, voz e imagen (arts. 14 y 15)
- Derecho al nombre (arts. 20, 21, 22 y 24)
- Domicilio de los incapaces (art. 37)

(124) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. Ob. cit., p. 59.

- Nombramiento de curador por desaparición (art. 47)
- Personas prohibidas de contratar con fundaciones (art. 107)
- Anulabilidad de acto jurídico - Intimidación (art. 215)
- Impedimentos matrimoniales (art. 242, incs. 1, 2, 3, 4 y 5)
- Invalidez de matrimonio (art. 274, incs. 4, 5 y 6)
- Requisitos para matrimonio entre menores de edad (arts. 244 y 245)
- Indemnización por oposición infundada a la celebración de matrimonio (art. 257)
- Separación Convencional respecto de los hijos (arts. 340, 341, 342, 345)
- Filiación (arts. 361 a 417)
- Adopción (arts. 377 a 385)
- Patria potestad (arts. 418 a 471)
- Alimentos (arts. 474, 475, 476 y 478)
- Patrimonio familiar (arts. 493, 494 y 495)
- Tutela (arts. 503 y 506)
- Curatela (art. 569)
- Consejo de familia (arts. 621, 623, 624, 625 y 626)
- Sucesiones (arts. 681, 682, 683, 688, 704, 705, 724, 725, 726, 727, 744, 745, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 824, 825, 828 y 829)
- Responsabilidad civil (arts. 1975 y 1976).

Código de los Niños y Adolescentes

- Autorización e inscripción del adolescente trabajador (art. 50)
- Patria potestad (arts. 74 al 80)
- Régimen de Visitas (arts. 88, 89 y 90)
- Alimentos (arts. 92 al 97)
- Tutela y consejo de familia (arts. 98 al 103)
- Autorizaciones para viajes de niños o adolescentes (art. 111)
- Matrimonio de adolescentes (arts. 113 y 114)
- Adopción (arts. 115 al 135).

33.2. Efectos procesales

Código Procesal Civil

- Exención de Respuestas de las declaraciones (art. 220)

- Prohibiciones a la declaración de testigos (art. 229)
- Causales de recusación de jueces (art. 307).

Código Procesal Penal

- Derecho de defensa (art. IX del Título Preliminar)
- Inhibición de jueces (art. 53)
- Recusación de jueces (art. 54)
- Abstención para rendir testimonio (art. 165)
- No obligación de denunciar (art. 327).

33.3. Efectos penales

Los efectos penales los podemos dividir en tres grandes grupos[125]:

a) Como elemento integrante del tipo penal, dando surgimiento a determinados tipos penales, por ejemplo, en el caso del delito parricidio, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar o matrimonio ilegal, si el impedimento es de parentesco que dirime las nupcias.

   Dentro de este grupo de efectos encontramos las siguientes disposiciones:

   - Parricidio que sanciona el feminicidio/patricidio/matricidio/filicidio/uxoricidio (art. 107)
   - Infanticidio (art. 110)
   - Exposición a peligro de persona dependiente (art. 128)
   - Autorización ilegal de matrimonio (art. 141)
   - Alteración o supresión de la filiación de menor (art. 145)
   - Sustracción de menor (art. 147)
   - Omisión de asistencia familiar (art. 149).

b) También encontramos al parentesco a nivel penal, como calificación agravante del delito en el homicidio, lesiones, abuso de armas, corrupción y prostitución, abuso deshonesto, etcétera.

   Dentro de este grupo de efectos encontramos las siguientes disposiciones:

   - Delito de lesiones - Formas agravadas de lesiones graves por violencia familiar (art. 121-B)
   - Delito de lesiones - Formas agravadas de lesiones leves por violencia familiar (art. 122-B)
   - Trata de personas (arts. 153 y 153-A)

(125) ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 112.

- Violación sexual de menor de edad (art. 173)
- Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (art. 173-A)
- Actos contra el pudor (art. 176)
- Actos contra el pudor en menores (art. 176-A)
- Formas agravadas en delitos de violación y atentados contra el pudor en menores de edad (art. 177)
- Favorecimiento a la prostitución (art. 179)
- Rufianismo (art. 180)
- Proxenetismo (art. 181)
- Explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo (art. 181-A)
- Formas agravadas en los delitos de favorecimiento a la prostitución, proxenetismo y explotación sexual comercial infantil y adolescente en ámbito del turismo (art. 181-B)
- Castigo a cómplices en delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público (art. 184)
- Tráfico ilícito de migrantes (art. 303-A)
- Formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes (art. 303-B)
- Faltas de lesión dolosa y lesión culposa (art. 441)
- Maltrato (art. 442)

c) Finalmente, el parentesco a nivel penal, está contemplado como eximente de responsabilidad, en los casos de hurto, defraudaciones o daños recíprocamente causados por los cónyuges, ascendientes, descendientes, afines en línea recta y hermanos o cuñados, si viviesen juntos, y en el caso el encubrimiento.

Dentro de este grupo de efectos encontramos las siguientes disposiciones:

- Excusa absolutoria y exención de pena en los delitos de hurto, apropiación, defraudación y daños (art. 208)

33.4. Efectos societarios

Ley General de Sociedades

- Contratos, créditos, préstamos o garantías (art. 179)
- Representación del accionista en la junta general (art. 122)

33.5. Efectos electorales

Ley Nº 26859 - Ley Orgánica de Elecciones (art. 107)

33.6. Efectos de Seguridad Social

Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud - Ley N° 26790 (art. 3)

Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud - Decreto Supremo Nº 009-97-SA (art. 30).

XV. IMPORTANCIA

El parentesco reviste especial importancia porque a través de él se vinculan las personas generándose una relación de parentesco de la que surgen derechos y obligaciones recíprocas entre los parientes, tanto de orden personal como patrimonial, y fijando prohibiciones con fundamento en su existencia(126); es, a criterio de Rossel, la vinculación más importante que establece el Derecho Privado, sus efectos son tan amplios que abarcan toda la vida del individuo(127).

En general en lo que se refiere a nuestro tema, la familia, del parentesco surge la patria potestad, nombre, vocación sucesoria, derecho a alimentos y los impedimentos matrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia.* Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. 1ª edición, 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de familia.* 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia.* Tomo I, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia.* 12ª edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- CICCARELLO, Sebastiano. (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano.* 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual de Derecho Civil elemental.* Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945.

(126) GOMES, Orlando. 1998, Ob. cit., p. 311.
(127) ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. Ob. cit., p. 13.

- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias.* Ob Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FEDERICO, Bianca. *Compendio di Diritto di familia.* VIII edizione, Edizioni Simoni, Napoles, noviembre, 2012.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones.* 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- FOX, Robin. *Sistemas de parentesco y matrimonio.* 2ª edición, Alianza editorial, Madrid, 1979.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil.* Primer curso. Parte general, personas, familia. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GOMES, Orlando. *Direito de Família.* 10ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Famíl*ia. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2006.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família. Jus Navigandi, Teresina, año 17, n. 3325, 8 ago 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. Acesso em: 9 ago. 2012.
- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito c*ivil). Saraiva, São Paolo, 2008.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família.* 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2010.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia.* Tomo 4, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley S.A.E. e i., Buenos Aires, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil.* Vol. 2: Direito de familia, 36ª edición, actualizada por Ana Cristina *de Barros Monteiro Fran*ça Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María. *La sucesión intestada de los parientes colaterales.* Librería-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2007.
- PELTZER, Julio E. "Afinidad". En: *Enciclopedia de Derecho de familia.* Buenos Aires, 1992.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Vol. V, 14ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia.* 4ª edição, Vol. I, Introdução. Direito matrimonial, Coimbra Editora, 2008.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia.* 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de familia*. 2ª edição, Editora Forense, Río de Janeiro, 2004.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986,
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCHWARZENBERG, Claudio. (voz) "Parentela (Storia)". En: *Enciclopedia del Diritto.* Tomo XXXI, Giuffré, Milano, 1958-2004.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia.* Tomo I, 9ª edición, Temis, Bogotá, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil.* Vol. 6, 2ª edición, Atlas, São Paulo, 2002.
- ZANNONI, Eduardo. A. *Derecho de Familia.* Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO DE LA FILIACIÓN – DERECHO DE LA FILIACIÓN – VÍNCULO JURÍDICO PATERNOFILIAL

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEÓRICO DE LA FILIACIÓN – DERECHO DE LA FILIACIÓN – VÍNCULO JURÍDICO PATERNOFILIAL

I. Filiación. **1.** Introducción. **2.** Generalidades. **3.** Filiación y parentesco. **4.** Antecedentes históricos. **5.** Etimología. **6.** Concepto. **7.** Denominación. **8.** Definición. **8.1.** Como vínculo. **8.2.** Como estado de familia. **8.3.** Como relación. **8.4**. Hecho biológico. **8.5.** Posición nacional. **9.** Características. **9.1.** Única. **9.2.** Construcción cultural - Afectividad. **9.3.** Vínculo jurídico. **9.4.** Unitaria. **9.5.** Orden público. **9.6.** Inextinguible e imprescriptible. **9.7.** Estado civil. **10.** Naturaleza jurídica. **10.1.** Derecho. **10.2.** Relación jurídica. **10.3.** Atributo de la personalidad. **10.4.** Vínculo jurídico. **10.5.** Acto jurídico / hecho jurídico. **11.** Importancia. **12.** Clasificación. **13.** Elementos. **13.1.** Sujetos. **13.1.1.** Hijo. **13.1.2.** Padre - madre. **13.2.** Objeto. **13.3.** Hechos. **14.** Filiación, maternidad y paternidad. **15.** Lo biológico y lo jurídico. **16.** Clases o grados de paternidad. **II.** Derecho de la filiación. **17.** Noción. **18.** Denominación. **19.** Definición. **20.** Características. **21.** Importancia. **22.** Contenido. **23.** Determinación. **23.1.** Clases de determinación. **23.2.** Determinación y medios de prueba. **24.** Efectos. **25.** Clasificación. **26.** Principios del Derecho de la filiación. **26.1.** Principios que inspiran el Derecho de la filiación en el Perú. **26.1.1.** Protección del especial al hijo (interés superior del niño). **26.1.2.** Unidad de la filiación. **26.1.3.** Cosa juzgada y los procesos de filiación. **26.1.4.** Paternidad socioafectiva vs. paternidad biológica. **26.1.5.** Investigación de la paternidad. **26.1.6.** Medio de realización de la persona humana. **26.1.7.** Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria. **26.2.** Principios del Derecho de la filiación el Derecho comparado. **26.2.1.** Da Costa Pimenta. **26.2.2.** Pereira Coelho y De Oliveira. **26.2.3.** Rueda Esteban. **III.** Vínculo jurídico paternofilial. **27.** Generalidades. **28.** Definición. **29.** Derechos subjetivos paterno filiales. **29.1.** Derechos del padre. **29.2.** Deberes del padre. **29.3.** Derechos del hijo. **29.3.1.** Obligaciones del hijo. **29.4.** Tipos. **30.** Los nuevos derechos de la persona y la filiación. **30.1.** Derecho a la identidad. **30.1.1.** Identidad filiatoria. **30.1.2.** Derecho a la identidad genética. **30.2.** Derecho a la investigación de la paternidad. **30.3.** Derecho a conocer el propio origen biológico. **30.3.1.** Derecho a saber y derecho a no saber. **30.4.** Derecho al planeamiento de la filiación. **31.** Instituciones afines a la filiación. **31.1.** Hijo alimentista. **31.1.1.** Base legal. **31.1.2.** Usos. **31.1.3.** Legitimación. **31.1.4.** Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria. **31.1.5.** Eximencia. **31.2.** Prohijamiento. **31.3.** Tutela. **31.4.** Guarda. **31.5.** Colocación familiar. **31.6.** Prohijamiento.

I. FILIACIÓN

1. Introducción

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción)[128].

(128) Rubio Correa alineándose con la teoría de la voluntad procreacional, sostiene que existen tres formas de producir la relación paternofilial para el Derecho: 1) Como regla general, la consanguinidad, 2) la adopción

La más relevante relación de parentesco existente en la ciencia jurídica es la establecida entre el padre/madre e hijo[129]. Dentro de las múltiples relaciones parentales, dada la proximidad de vínculo y sólida afectividad recurrente, la filiación es la principal, evidenciando el ligamen paternofilial. Importante y de mayor jerarquía, la filiación genera la relación jurídica más trascedente de la persona en torno a la cual, descendiente y ascendiente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias legales.

Todos, al menos es lo común hasta nuestros días, tenemos un padre y una madre. La filiación existe en todos los individuos, siempre y fatalmente se es hijo de un padre y una madre, como ley biológica inexorable[130]. El acto de engendramiento genera vínculos y responsabilidades que se concretan en la filiación la cual surge desde la concepción y se proyecta hasta después de la muerte del sujeto.

2. Generalidades

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad.

La filiación en *sentido genérico* es la relación que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en *sentido estricto*, aquella que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de Derecho entrambos.

La institución de la familia descansa en el orden jurídico del matrimonio (o unión estable), la filiación y la patria potestad[131]. Al igual que el matrimonio, la filiación es sinónimo de familia al ser una de sus principales fuentes de generación, diríamos la naturalmente más trascendental en cumplimiento del mandato bíblico "creced y multiplicaos" (Génesis 1, 28). No obstante, hay quienes la consideran la primordial fuente de la familia tomando en cuenta que es el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos que, por su particular relevancia, toma el nombre de filiación[132].

---

y, 3) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él (Vide RUBIO CORREA, Marcial. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio*. Biblioteca de Derecho contemporáneo, Vol. 2, Fondo editorial de la Pontificia Universidad de Católica del Perú, Lima, 1996, pp. 45 y 46).

(129) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 541.

(130) RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador): *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV- Familia, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2001, p. 505.

(131) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho civil*. 2ª edición, Porrua, México, 1994, p. 231.

(132) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. Ob. cit., p. 639.

3. Filiación y parentesco

Es el linaje, estirpe, prosapia, casta que desde el contexto biológico es llevada al campo del Derecho. Es la juridificación de la descendencia.

La generación de vida es la principal actividad del hombre. Aquel que puede realizarla se inmortaliza trascendiendo sus genes y nombre. La filiación es un estado de familia asignado por ley que goza la persona como consecuencia directa de la procreación. Por esta surge un nuevo sujeto de derecho que se relaciona con sus progenitores, con los demás individuos y con el Estado(133).

Origina una relación especial entre procreantes y procreado lo que significa que hay una particular actividad legal derivada de tal cualidad, hay deberes y derechos que se refieren a ella, como afirma claramente Cicu(134).

A decir de Méndez Costa "es un estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"(135). Uno y otro están ligados por una relación de parentesco, de parentesco consanguíneo en línea recta descendente del primer grado. Esta relación, inmediata del hijo respecto de su padre o madre, es la de mayor jerarquía dentro del parentesco(136). Para Farias y Rosenvald la filiación es la realización del parentesco establecido entre personas que están en primer grado, en línea recta entre una persona y aquellos que ha generado o aquellos que acogen al menor, con base en el afecto y la solidaridad, anhelando el desenvolvimiento de la personalidad y realización personal(137). Dice Puig Peña que la filiación representa un estado, es decir "una posición especial ante el orden jurídico, integrada por un complejo de relaciones de Derecho entre procreantes y procreados; un entrecruce de facultades y obligaciones entre estos y el resto del grupo familiar amplio, y, sobre todo, una configuración especialísima del individuo ante la sociedad y la ley"(138).

(133) La familia que da contenido al vínculo filial, al nexo histórico con la nación de origen y su permanencia (LA ROSA LA ROSA, Carlos Abdon. *La nacionalidad histórico filial. Nueva concepción ideológica de la nación*. 2ª edición, Lima, noviembre, 1977, s/e, p. 87). La nacionalidad deriva de la filiación del *ius sanguinis.*

(134) CICU, Antonio. *La filiación*. 1ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 16.

(135) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe - Argentina, 1986, p. 13. También en MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 9.

(136) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación.* Ob. cit., p. 13.

(137) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.

(138) PUIG PEÑA, Federico. "Filiación". En: MASCAREÑAS, Carlos. *Nueva enciclopedia jurídica*. Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 801.

Desde el punto de origen parental, la filiación es la relación de parentesco consanguíneo, en primer grado en línea recta que liga a una persona con aquellas que las generan o que la recibirán como si la hubieran generado(139) (140).

4. Antecedentes históricos

Paz Espinoza(141) enseña que la filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos.

En Roma, la prole fue considerada como un favor de los dioses. Su carencia, un castigo. Sobre la base de un criterio religioso, con la perpetuación de la prole se procuraba que más y más personas rindiesen culto a sus antepasados. La procreación fue símbolo de fertilidad y de fortaleza de las creencias. Los infértiles, impotentes y desganados sexuales, encontraron en la adopción el remedio social para seguir con las tradiciones asumiendo el rol de padres.

Tanto el matrimonio *cum manu* como el *sine manu* tuvieron como fuentes la legitimidad. El matrimonio concedía un estatus matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así también el adoptivo. Los tres eran iguales. El ilegítimo, era natural o no natural, dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave –moral y éticamente– era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestusos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legítimos.

Antes la filiación fue legítima e ilegítima. Luego matrimonial y extramatrimonial, hasta hoy. La tendencia es identificar los derechos de los hijos sin importar su origen. Se es hijo independientemente de la forma, circunstancia y medio en que fue procreado.

5. Etimología

Del lat. *filiatĭo, -ōnis*

Filiación del latín: filiatio, procedencia, origen. De allí deriva *filĭus*, hijo.

El verbo es filiar. Y filiación implica un sustantivo.

(139) RODRÍGUEZ, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. Volumen 6, 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 322.
(140) DINIZ, María Elena. Ob. cit., p. 372.
(141) PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de familia y sus instituciones*, 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002, p. 317.

6. Concepto

Entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre.

Dice Pecorella[142] que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea a favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos[143], razón por la cual la filiación fue prima facie como un hecho biológico[144] o biogenético[145] derivado del engendramiento. Es un hecho natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente[146]. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber sido determinado legalmente[147]. Es un hecho y relación jurídicamente relevante[148].

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. A decir de Galindo Garfias: "La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura sociojurídica es un complejo de factores sicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc."[149].

De la procreación deriva la filiación que implica el emparentamiento genealógico entre dos personas y el vínculo jurídico paternofilial.

Procreación	Genealogía	Derecho
Procreante	Ascendente	Padre
Procreado	Descendente	Hijo
Filiación	Parentesco	Relación jurídica

(142) PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 449.
(143) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 23.
(144) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.
(145) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 638.
(146) CICU, Antonio. Ob. cit., p. 16.
(147) RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 505.
(148) TRIMARCHI, Vicenzo Michele. (Voz) "Filiazione legittima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 456.
(149) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 221.

Dice claramente Mizrahi(150) que el concepto de la filiación debe *comprender* las distintas especies o subespecies de filiación existentes y, asimismo, *excluir* situaciones fácticas que no integran propiamente la filiación como categoría jurídica. Sin embargo, la cuestión no resulta sencilla. Solo es posible esbozar un concepto amplio y restringido de filiación desde tres perspectivas distintas como construye el citado autor. Veámosla con este cuadro:

Tres perspectivas en torno al concepto de filiación			
Filiación	**Descendencia en línea directa y filiación**	**Filiación y mera procreación biológica**	**Filiación por naturaleza, filiación adoptiva y fecundación asistida**
En sentido amplio Natural o corriente	Toda descendencia en línea directa, comprensiva de la serie de intermediarios o anillos de la cadena que vinculan a una persona con cualquiera de sus antepasados.	Incluye la mera procreación biológica aunque no haya trascendido al campo jurídico. Parte de la simple generación. Llamada "filiación de hecho" o "filiación meramente "biológica" para destacar su distinción con aquella otra en que se ha anudado el vínculo legal.	
En sentido restringido Limitada o nuclear	Limitado a la relación de un hijo con su padre / madre (progenitores inmediatos) en tanto exista coincidencia entre vínculo jurídico y relación biológica.	Relación jurídica entre el padre / madre e hijo tras un emplazamiento filial. No hay filiación sin una declaración de la ley que así lo determine.	Abarca solo la "biológica", llamada "por naturaleza". Relación "que une a procreantes y procreados". Constituye el prototipo de filiación, y a ella se hace referencia cuando se habla de filiación, sin más.

La filiación comprende aquella derivada del sustento biológico tradicional (procreación) o el voluntario (adopción o técnicas de procreación asistida). La primera con contenido biológico, la segunda ausente de biologicidad generativa pero construida sobre la base de la voluntad y el afecto.

(150) MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: *La Ley*, 2002-B, p. 1198.

7. Denominación

Paternidad, como ab initio fue conocida, en mérito del fiel reflejo de la jerarquía y hegomnía del padre sobre la familia. *Pater maximus est.* V*atershaft*, para los alemanes, *paternità* para los italianos, *paternity*, para el sistema anglosajón.

Luego pasa a su denominación actual, filiación, prestando atención directa a la figura del *filius*, hijo, *filiation* para los alemanes, *filiazione* para los italianos y *filiation*, para el sistema anglosajón.

A decir de Mizrahi(151) la actual denominación obedece a que el acento está puesto en el hijo, tomando en cuenta que lo que está en juego es su ubicación en la relación con los padres. En el mismo sentido Azpiri cuando nos dice que el "acento está puesto en el hijo –de allí el nombre filiación– y no el de los padres, ya que lo que está en juego es la ubicación de este hijo en su relación con aquellos"(152). Más cerca está de los hijos que de los padres. La imposición del vocablo *filiación* guarda correlación con la salida del niño del anonimato medieval y la ocupación por este de un nuevo espacio a partir de los siglos XVII y XVIII. Es el comienzo de una época en que la moderna familia nuclear se reorganiza en torno a los hijos –*Puerocentrismo* o *filocentrismo*– y concentra en ellos todas sus energías; cuando tiene lugar, en suma, el nuevo discurso sobre el niño y el florecimiento del sentimiento de la infancia. Se trata de un proceso que, a nivel normativo, alcanza su mayor esplendor en el siglo XX llamado el *siglo de los niños*(153).

Si nos centramos en la forma, mejor sería llamarla *generación*, término más moderno y amplio que no incluye a los actores de la filiación sino que centra su acepción al acto generador de la relación. Modernamente no se habla de padre / madre / hijo, se habla de *relación filiatoria*.

Antes, con el Código del 52 en su Sección IV la terminología utilizada es Paternidad (a punto de no haber referencias acerca de la impugnación ni declaración de la maternidad), siendo solo nueve artículos que utilizan la palabra filiación(154). Es a partir del Código del 36 que empieza a utilizarse el término filiación.

8. Definición

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Filiación (...) 2. f. Procedencia de los hijos respecto a los padres.

(151) Ibídem. Cit. AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 21.

(152) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 27.

(153) MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: *La Ley*. 2002-B, p. 1198. Cit. AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 21.

(154) Artículos 224, 227, 228-2, 229, 231, 233, 240, 241 y 270, Código Civil de 1852.

Las definiciones por demás variadas podemos agruparlas de acuerdo a su naturaleza de vínculo, estado, relación o hecho.

8.1. Como vínculo

Cornu sostiene que es el vínculo entre un niño y su padre o su madre: respecto del padre tiene la filiación paterna o paternidad y de la madre, la filiación materna o maternidad(155). Schmidt y Veloso, complementan, que la filiación "constituye un vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el Derecho contempla, porque de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida (...) casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero"(156). Para Mizrahi(157) es aquel vínculo legal que se entabla entre dos personas, calificadas por la ley como padre o madre, en un extremo, e hijo o hija, en el otro; teniendo lugar, en consecuencia, las llamadas filiación paterna y/o materna.

Bien dice Galindo Garfias que: "La filiación es el *presupuesto* jurídico necesario, la *conditio sine qua non* para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra. Es también el elemento previo indispensable para conocer el estado civil de esa persona como miembro de determinada familia"(158).

8.2. Como estado de familia

Méndez Costa la define como "el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado"(159). Igual para Cicu quien dice que es el estado cuya característica es "que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres"(160).

8.3. Como relación

Planiol y Rippert(161) dicen que es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. López del Carril refiere que es "la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la

(155) CORNU, Gerard. *Droit civil. La famille*. 9ª edición, Montchrestien, París, 2006, p. 323.
(156) SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La filiación en el nuevo Derecho de familia*. Jurídica Cono Sur Ltda., Chile, 2001, p. 81.
(157) MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: Ob. cit.
(158) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 221.
(159) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Ob. cit., p. 13.
(160) CICU, Antonio. *La filiación*. Ob. cit., p. 18.
(161) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, Nº 1280, París, 1948, p. 454.

madre que lo alumbró"[162]. Díez-Picazo y Gullón[163] señalan que la relación de filiación se establece entre personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos. Partiendo que la procreación es obra del padre y de la madre, Espín Cánovas, manifiesta que la filiación es aquella "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera"[164].

De la mano con lo biológico y procreático Pontes de Miranda nos dice que "la relación que el hecho de la procreación establece entre dos personas, una de las cuales es nacida de otra, llamada *paternidad*, o *maternidad*, cuando es considerada respecto del padre, o de la madre, es *filiación*, respecto del hijo con cualquiera de los genitores"[165]. Para Eduardo Zannoni la filiación sintetiza "el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia"[166].

8.4. Hecho biológico

Desde un contenido más biológico tenemos a Doménico Barbero quien dice que la "filiación es, ante todo, *el hecho* de la generación por nacimiento de una persona, llamada *hijo*, de otras dos personas, a quienes se llama *progenitores*"[167]. Para Luis Robo "es la determinación, con efectos jurídicos, de la procedencia de una persona respecto a sus progenitores. Dichos efectos se proyectan en la esfera moral y en la esfera patrimonial"[168] mientras que Díez-Picazo y Gullón es "la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otras por progenitores suyos y a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo"[169]. De allí que Soto la Madrid diga que "la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación"[170].

La forma más común de definir a la filiación es la que nos ofrece Azpiri como aquel vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y

(162) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 11.
(163) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. T. IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 1992, p. 247.
(164) ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. 7ª edición, Vol. IV, Revista de Derecho Privado, 1982, p. 338.
(165) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 45.
(166) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. 2ª edición, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 283.
(167) BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. T. II, EJEA, Buenos Aires, 1967, p. 105.
(168) RIBO DURÁN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch, Barcelona, 1987, p. 285.
(169) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.
(170) SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 72.

con la mujer que lo alumbró[171] o que la filiación es la relación biológica que une al procreante con el procreado[172].

8.5. Posición nacional

La doctrina tradicional regentada por Cornejo Chávez la considera como la relación parental más importante[173], en la doctrina moderna Arias-Schreiber dijo que la filiación es la más importante relación de parentesco que, partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos[174].

En una definición contemporánea de la filiación no le es aplicable contenidos biológicos o procreáticos. La filiación, como lazo primario de familia, está sustentada en el afecto existente entre el hijo y su padre del cual se derivan las responsabilidades y la denominada relación jurídica paternofilial. Debemos tender a lo social más que a lo biológico. Si ambos dos coinciden enhorabuena.

9. Características

Aquello que distingue y diferencia a la filiación lo tenemos representado en:

9.1. Única

Tengo solo un padre y una madre. Uno de cada uno salvo, claro está, los casos de filiación homoparental en los que puede tenerse compadres (p^2) o comadres (m^2). Ninguna persona, nadie, puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación[175]. En el caso de la adopción, revertida esta por el hijo adoptivo (art. 385), readquirirá su filiación anterior, i.e. la filiación primigenia queda latente hasta que caduque el derecho de negar la adoptiva.

9.2. Construcción cultural - afectividad

Como dice Lôbo la filiación es una construcción cultural, resultante de la convivencia familiar y de la afectividad, el Derecho la considera un fenómeno socioafectivo, incluido el origen biológico que antes tenía la exclusividad[176].

---

(171) AZPIRI, Jorge Osvaldo. "Filiación". En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 361.

(172) RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 492.

(173) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, Tomo II, Lima, Studium, 1987, p. 11.

(174) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis*. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 11.

(175) AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial". En: *Revista de Familia y las Personas*. La Ley, julio de 2012, p. 115 en adelante.

(176) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

La presencia y fuerza de la filiación no es exclusiva de la relación biológica padre/hijo. La filiación no es superficial ni cutánea, es profunda y medular. La relación humana vinculante con la filiación está impregnada de amor, consecuentemente lo está –también– la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el Derecho y la vida(177). Amor, procreación, amor, filiación, amor. Para procrear necesito amor, para asumir un hijo necesito amor, para ejercer como padre necesito amor. *Where there is love, those are ties that bind* (Donde hay amor, esos son los lazos que unen)(178). Tendemos más a las relaciones sentimentales que a las genésicas. El nuevo orden filiatorio, centrado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República (dignidad, igualdad, libertad y solidaridad social) implica *funcionalizar* la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos), *despatrimonializando* el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de *prohibir discriminaciones* como forma promocional del ser humano(179).

Diogo Leite de Campos(180) la filiación origina la facultad de toda persona de ser reconocida "de realizarse como humano; de conseguir su felicidad". Para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de la generación biológica del hijo; para que se efectivice la *relación filiatoria no es preciso haber trasmitido la carga genética* pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad) (181).

9.3. Vínculo jurídico

Un vínculo, nexo, lazo que une a dos personas, el hijo y el padre. Como dice Krasnow(182) es el vínculo entre padres e hijos cuando se traslada al plano jurídico. De este vínculo emergen consideraciones legales que trascienden en sus integrantes comprometiéndoles entre y para sí. Cicu(183) nos habla de estado de filiación como aquel que se tiene en mérito de la existencia de un vínculo de familia.

(177) MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Porrúa, México, 1988, p. 441.
(178) Mrs. Doubtfire, Memorables quotes. Cit. WELSTEAD, Mary; EDWARDS, Susan. *Family Law*. Oxford University Press, New York, 2006, p.163.
(179) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 546.
(180) LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direito da Familía e das Sucesiones*. 2ª edición, Del Rey, Belo Horizonte, 1997, p. 131. Cit. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.
(181) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 542.
(182) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 7.
(183) CICU, Antonio. Ob. cit., p. 18.

9.4. Unitaria

La unidad de la filiación implica igualdad y equiparidad en el régimen de los derechos y obligaciones entre padres e hijos. La filiación es una independientemente del estado civil de los progenitores, casados o solteros, la procreación no afecta a la descendencia. Con base en el principio de unidad ya no se califica las categorías de la filiación. Como dicen Lira y Carvalho: "O paradigma atual, alicerçado na dignidade da pessoa humana de qualquer integrante da família (seja qual for sua origem e formação), na solidariedade, na convivência familiar, na afetividade, na liberdade e, sobretudo, na igualdade, preconiza a total ausência de distinção entre filiação de origem natural ou adotiva, com ou sem semelhança da identidade genética"(184).

Ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación (art. 558, último párrafo, Proyecto de Código Civil argentino, 2012).

9.5. Orden público

En mérito de la trascendencia de las relaciones paterno filiales las normas que la reglamentan son de orden público lo que implica que no puedan ser susceptibles de modificación. La estructura de la filiación influye en una serie de datos de orden social, cultural, económico, etc., las cuestiones relativas a la filiación no se agotan en el interés privado, trascienden al interés público(185) de allí que sus relaciones sean exigibles coercitivamente y no puedan ser pactadas o limitadas por mera voluntad de las partes.

9.6. Inextinguible e imprescriptible

Se prolonga en el tiempo y trasciende a la voluntad de los sujetos.

De Farias y Rosenvald(186) justifican tres razones, *primus*, en razón de su carácter declarativo limitando la afirmación a la existencia de una relación jurídica, *secundus*, por tratarse de una acción de estado no puede someterse a un plazo extintivo, *tertius*, con mayor razón y vigor, por envolver un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, no puede estar sometido a un plazo para su ejercicio.

(184) LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família". En: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347> Acesso em: 9 ago. 2012.

(185) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, México, Porrúa, 1994, p. 221.

(186) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición. Ob. cit., p. 619.

9.7. Estado civil

Posición de una persona dentro de una familia y en la sociedad. La filiación es consubstancial al concepto *persona,* es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

De allí que se diga que la filiación implica un triple estado:

- *Estado jurídico*. Asignado por la ley a una persona y deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra.
- *Estado social*. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas y trasciende en la sociedad.
- *Estado civil*. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Suárez Franco da especial énfasis a la filiación como estado sosteniendo que: "Es un estado social en cuanto se tiene a otro u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina la capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones"[187].

Ripert y Bounlanger[188] nos dice que el *estado de filiación* es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo, así como el *estado de familia* es la posición que ocupa un individuo como miembro de esta lo que nos lleva a establecer que la filiación es un *locus familiae.*

La filiación es un estado jurídico, situación distinta de lo que sucede con la concepción, el embarazo y el nacimiento que son hechos jurídicos[189].

10. Naturaleza jurídica

La doctrina se ha dividido en varias corrientes dirigidas a encontrar la esencia de la filiación. Entre ellas tenemos:

10.1. Derecho

La filiación es básicamente un derecho, el derecho de filiación. Para García Sarmiento es "(...) el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia (...) El derecho de filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos, y recíprocamente

(187) SUÁREZ FRANCO, Roberto. Ob. cit., p. 4.
(188) RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, vol. I, El estado de las personas, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1956, p. 465.
(189) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 639.

que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto el contenido que funcionaliza su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y la maternidad (...)"[190].

10.2. Relación jurídica

La filiación es un concepto relacional, como sostiene Lôbo "es la relación de parentesco que se establece entre dos personas, una de las cuales es nacida de la otra, o adoptada, o vinculada mediante posesión de filiación o por la concepción derivada de inseminación artificial heteróloga"[191]. Podemos identificar, según el autor citado, cuatro formas de establecer el parentesco filial: (i) nacimiento, (ii) adopción, (iii) posesión de estado y, (iv) concepción asistida.

La doctrina iltaliana nos habla del *rapporto giuridico di filiazione*, entre ellos Trimarchi[192] quien considera que la relación jurídica de filiación tiene como fundamento el vínculo de sangre normalmente enriquecido con la existencia de un matrimonio entre los progenitores del hijo o en el simple vínculo civil. Así también, Cifro y Pezzana[193] admiten que es una relación jurídica entre el nacido y los progenitores, relación con base en la cual el primero se considera hijo del segundo.

Existente entre un padre y su hijo, o una madre y su hijo, se caracteriza por ser *bilateral* o, como también se dice, bipolar, de doble entronque (progenitor-progenitura; ascendiente, descendiente; padre, hijo). Esta es la regla biológica que no necesariamente coincide con la jurídica. El hijo puede tener una maternidad y su correspondiente paternidad o, solo una de ellas, lo que genera las acciones para su determinación. Plácido Vilcachagua[194] dice, sin certeza ni confianza plena, que se trata de una relación inmediata entre el padre o madre con el hijo.

10.3. Atributo de la personalidad

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 (derecho a conocer su propio origen biológico) no solo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

(190) GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *Elementos de Derecho de Familia*. Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999, p. 67.
(191) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.
(192) TRIMARCHI, Vicenzo Michele. (Voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 457.
(193) CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 475.
(194) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2003, p. 81.

Es un medio que permite diferenciar e identificar a las personas.

10.4. Vínculo jurídico

Según Gusmão se trata de un vínculo jurídico natural que une a una persona con quienes las generaron(195). Para Mizrahi(196) es el vínculo legal entre dos personas (padre o madre / hijo o hija). Azpiri(197) especifica que se trata de un vínculo familiar. Krasnow nos dice que la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también, puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción(198) o filiación por asimilación) . Un estado legal *inter partes* con el consiguiente "entrecruce de derechos y obligaciones (...)"(199).

10.5. Acto jurídico / hecho jurídico

En la doctrina italiana Trimarchi, considera a la filiación –aparte de su caráter de relación– como un hecho jurídico relevante(200) mientas Crifó y Pezzana, asumen que es hecho natural productor de numerosos efectos jurídicos(201).

Soto Lamadrid indica que "la filiación, como categoría jurídica, es más que un hecho jurídico, es un acto jurídico familiar, porque *el surgimiento de la filiación no existe hasta que haya una manifestación de voluntad del reconociente,* y solo a falta de tal voluntad, surge la declaración judicial que atribuye, ahora sí, las consecuencias de lo biológico"(202).

11. Importancia

La procedencia de los hijos respecto de sus padres es per se la relación humana más significativa. De las instituciones del Derecho de familia, la filiación tiene relevante importancia tomando en cuenta la responsabilidad que se genera con la procreación es única, básicamente en los primeros años que exigen una

(195) GUSMÃO, Paulo Dourado de. Ob. cit., p. 282. SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo V. Ob. cit., p. 487 quien cita a la vez a BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de familia*. 8ª edición, tomo 2, Buenos Aires, 2008, p. 345, parágrafo 439; PIERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*. Tomo II, Buenos Aires, 2006, p. 1300.

(196) MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., 1198.

(197) AZPIRI, Jorge. "Filiación". En: Ob. cit., p. 361.

(198) KRASNOW, Adriana N. *Pruebas biológicas y filiación*. UNR Editora, Rosario, 1996, p. 49 y ss.

(199) PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. T. II, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, p. 3.

(200) TRIMARCHI, Vicenzo Michele. (Voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., pp. 458-461.

(201) CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (Voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 475.

(202) SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Ob. cit., pp. 68 y 69.

permanente atención del hijo hasta que alcance el desarrollo que le permita integrarse en la sociedad[203].

Su incidencia se manifiesta en la familia, en la sociedad y el Estado. El Derecho le presta especial importancia en su regulación (civil, penal, administrativa) con la finalidad de concretar la relación paternofilial. La determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos y obligaciones, básicamente de deberes de *obsequium* e *pietas*[204] (cumplimiento de los deberes para con los suyos).

De la filiación emanan relaciones jurídicas y es elemento indispensable para establecer instituciones de orden familiar de trascendencia.

12. Clasificación

Existen dos tipos de filiaciones, por naturaleza o por adopción (como lo conceptualizan Códigos como el de Argentina, Cataluña y España), la primera se delimita, según su contexto, en matrimonial y extramatrimonial. Al igual que la reciente ley chilena sobre el nuevo estatuto de la filiación, N° 19.585, solo se reconoce *hijos*, todos ellos iguales ante la ley, independientemente de las circunstancias de su nacimiento o concepción, por lo que se hablará no de "hijos extramatrimoniales" sino de filiación extramatrimonial, o matrimonial, llegado el caso.

A lo largo de la historia del Derecho se han realizado distintas clasificaciones de los hijos. La principal razón de su existencia fue establecer diferentes categorías sociales, diferenciación que permitió durante mucho tiempo, desde el punto de vista jurídico, efectuar una discriminación tajante entre las categorías de hijo[205]. Suprimidas las calificaciones de antaño, la distinción según que el nacimiento se produzca o no en el marco de la institución matrimonial reviste importancia a fin de considerar bajo qué criterios se determinará, *in limine*, la atribución paternal, sea legal (presunciones), negocial (reconocimiento) o judicial (acciones de filiación). El movimiento reformista de la filiación se ha desenvuelto en torno a un elemento decisivo, la igualdad intrínseca de todos los hombres, traducida en las múltiples manifestaciones de la vida social y en la posibilidad de la comprobación científica de la relación materno-paterno-filial. La recepción de la unidad de filiación aparece a nivel internacional, constitucional e interno[206]. Ha sido consagrada en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos las que no admiten distinciones excepciones o discriminaciones con motivo de nacimiento, y garantiza a todos los niños, nacidos dentro o fuera del

(203) MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Ob. cit., p. 441.
(204) PECORELLA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 450.
(205) AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 376.
(206) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 13.

matrimonio, igual derecho a la protección social. Lo que ha determinado su incorporación a nivel constitucional.

Se observa en la actualidad un cambio notable. Las modernas legislaciones han abandonado las calificaciones de *hijo* para discutir las calificaciones de *padre / madre* (gestante, genético o biológico, volitivo o por elección, etc.) conforme su grado de participación en el proceso procreativo. Esta situación puede originarse de los choques entre la realidad biológica y la voluntad procreacional, distinguiéndose las intenciones de "solidaridad", lo que viene complejizándose con las técnicas de procreación asistida (ovodonación, embriodonación, maternidad subrogada, entre otros).

Son dos las categorías según la clasificación tradicional:

- Filiación por naturaleza, procreación
- Filiación adoptiva, voluntad

A estas se suma la:

- Filiación derivada de la aplicación de los distintos métodos de procreación asistida

En este orden de ideas tenemos que son tres las categorías:

- Filiación por naturaleza
- Filiación adoptiva
- Filiación derivada de la aplicación de métodos de procreación asistida

Para una presentación más técnica tenemos:

1. Filiación biológica
2. Filiación civil
   a) Filiación por adopción
   b) Filiación derivada de los métodos de procreación asistida.

La filiación, a su vez, se subclasifica, dependiendo de la existencia o no de matrimonio, en:

<table>
<tr><td rowspan="3">Matrimonial</td><td colspan="3">Filiación</td><td rowspan="3">Extramatrimonial</td></tr>
<tr><td>Por naturaleza</td><td>Por adopción</td><td>Por técnicas asistidas</td></tr>
<tr><td colspan="3">Cónyuges - Pareja - Individual</td></tr>
</table>

A su vez existen dos clases de filiación, la matrimonial y la extramatrimonial. Tienen como antecedente y deben su origen al Derecho Romano(207). En efecto, una de las características del Derecho Familiar Romano era el dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él, criterio que prevalece hasta nuestros días para efectos, únicos y exclusivos, de la determinación mas no para la jerarquía filial (que ha sido desplazada por el principio de igualdad, unidad de la filiación).

La tendencia moderna en la doctrina es ya no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. Máximo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por acto jurídico familiar de la adopción). En esta corriente tenemos el Código Civil de Québec que indica en su artículo 522.- Todos los menores cuya filiación esté establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento. Y el artículo 523.- La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor. También el Código Civil de Brasil en su artículo 1.596. *Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*.

13. Elementos

La filiación se compone de los siguientes elementos:

13.1. Sujetos

Son los sujetos de la filiación, el hijo y el padre/madre.

13.1.1. Hijo

Llamado *filius*, prole, vástago. Procreado, generado. Filiado o afiliado. Llamado descendente, filho (portugués), figlio (italiano), son (inglés).

Del latín *filius* (cf. it. "figlio", ct. "fill", fr. "fils", port. "filho") que en castellano sufrió la transformación de "f" en "h" (véase "hablar") y de "l" seguido de una "i" corta en "j"(208).

Es el *sujeto activo de la filiación*. El pariente consanguíneo en línea recta descendente de primer grado. Infancia, *childhood*.

(207) BUENO RINCÓN, Enrique Fabio (*La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 36) relata que es en Roma donde "el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la prole, se procuraba la existencia de seres que rindiesen culto a sus antepasados".

(208) <http://etimologia.wordpress.com/2008/03/04/hijo/> [08/04/2012].

13.1.2. Padre - madre

Llamado *pater, mater.* Progenitor –a, m– padre, generante. Filiante o afiliante. Ascendente. Procreante. Paternidad, *parenthood*. Maternidad, *motherhood.*

Puede ser *inmediato*, el procreante o *mediato*, el padre adoptivo.

Papá, tata. En otros idiomas, Père (francés), pare (dialecto andaluz). Madre, del latín *Mater*, del latín vulgar *matre* (m). Padre, del latín *pater*, que significa patrono, defensor, protector (del mismo se deriva patria).

Es el *sujeto pasivo de la filiación*. Es el pariente consanguíneo en línea recta ascendente de primer grado.

Se divide en:

- *Biological parents*, sustentados en la procreación y en lazos de sangre. Progenitores. Genelogía.
- *Phychological parents*, sustentados en las relaciones emocionales y sicológicas. Padres. Afectividad.

La idea es que ambos coincidan en un padre jurídico o legal.

13.2. Objeto

Podríamos decir que es de donde se deriva, sea natural (procreación) o civil (adopción o asistida) y debe estar reflejada en un título de estado, partida de nacimiento.

13.3. Hechos

Fecundación, concepción, gestación y parto cumplen una función para el establecimiento de la filiación, sea del padre o de la madre(209). Como dice Magallón Ibarra(210) son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y la filiación y es que la procedencia de los hijos no es solo una cuestión que interese a los padres e hijos sino también a la humanidad y al Estado.

Fecundación de la madre más presunción de paternidad es la forma de atribuir la paternidad. Parto, propio de la madre, es un medio de prueba directo, en lo que se refiere al padre mediando matrimonio se le atribuye la calidad de padre al marido.

(209) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Ob. cit., p. 640.
(210) MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Ob. cit., p. 441.

14. Filiación, maternidad y paternidad

Señala Escriche[211] que los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas esto es, aquella la calidad de padre y esta la calidad de hijo. Huc[212] indica que los dos términos paternidad y filiación son correlativos; el uno no se puede concebir sin el otro. La palabra filiación presenta un sentido *in extenso* corresponde no solo a la paternidad sino también a la maternidad. El parentesco reposa sobre el hecho de la filiación. Sostiene, en igual sentido, Mizrahi[213] que filiación, en una punta, y maternidad o paternidad, en la otra, son términos correlativos; de manera que no constituyen cosas distintas sino que tienen una misma sustantividad. En todo caso, la primera expresión implica considerar el vínculo materno-paternofilial desde el emplazamiento del hijo, y la segunda desde la óptica de la madre o del padre. Ambos enfoques, como lo enseña Puig Peña, prefiguran una única relación; son "los dos nombres de las puntas del eje paternofilial" pues se trata de dos ideas que comportan "una relación lógica y necesaria (...) ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre"[214].

De progenitor, que surge de la procreación (filiación biológica) se pasa a ser padre, estatus que establece la ley (filiación legal). Dice Borda que: "Todo el derecho de familia está estructurado en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza; el ayuntamiento de la pareja y la procreación"[215].

La filiación deriva de la procreación. Es nexo causal y se da cuando existe la calidad que una persona tiene de hijo con respecto a otra que es su padre o su madre. A contrario sensu, paternidad o maternidad, la calidad de padre o madre, respectivamente, con relación al hijo. Sin embargo, el término paternidad se utiliza como comprensivo de ambos, confundiendo su valor semántico y naturaleza jurídica.

A pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación[216] a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona.

(211) ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Librería de Ch. Bouret, París, 1884, p. 203.
(212) HUC, Th. *Commentaire theorique et pratique du Code Civil.* Cit. LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *La filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 9.
(213) MIZRAHI, Mauricio Luis. . Ob. cit., p. 1198.
(214) Ídem.
(215) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 252.
(216) SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*". En: *Revista de Derecho Privado*. T. LXXI, Derecho reunidas, Madrid, enero-diciembre, 1987, p. 326.

15. Lo biológico y lo jurídico

Filiación implica descendencia. Relación paternofial, un vínculo jurídico. Lo biológico, la procreación, lo legal su establecimiento o determinación.

Krasnow(217) sostiene que la ley mantiene el criterio vigente a lo largo de la historia de la humanidad, colocar el vínculo de sangre en un lugar preponderante en tanto hecho generador de relaciones intersubjetivas. La procreación biológica nace de una relación entre un hombre y una mujer en el ámbito de lo privado sin intervención de terceros, creándose una vida nueva que es el resultado de la fusión de la historia biológica de sus padres. Producido el nacimiento es necesario para que esta realidad trascienda y se traslade al plano jurídico, el correspondiente emplazamiento en el estado de hijo matrimonial o extramatrimonial.

Mediante la procreación, el hombre y la mujer perpetúan su especie (mandato divino) pero a su vez satisfacen el instinto natural de preservar su nombre, tradiciones, costumbres, idiosincrasia y modos de vida (desarrollo personal). Jurídicamente, la procreación genera un sujeto de derecho al que el ordenamiento le debe la más amplia protección, siendo la primaria el establecer sus vínculos parentales del que surgen los derechos y deberes de los padres para con los hijos.

La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que, el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación(218), constituyendo esta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paternofilial(219). Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción)(220) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada)(221).

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación,

(217) KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*, 2005-A, p. 1458.

(218) VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 154.

(219) Cfr. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado Derecho de familia*. T. I, Tea, Buenos Aires, 1953, p. 18 y ss.

(220) La equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos es parte de la *teoría de la desbiologización de la paternidad*. Vide THEODORO JUNIOR, Humberto. "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil". En: *Revista dos tribunais*. Revista dos tribunais, año 79, Vol. 662, Sao Paulo, diciembre, 1990, p. 14.

(221) Cecilia Grosman siguiendo el esquema de la filiación genética dice que: "en el caso de la inseminación artificial, sea mediante semen del marido o de un tercero, ya no es posible hablar de una presunción de paternidad, porque el responsable de la procreación no surge por inferencia de las relaciones sexuales habidas entre el hombre y la mujer durante la época de la concepción, sino por verificación directa de cual ha sido el semen fecundante. Por lo que no puede aplicarse un esquema ideado para un determinado desarrollo histórico-científico, a una situación originada en otra etapa de la evolución de la ciencia". GROSMAN, Cecilia. *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 101.

el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Se contraponen, hasta cierto punto.

Escapa del Derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Solo puede reconocerlo o impugnarlo, de allí que López del Carril[222] diga que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma. Escribe Kozicki, con similar criterio, que "el padre, entonces es un *lugar lógico* creado por la ley, un juego de presunciones, un montaje de ficciones, una construcción racional (...). El elemento biológico solo resulta relevante si tiene soporte institucional. *Vitam instituere,* decían los romanos. No basta que la sangre nazca, debe ser *instituida*, 'nacer' por segunda vez, a la ley y al poder"[223]. De esta manera, el Derecho frente a la filiación juega un rol mediatriz, estableciendo el lazo jurídico en lo que la naturaleza ha creado.

Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación[224] y el acto jurídico de su prueba. Estos dos presupuestos relacionados a la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas que tienen como regla evidente el hecho que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

No siempre existe, por tanto, una correlación exacta entre la paternidad jurídica y la paternidad biológica aun cuando el Derecho trate de apoyar la primera en la segunda, esforzándose porque ambos conceptos concuerden. La distinción entre la filiación biológica y filiación jurídica es una aplicación de la diferencia conocida entre el Hecho y el Derecho[225].

Fundamenta Díaz de Guijarro[226] que, siempre existen estos dos elementos en el establecimiento del vínculo familiar, el jurídico y el biológico. Lo que debe

(222) LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Ob. cit., p. 14.

(223) KOZICKI, Enrique. "La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el Derecho". En: *La Ley*, tomo 1990-D, p.1195. Asimismo, cita en sustento a Pierre Legendre (Ob. cit., 1197) quien refiere que: "El vínculo de sangre –entendido como relación biológica de la reproducción– no alcanza para producir al sujeto ... la sangre como tal no quiere decir nada. Debe ser instituida para hablar" (*L' inestimable objet de la transmision. Etude sur le principe généalogique en Occident*. París, Fayard, 1985, p.70).

(224) "El hecho de la procreación interesa al Derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella". CICU, Antonio. Ob. cit., p.1.

(225) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. Curso de direito da familia. Vol. II - Direito da filiação, Tomo I - Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 23.

(226) REYES RÍOS, Nelson. "Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad". En: *Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, organizado por la Facultad de Derecho

tomarse en cuenta, en definitiva, es la confrontación de los principios del máximo beneficio y la menor afectación de los hijos.

Es indispensable entender esta distinción básica (chocante y paradójica a simple vista) para comprender el porqué de las diversas normas que rigen este tema y apreciar el desarrollo histórico que la filiación ha sufrido en el Derecho.

16. Clases o grados de paternidad

La paternidad jurídica y biológicamente es una sola, sin embargo, desde la óptica social puede tener varias aristas que tiendan a su establecimiento.

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría) mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engendra). Ser padre no es una imposición, es una labor. El padre no se determina por el criterio de progenitaduría sino por la función social, por el oficio natural - familiar que implica asumir el compromiso y labor de cuidado de los hijos.

Bajo esta orientación María Dolores Vila-Coro[(227)] precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

- *Paternidad plena*

  El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de *padre legal*. Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno filiales. Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

- *Paternidad referencial*

  Es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física pero tiene referencia de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los parámetros de una familia con sus antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.).

  Se puede presentar en dos casos:

  • Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.

---

y Ciencia Política y el Instituto de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima, 1994, p. 149.

(227) VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos*. San Pablo, Madrid, 1997, pp. 77 a 86.

- Aquella que se da por fecundación post mórtem, el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

- *Paternidad social*

  En esta el padre ha engendrado al hijo pero no convive con él. Su relación no tiene efecto legal pero sí contenido emocional ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

- Padre excluido

  Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. La paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno.

II. DERECHO DE LA FILIACIÓN

17. Noción

Analizada la institución queda por plantear el estudio del Derecho que la acoge y recoge.

El Derecho de la filiación está sintetizado en un conjunto de relaciones jurídicas recíprocas(228). Díez-Picazo y Gullón nos dice que "esa inicial realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre los progenitores y los seres procreados por ellos o, dicho de modo más sencillo, entre padres e hijos"(229). La filiación es el hecho real mientras que, por su parte, el derecho de la filiación regula la relación paternofilial.

(228) PAZ ESPINOZA, Félix. Ob. cit., p. 317.
(229) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986, p. 311.

Tiene una estrecha relación con el derecho a la identidad. El derecho a la filiación permite saber acerca de quién es nuestra ascendencia teniendo como piedra basal el derecho a la identidad personal[230].

18. Denominación

Derecho filial, Derecho de la relación paternofilial, Derecho filiatorio.

En general se le conoce como Derecho a la identidad, en especial Derecho de la filiación. El primero es la facultad de saberse y conocerse; el segundo, la doctrina y base legal de la relación paternofilial.

19. Definición

Mizrahi[231] manifiesta que el Derecho de la filiación se refiere al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento –determinación o establecimiento– de las relaciones paterno materno filiales en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza (emergente de la cópula carnal); b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este Derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones.

Para Eduardo Zannoni es el "conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno-materno-filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia"[232].

20. Características

Chaves de Farias y Rosenvald [233] sostienen que el derecho filiatorio infraconstitucional está sometido necesariamente a algunas características fundamentales:

- La filiación tiene que servir a la realización personal y el desenvolvimiento de la persona humana (carácter instrumental del instituto, significando que la filiación sirve para la afirmación de la dignidad del hombre);
- Despatrimonialización de las relaciones paterno filiales (o sea, la transmisión del patrimonio y mero efecto de la filiación, no marcando a su esencia), y;
- La ruptura entre la protección de los hijos y el tipo de relacionamiento vivenciado por los padres.

(230) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley 10/06/2008, p. 1.
(231) MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., p. 1198.
(232) ZANNONI, Eduardo A. Ob. cit., p. 307.
(233) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., pp. 540 y 541.

21. Importancia

La trascendencia del derecho de la filiación se da en el reconocimiento jurídico de la relación padre-hijo. Su tratamiento se centra en la conformación de derechos y obligaciones, facultades y deberes que emergen y entretejen en el vínculo filial.

A diferencia de los restantes institutos que conforman el Derecho de Familia, la filiación y su regulación legal se caracteriza por los permanentes cambios experimentados frente a la presencia de dos variables principales: a) Lo social y, b) Lo biotecnológico. Mientras que la adopción y la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio son consecuencia de los cambios sociales; la incorporación de la prueba biológica y las técnicas de reproducción humana asistida son el resultado de la incidencia de la biotecnología en el ámbito jurídico(234).

Esta situación ha marcado la importancia y actualidad del Derecho de la filiación tomando en cuenta que su (re)adaptación no solo es necesaria sino permanente en honor a la protección de la familia. Y es que, junto con el Derecho matrimonial, representa la esencia de la familia de allí que deba mostrarse y aplicarse de forma amplia y veraz, tomando para sí el medio social y los avances biotecnológicos.

En general el Derecho de familia y, en especial, el Derecho de la filiación deben ser, a decir de Chaves de Farias y Rosenvald, más sensible, abierto y poroso a los nuevos elementos que se descubren en la sociedad (...) un Derecho más real, humano y, por consiguiente, justo(235) a fin de democratizar las relaciones familiares.

22. Contenido

Es la relación jurídico paternofilial.

Díez-Picazo y Gullón dicen que: "El derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares (...) que tienen como *sujetos* a los padres respecto de los hijos y, recíprocamente, que atañen tanto a la *constitución*, *modificación* y *extensión* de la relación, cuanto al *contenido* que atañe a su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y maternidad" (236).

Está conformado y diseñado para plantear la normativa de los derechos y obligaciones que se derivan de la relación jurídica paternofilial.

(234) KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". Ob. cit., p. 1458.
(235) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 540.
(236) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 311.

23. Determinación

La determinación de la filiación es la aseveración legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la *conditio iuris*, la razón esencial y básica que permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de la relación paternofilial. Como dice Famá: "La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) *legal*, cuando resulta establecida por ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho, b) *voluntaria* o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; y c) *judicial*, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida"[237].

Para que surta efectos legales, la filiación debe ser conocida conforme a Derecho, reconociendo una realidad o una voluntad. Como indica Azpiri: "El traspaso de la realidad biológica al plano jurídico puede suceder por acción voluntaria del legitimado para hacerlo, o bien por sentencia que impusiera el emplazamiento filial que era negado por el interesado" [238]. La filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre. La filiación se diferencia en la forma de su determinación, de allí que exista la matrimonial y la extramatrimonial.

23.1. Clases de determinación

La filiación se clasifica, única y exclusivamente, para efectos de su determinación. El Derecho parte de supuestos para sindicar una paternidad, sea que exista o no un matrimonio. Es el casamiento lo que permite determinar *ope legis* la calidad de padre y de hijo; a falta de matrimonio y de voluntad para su establecimiento la filiación debe ser investigada para su correspondiente determinación. Rueda Esteban[239] considera sobre el particular:

- *Filiación matrimonial*, la paternidad y maternidad de establecen simultáneamente. En algunas veces cabe una sin la otra, en los casos específicos de impugnación.
- *Filiación extramatrimonial*, admite la determinación unilateral, *a patre* y *a matre*, que suele ser la regla general, aunque la cabe la determinación conjunta.

Dependiendo de la clase de filiación surge la forma de determinarse, sea:

(237) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 31.
(238) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 28.
(239) RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 505.

- *Extrajudicial,* a través del acto voluntario del reconocimiento o,
- *Judicial,* deriva de un proceso civil a través de una sentencia como modo de determinación de la filiación(240).

23.2. Determinación y medios de prueba

Determinar implica fijar los términos de algo, tender a concretar algo; establecer, delinear, especificar. En lo que respecta a la filiación es generar la relación jurídica entre padres e hijos.

> "El establecimiento o determinación de la filiación es la constatación hecha en forma legal de la identidad de los progenitores de una persona. Medios de prueba son el conjunto de circunstancias fácticas que configuran, acreditan o hacen la certeza de la realidad de unos hechos o actos que son los que servirán de apoyatura para determinar la filiación" (241).

Una cosa es la prueba de la filiación a efectos de determinarla y otra la prueba de una filiación ya determinada.

El primero es un *medio* para determinar la filiación; el segundo, un *título de legitimación* de la filiación(242).

24. Efectos

La filiación genera consecuencias jurídicas que son tratadas y reguladas por el Derecho de la filiación. La *causa iuris* de estos efectos está originariamente en la filiación biológica pero la *conditio iuris* de los mismos es la determinación legal de dicha filiación o, lo que es lo mismo, el hecho jurídico de la filiación(243).

De la filiación derivan las relaciones paterno filiales, i.e. vínculos entre padres e hijos:

- Nombre
- Patria potestad
- Alimentos
- Sucesiones
- Nacionalidad
- Estado civil

(240) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 341.
(241) RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., pp. 504 y 505.
(242) Ibídem, p. 506.
(243) Ibídem, p. 505.

En otras disciplinas tenemos:

- En el ámbito penal la filiación puede variar la pena de un delito, en algunos casos como excusa legal absolutoria, y en otras puede significar una atenuante o una agravante.

25. Clasificación

El Derecho de la filiación puede clasificarse en:

- Sustantivo

  Básico y estructural, es el encargado de regular la relación jurídica paternofilial.

- Adjetivo

  Procedimental, es el encargado de regular los procesos judiciales de determinación.

26. Principios del Derecho de la filiación

La principiología en el Derecho de la filiación es importante. No solo sienta las bases respecto de sus progresivos cambios sino que plantea mecanismos de salvaguarda y protección para quienes son parte de la relación paternofilial, mecanismos inmediatos y efectivos para dar solución a las controversias cuando la ley se torna insuficiente.

El nuevo orden filiatorio, centrado en el garantismo constitucional y los valores fundantes de la República y de la democracia (dignidad, igualdad, libertad y solidaridad) implica *funcionalizar* la filiación a la realización plena de las personas envueltas (padres e hijos), *despatrimonializando* el contenido de las relaciones jurídicas (comprendida de forma mucho más amplia de una simple causa de transmisión de herencia) y de *prohibir discriminaciones* como forma promocional del ser humano(244).

Tomando en cuenta nuestra legislación y los nuevos criterios jurisprudenciales tenemos los siguientes principios:

26.1. Principios que inspiran el Derecho de la filiación en el Perú

De forma genérica la filiación está sustentada en la igualdad (no discriminación), medio de realización de la persona (dignidad) y como un vehículo que afianza los valores existenciales (identidad y despatrimonialización).

Debemos diferenciar: los principios, de la institución, de los derechos que de ella se derivan.

(244) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 546.

De acuerdo al análisis jurídico integral son siete principios que inspiran el Derecho de la filiación peruano. Estos son: (i) Protección del especial al hijo (Interés superior del niño), (ii) Unidad de la filiación, (iii) Cosa juzgada y procesos de filiación, (iv) Paternidad socioafectiva *vs*. paternidad biológica, (v) Investigación de la paternidad, (vi) Medio de realización de la persona humana e, (vii) Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria.

26.1.1. Protección del especial al hijo (interés superior del niño)

Esto se enmarca dentro del propio concepto de la filiación diseñado en torno al hijo, como su protagonista y centro de referencia, de allí su término, consagrando toda una regulación legal acorde, inclusiva y eficaz tendiendo a que cada persona cuenta con una filiación establecida que generen lazos familiares. La filiación es una fuente de familia, la protección de la primera repercute positivamente en la segunda.

La filiación es una institución dirigida a la protección del hijo(245), sobre todo en los últimos tiempos. Partiendo del origen de su étimo *filius*, la filiación gira y se desenvuelve en torno al hijo (entiéndase niño) quien es, finalmente, el que más necesita de su establecimiento en mérito de las relaciones jurídicas surgentes que permitirán el desarrollo. Antes, con el Código del 52 en su Sección IV la terminología utilizada es Paternidad (a punto de no haber referencias acerca de la impugnación ni declaración de la maternidad), siendo solo nueve artículos que utilizan la palabra filiación(246).

Es a partir del Código del 36 que empieza a utilizarse el término filiación.

26.1.2. Unidad de la filiación

La filiación es un concepto único que no admite adjetivaciones ni discriminaciones(247).

Este principio surge como consecuencia de la socialización de las relaciones jurídicas. El Derecho de familia se democratiza, se torna inclusivo, al darse cuenta que no debe ser indiferente ante la diversidad de trato en los hijos.

Este principio se relaciona con la igualdad y la dignidad.

- **Igualdad**

Es equiparidad, similitud, no discriminación.

(245) KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". Ob. cit., p. 1458.
(246) Artículos 224, 227, 228-2, 229, 231, 233, 240, 241 y 270, Código Civil de 1852.
(247) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 192.

El reconocimiento de la filiación es una afirmación a la primacía de los intereses superiores de la persona humana, como verdadero ejercicio de la ciudadanía(248). Ante mis padres, soy hijo; ante el Estado, ciudadano.

- **Dignidad**

La *igualdad substancial*(249) materializa la dignidad de la persona humana quien *in limine* es lo que necesita. Rolf Madaleno(250) considera que dentro de este principio debemos considerar la nueva dimensión social y jurídica, inclusive, la nueva concepción cultural a fin de amparar –al menos por ahora la versión doctrinal y jurisprudencia– la filiación por afección (*afeição*), la denominada filiación socioafectiva, no solo la verdad biológica.

La unidad en la filiación es elemental. Se sustenta (genéricamente) en el respeto y máxima consideración que merece el ser humano y (específicamente) en la igualdad y dignidad que goza el mismo, estableciéndose que el hecho de la generación de vida es uno solo y que, como tal, la filiación presenta la misma característica –Unidad– por lo que los distingos y diferenciaciones se condicen con la esencia propia de esta relación jurídica familiar.

Con la Constitución de 1979 y con el Código de 1984 se produce la equiparación entre las filiaciones, la moderación en las denominaciones y la eliminación de los distingos entre los hijos llamados legítimos, ilegítimos, naturales y no naturales. No es dable referirnos a efectos específicos en cuanto a la filiación matrimonial y menos indicar que existe una extramatrimonial. La idea es crear convergencias, no más divergencias. Puntos coincidentes no asincrónicos. Esto indicaría un trato desigual, discriminatorio, peyorativo, despectivo, contrario a la dignidad de la persona y trascendencia de la institución. Tendemos a la no discriminación de todo o de cualquier tipo de hijo independiente de su origen, primando la igualdad

Muchos países siguieron esta tendencia, incluso, sistemas tan tradicionales como el francés (que prohibió la investigación de la paternidad reduciendo a los hijos a un *nada jurídico* vivendo uma espécie de *limbo existencial*(251)). En efecto,

(248) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 539.

(249) Ibídem, p. 538.

(250) MADALENO, Rolf. Ob. cit., p. 469.

(251) "A família constitucionalizada, portanto, é fruto máximo desse movimento, por apresentar contornos originados, diretamente, dos próprios Direitos humanos. Nunca é demais recordar que o Código Civil de 1916 proibia o reconhecimento de filhos não legítimos e que os mesmos passavam a funcionar como 'nada jurídico', vivendo numa espécie de 'limbo existencial', haja vista que, embora pessoas humanas, não podiam fazer parte do mundo jurídico. Atualmente, ao contrário, temos a possibilidade de reconhecimento de paternidade para filhos oriundos de inseminação artificial heteróloga (por exemplo, a fecundação do gameta da mãe com o gameta de um terceiro que não seja o seu marido ou companheiro), desde que esse marido ou companheiro tenha autorizado expressamente essa manipulação genética". Vide LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. O material humano criopreservado e a filiação

el 4 de marzo de 2002 fueron promulgadas en Francia importantes leyes modificatorias del Código Civil en materia de Derecho de las personas y de la familia; la que nos interesa es la Ley 2002-303 sobre la Autoridad parental y la filiación mediante la que se fortalece el principio de la *igualdad de las filiaciones* reconociendo la semejanza total entre la filiación matrimonial y extramatrimonial. Así, el artículo el 310- 1 dispone: "Todos los hijos cuya filiación ha sido legalmente establecida tienen los mismos derechos y los mismos deberes en sus relaciones con su padre y su madre. Ingresan en la familia de cada uno de ellos". Como consecuencia de ello se reforman diversos artículos del *Code* que hacían referencia a la filiación legítima, suprimiendo esa calificación(252).

La unidad de la filiación es el trato igualitario y plural en cuanto a los efectos independientemente del estado civil de los progenitores. Esto es, "la filiación produce los mismos efectos prescindiendo de la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción o del nacimiento, en cuanto relación paterno-materno-filial"(253).

El hijo, hijo es, más nada. Es un concepto unívoco que trasciende, también, a la filiación. Ni matrimonial, ni extramatrimonial, ni adoptivo, ni civil (menos hijo alimentista) simplemente hijo. Debemos dejar de lado las adjetivaciones como *Exnuptial Children, hijo extramatrimonial (antes ilegítimo o llamado filius millius) "filius millius - related to no-one*"(254).

26.1.3. Cosa juzgada y los procesos de filiación

El proceso de estado de filial, para su eficaz funcionamiento y efectividad, requiere la concreción de normas particulares que se agrupen en un cuerpo orgánico denominado Derecho Procesal Familiar, siendo una de sus principales

tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. Acesso em: 9 ago. 2012).

(252) BELLUSCIO, Augusto César. "Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés. Filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre". En: *La Ley*, Año LXVI, Nº 130, Buenos Aires, 8 de julio de 2002, p. 1. Asimismo, en el sistema sucesoral francés ha sufrido variaciones: "La equiparación sucesoria de los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales responde a la condena que había recibido Francia de la Corte Europea de Derechos Humanos en razón de la desigualdad de los adulterinos, al considerarla contraria al artículo 2, párrafo 1, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que prohíbe las discriminaciones basadas en el nacimiento, y que había determinado que ya algunos tribunales rechazaran la aplicación del artículo 760 por contravenir dicha norma internacional, que conforme al artículo 55 de la Constitución es superior a las de derecho interno y que es directamente aplicable por los jueces". BELLUSCIO, Augusto César. "La reforma del derecho sucesorio en Francia". En: *La Ley*, Año LXVI, Nº 32, Buenos Aires, 14 de febrero de 2002, p. 1.

(253) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., p. 60.

(254) TURNER, Neville. "Family and Succession Law" (Australia). En: *International Encyclopaedia of Law*. Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, January, 1997, p. 111.

características los efectos particulares de la cosa juzgada en materia de filiación, la denominada relativización de la cosa juzgada(255).

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 de uso de todas las pruebas bioaveriguativas. Este es un nuevo supuesto que viene trabajándose en el Derecho comparado. Se ha referido a la supremacía de los intereses de la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal, primero los derechos de la persona y luego los formulismos, llegando a indicarse que la cosa juzgada no puede presentarse como un obstáculo para los procesos de filiación, sobre todo cuando en él se ha llegado a encontrar nuevas pruebas(256). Esta idea de perennidad no es reprochable, solo es una parte de un todo mayor. Existe un interés público en garantizar el emplazamiento filial con el objeto de proteger al hijo en su minoría de edad, asegurando las responsabilidades de sus progenitores(257).

El Tribunal Constitucional(258) ha favorecido la identidad frente al pétreo principio de la cosa juzgada permitiendo reabrir el expediente.

Las reglas ordinarias de la cosa juzgada no pueden ir contra la *Lex Mater*, ni –más importante!– sobre los derechos mínimos de la existencia humana, como es la verdad sobre la paternidad(259). El prestigio de la *verdad real*, como uno de los corolarios del derecho a la identidad, encerró al fenómeno llamado relativización de la cosa juzgada(260) que finalmente se da para garantizar la comprobación de esa autenticidad personal buscada.

---

(255) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 edición rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 360.

(256) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, Lima, Perú, 1999, p. 229.

(257) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. Ob. cit., p. 1.

(258) Exp. Nº 00550-2008-PA/TC. "DILUCIDACIÓN DE LA CONTROVERSIA. ¿Existen razones jurídico constitucionales para considerar que en el caso concreto es atendible priorizar el *derecho a la identidad* y *el interés superior del niño* frente a la inmutabilidad que le asiste a la *cosa juzgada*? O dicho de otro modo: ¿Hay razones jurídico-constitucionales, para que en el presente caso se ampare el derecho del adolescente –que pretende conocer a su progenitor y su apellido– frente al derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior? 17. A juicio de este Tribunal, la respuesta es afirmativa. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido".

(259) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 653.

(260) DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., p. 360.

No obstante ello, existen criterios contrapuestos en el sentido que:

- Si la filiación contradictoria fue establecida en virtud de una sentencia no podrá volverse a rebatir procesalmente una cuestión decidida judicialmente: *non bis in idem*(261), o;
- Debe determinarse que cada situación sea interpretada *est modus in rebús*, con los límites que el caso amerite, de forma que la relativización de la cosa juzgada no sea la regla sino la excepción.

26.1.4. Paternidad socioafectiva vs. paternidad biológica

Socioafectividad es una palabra compuesta, *socio*, de lo colectivo; *afectividad,* derivada del afecto.

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad).

La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, la paternidad se basa modernamente en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmándose el principio de inmodificalidad del estado de filiación(262).

26.1.5. Investigación de la paternidad

En lo que respecta al derecho a la investigación de la paternidad consideramos que ha sido elevado a la categoría de Principio cuando el Estado asume su rol promocional. Aparte de ello, su reconocimiento en el Derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia(263).

(261) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 305.

(262) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley Nº 28457 y la acción intimatoria de paternidad - Socioafectividad y procreación asistida*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo, 2010, pp. 275 y 274.

(263) El Derecho Constitucional comparado reconoce la promoción del derecho a investigar la paternidad (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) y Reconocimiento al derecho a la identidad biológica (Venezuela) o de origen (Buenos Aires –Argentina–). Cfr. mi "La Bioética en las Constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)". En: *Suplemento de La Ley: Actualidad*. Año LXV, N° 207, Buenos Aires, martes 30 de octubre de 2001, p. 4 o "La Bioética en las constituciones del mundo". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica) tomo 100, marzo, 2002.

La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de Familia) y leyes especiales su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de Protección de la familia.

Con el proceso judicial de determinación de la paternidad extramatrimonial(264) se logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona.

26.1.6. Medio de realización de la persona humana

La filiación es un medio de realización personal, funcionalizando su desarrollo y sirviendo para la consagración y dignificación de la persona como un ser familiar, *zoon familiae*.

Farias y Rosenvald consideran certeramente que la filiación es un mecanismo de formación de los núcleos familiares y, por consiguiente, uno de los mecanismos de *realización de la personalidad humana*(265), un instrumento garantizador para su *desenvolvimiento*(266), una forma segura de hablar de realización plena y valorización de la persona humana(267). La eliminación de las fronteras trazadas por el sistema filiatorio clásico abre paso a un Derecho de familia contemporáneo, trayendo consigo la necesidad universal de garantizar el desenvolvimiento de la personalidad humana(268).

Teniéndola, la persona no solo se siente identificada sino integrada en un grupo familiar en el que claramente conoce a sus ascendientes directos, padre y madre. Contar con una filiación implica, más que tener progenitores, el sustento en torno al cual el individuo se va a desarrollar, creciendo al lado de aliados naturales que lo ayudarán, socorrerán y auxiliarán siempre e incondicionalmente.

26.1.7. Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria

La sangre es invariable. Es la relación jurídica, que en torno a ella se establece, la que puede ser variada, cambiada o sustituida.

Como sostiene Mizrahi "a lo que se acaba de desarrollar, se concluye acerca de la imposibilidad de lograr en todos los casos la coincidencia entre el hecho biológico de la procreación y el vínculo jurídico atribuido por la ley. Aquel

(264) Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29281.
(265) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje. Ob. cit., p. 541.
(266) Ibídem, p. 538.
(267) Ibídem, p. 542.
(268) Ibídem, p. 540.

es siempre el mismo –inmutable– pues, como lo precisa Mendez Costa, el hecho biológico no sufre modificación alguna cualquiera haya sido la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo. En cambio, no sucede así con el vínculo jurídico: es por esencia variable dado que está sujeto a una estructura normativa que es diferente en el tiempo y en el espacio; de lo que se deduce que su nota es la mutabilidad"[269]. Sin embargo, muchas veces se persigue con ahínco la inmutabilidad de los estados filiatorios, a veces aun contra la propia voluntad de los interesados. Un caso bastante habitual ocurre con la impugnación de la paternidad matrimonial donde al reconociente se le ha vencido el plazo y no tiene derecho a allanarse a una demanda; la madre y el padre biológico no están legitimados y el hijo es menor de edad. Esta complicación procesal funciona como velo para soslayar la concepción de inmutabilidad familiar que a veces persiste en nuestro derecho[270].

Los genes los llevamos de alguien que nos lo aportó, no podemos renunciar a ellos, son nuestra huella genómica producto del rastro genealógico derivado de la procreación. Es el establecimiento y determinación de la filiación lo que busca lograr coincidencia entre lo bio y lo legal o, en todo caso, derivar una filiación consentida (adopción).

26.2. Principios del Derecho de la filiación el Derecho comparado

Las bases en las que descansa el instituto jurídico de la filiación depende de la cultura jurídica y de las teorías existentes en cada país. Entre ellas tenemos:

26.2.1. Da Costa Pimenta[271]

- Derecho a constituir una familia
- Atribución a los padres del poder-deber de educación de los hijos
- Inseparabilidad de los hijos de sus padres
- Igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en cuanto a la manutención y educación de los hijos
- No discriminación entre los hijos nacidos del casamiento o fuera de el
- Protección de la paternidad y la maternidad
- Protección de la infancia.

(269) MIZRAHI, Mauricio Luis. Ob. cit., p. 1198.
(270) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. Ob. cit., p. 1.
(271) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Coimbra, Portugal, 1986, pp. 9-19.

26.2.2. Pereira Coelho y De Oliveira[272]

Consideran que los principios del Derecho de familia aplicables al derecho de la filiación son:

- Derecho a constituir una familia
- Atribución de los padres del poder-deber de educación de los hijos
- Inseparabilidad de los hijos de sus progenitores
- No discriminación de los hijos nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio
- Protección de la adopción
- Protección de la familia
- Protección de la paternidad y de la maternidad
- Protección de la infancia

A la par de los principios expuestos Pereira Coelho y De Oliveira[273] justifican, además, la referencia de dos principios constitucionales (i) el derecho a la identidad personal y, (ii) el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Asimismo, presenta los denominados *Principios de orden público del derecho de la filiación*[274] como son:

- *El principio de verdad biológica*, a través de este el sistema de establecimiento de la filiación pretende que los vínculos biológicos tengan una traducción jurídica fiel, esto es, pretende que tanto la madre como el padre jurídicamente reconocido sean realmente los progenitores, los padres del hijo[275].
- *El principio de taxatividad de los medios para el establecimiento de la filiación*, esto significa que los vínculos de filiación se establecen a través de los modos previstos por la ley, no se aplica el principio de autonomía de la voluntad que permita negociar el nacimiento de vínculos de maternidad o paternidad, al margen de normas previstas para tal efecto[276].

26.2.3. Rueda Esteban[277]

Nos refiere acerca de tres principios:

- Principio de igualdad, esta igualdad no implica que no existan ciertas clases de filiación, aunque no sea para determinar efectos, sino para identificarlas

(272) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia.* Ob. cit., pp. 49 y 50.
(273) Ibídem, pp. 59 y 51.
(274) Ibídem, pp. 52 a 55.
(275) Ibídem, p. 52.
(276) Ibídem, p. 54.
(277) RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 492.

por su origen (por naturaleza y adopción y dentro de la primera, matrimonial y extramatrimonial)[278] , el otro aspecto de la igualdad de las filiaciones está referido a la determinación de los apellidos (orden de los mismos equiparando la paterna y materna, que no sea primero el del padre, por equiparidad debería o podría estar el de la madre).

- Principio de protección del hijo, relacionado con la patria potestad, la autoridad paterna y sus responsabilidades con la prole.
- Principio de filiación real: la veracidad biológica, primacía de los lazos sanguíneos.

DIVERSAS TEORÍAS ACERCA DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LA FILIACIÓN		
Da Costa Pimenta	**Pereira Coelho y De Oliveira**	**Rueda Esteban**
Derecho a constituir una familia	Derecho a constituir una familia	Igualdad
Atribución a los padres del poder-deber de educación de los hijos	Atribución de los padres del poder-deber de educación de los hijos	Protección del hijo
Inseparabilidad de los hijos de sus padres	Inseparabilidad de los hijos de sus progenitores	Filiación real
Igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en cuanto a la manutención y educación de los hijos	No discriminación de los hijos nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio	
No discriminación entre hijos nacidos de casamiento o fuera de el	Protección de la adopción	
Protección de la paternidad y la maternidad	Protección de la familia	
Protección de la infancia	Protección de la paternidad y de la maternidad	
	Protección de la infancia	

(278) Ibídem, p. 499.

	Principios constitucionales	
	Identidad personal	
	Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad	
	Principios de orden público del derecho de la filiación	
	El principio de verdad biológica	
	El principio de taxatividad de los medios para el establecimiento de la filiación	

II. VÍNCULO JURÍDICO PATERNOFILIAL

27. Generalidades

La filiación es una fuente de poderes, deberes y facultades que atribuye la ley(279).

El hijo es un sujeto de derecho familiar. Correspóndele derechos, personales y patrimoniales, siendo la filiación su fuente. Entre padre e hijo existe una relación jurídica compuesta por derechos de ambas partes, no solo de una –ni una más importante que la otra– ambas en igualdad de condiciones en orden a la democratización de la familia. Atañe a los padres la crianza, educación y cuidado de la persona y bienes de sus hijos y, a estos, las obligaciones de respeto, obediencia, socorro. Todo construido sobre la base del vínculo de sangre, stricto sensu y el afecto, lato sensu.

Del vínculo emanan los derechos y obligaciones que regularán las relaciones paterno filiales. La filiación es un medio o instrumento jurídico de cuya existencia depende la atribución de la responsabilidad del padre y de la madre y que permite a la familia el cumplimiento de su función protectora de la prole(280). De la filiación se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación(281). Sin embargo, se dice, la filia-

(279) GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 232.
(280) Ibídem, p. 233.
(281) RUEDA ESTEBAN, Luis: "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). Ob. cit., p. 505.

ción establece una relación entre padres e hijos que tiene el mismo contenido en términos de derechos y deberes recíprocos[282].

28. Definición

Es la denominada relación paternofilial. Es el nexo, enlace, lazo entre dos personas.

Como refiere Héctor Lafaille: "Esa relación de causa a efecto origina el estado civil de las personas y al mismo tiempo el vínculo que puede ligar a un individuo determinado con el grupo, fuente de todas las ventajas que tal situación comporta, como ser los derechos sucesorios, la prestación de alimentos y otras consecuencias jurídicas"[283]. Para Azpiri: "La filiación como vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró. Se hace referencia al vínculo familiar porque este incluye necesariamente los vínculos biológico y jurídico, por ser aquel presupuesto necesario de este"[284].

Consideramos que el vínculo jurídico paternofilial es la relación entre el hijo y sus padres de la cual emergen derechos subjetivos familiares que afianzan y permiten la realización de los sujetos involucrados.

29. Derechos subjetivos paterno filiales

Los derechos subjetivos paterno filiales permiten la realización del vínculo filiatorio.

Cuando hablamos de la filiación de una persona se hace una referencia a que esta es el centro de imputación de diversos derechos y deberes[285] que, obviamente, derivan de la relación familiar jurídica subjetiva, en este caso del vínculo jurídico paternofilial.

La filiación surge del parentesco. La patria potestad de la filiación. A través de esta doble estructura –filiación / patria potestad– se componen los derechos subjetivos de los padres e hijos y expresa que la posición jurídica de los progenitores con respecto del hijo es compleja y en ella se encuentra la potestad[286]. Filiación y patria potestad de la mano van aunque son instituciones con contenidos especiales.

Los derechos subjetivos familiares llevan implícitos deberes y obligaciones. No son atributos independientes ni autónomos sino que, por el contrario, se complementan. Cada derecho lleva en sí su correlato, una exigencia a la otra parte.

(282) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, Roma, E. Laterza, 2005, p. 234.
(283) LAFAILLE, Héctor. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 302.
(284) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 26.
(285) Ibídem, p. 27.
(286) TRIMARCHI, Vicenzo Michele, (voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 457.

29.1. Derechos del padre

El derecho de la filiación contiene a la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y los deberes - derechos asistenciales en general(287), a decir de Pelosi(288) es un oficio de derecho privado.

Son derechos del padre (art. 423):

- A reconocer a sus hijos
- A ejercer la patria potestad
- Administrar los bienes del hijo
- Aprovechar de los servicios de sus hijos (según edad y condición y sin perjudicar su educación).
- Administrar y usufructuar los bienes de sus hijos.
- Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

29.2. Deberes del padre

Como dice la Lasarte(289), dadas las características del ser humano (posiblemente uno de los desvalidos en el momento del nacimiento) la relación paternofilial se desenvuelva en sentido unidireccional, remarcando que la filiación genera, ante todo, obligaciones a cargo de los progenitores(290). Es el padre quien asume la responsabilidad y cuidado de la descendencia.

Son deberes del padre (art. 423):

- Proveer el sostenimiento y educación de los hijos.
- Dirigir el proceso educativo y capacitación de los hijos para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- Corregir moderadamente a los hijos, y cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.
- Representar a los hijos en los actos de la vida civil.

29.3. Derechos del hijo

El hijo es el beneficiario directo de la filiación y le corresponden derechos inherentes a su calidad que le permiten su desarrollo e integración en la familia y en la sociedad.

---

(287) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. Ob. cit., p. 311.
(288) PELOSI. *La patria potestad*. Milano, 1965, p. 58. Cit. TRIMARCHI, Vicenzo Michele: (voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Ob. cit., p. 461.
(289) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 278.
(290) Ídem.

- A ser reconocidos por los padres
- A que se omita en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad el estado civil de sus padres y la naturaleza de su filiación.
- Al nombre
- A heredar
- A los alimentos
- A la igualdad entre hermanos
- A la nacionalidad - *Ius sanguinis*

29.3.1. Obligaciones del hijo

Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres (art. 454).

Este cuadro no delimita la relación jurídica subjetiva paternofilial

RELACIONES PATERNO FILIALES	
Derecho del padre y la madre	
• Derecho a la presunción de paternidad matrimonial. • Derecho a la presunción de hijo matrimonial • Derecho a la impugnar de la paternidad o maternidad. • Derecho a impugnar la filiación matrimonial	
PATERNIDAD	
Derechos del padre	
• Derecho al reconocimiento del hijo. • Derecho a impugnar la paternidad. • Derecho de pre y post natal. Los trabajadores de la actividad pública y privada tendrán derecho a una licencia remunerada por paternidad, en caso de que de su cónyuge o conviviente dé a luz, de cuatro (4) días hábiles consecutivos, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia.	
FILIACIÓN	
Derecho de los hijos	**Derecho de los padres**
• A ser reconocidos por los padres • A que se omita en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad el estado civil de sus padres y la naturaleza de su filiación. • Derecho al nombre • Derecho a heredar • Derecho a los alimentos • Derecho a la igualdad entre hermanos.	• A reconocer a sus hijos. • A ejercer la patria potestad sobre sus hijos reconocidos.

29.4. Tipos

El vínculo jurídico paternofilial contiene y deriva en una tipología, en una clasificación, que permite distribuir los derechos y las obligaciones *inter partes*.

Compuesto de relaciones jurídicas	Vínculo jurídico paternofilial		
	Personales	**Parentesco**	**Patrimoniales**
	Extrapatrimoniales **Derechos**	Parentales De estas derivan la personales y patrimoniales	Económicas **Bienes** Hijo alimentista
	Derechos subjetivos paterno filiales		

30. Los nuevos derechos de la persona y la filiación

La filiación y las modernas formas de averiguación han hecho surgir nuevos derechos así como fortalecido o redimensionados otros. Tan propio del ser humano como relación jurídica la filiación configura una *neo gamma* derechos de las personas.

30.1. Derecho a la identidad

Es el llamado derecho a la historicidad personal o derecho a la localización familiar, a decir de Pereira y De Oliveira(291).

Contestar satisfactoriamente las preguntas *¿quién soy?* y *¿quiénes son mis padres?* son interrogantes que no solo angustian a personajes de ficción, de obras famosas de la Literatura Universal o de la poesía(292) sino que hombres y mujeres

(291) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 51.

(292) Para Jorge Luis Borges "La paternidad es un acto de fe" (Respuesta dada en setiembre de 1982 a la entrevista a Pierre Legendre (medialista, historiador y sicoanalista). L'empire de la verité, París, Fayard, 1983.

El patriarca de los poetas norteamericanos Walt Whitman en su conocido poema *Yo canto al eléctrico cuerpo*, nos dice:

Nº 3: "Conocí un hombre, un granjero vulgar padre de cinco hijos, y vi en ellos a los padres de los hijos, y en ellos a los padres de los hijos"

Nº 7: "Esto no es solo el hombre. Es el padre de quienes a su vez serán los padres.

En él se encuentra el germen de los populosos estados y de ricas repúblicas.

De él saldrán incontables vidas inmortales con incontables encarnaciones y delicias.

¿Cómo sabéis quién saldrá de la descendencia de su descendencia a través de los siglos?

(¿De quién hallarías que has salido tú mismo si pudieses seguir la pista a través de los siglos?).

comunes se las han formulado alguna vez en su vida y que algunos las plantean dramáticamente en razón a circunstancias singulares de su existencia(293).

Identidad y filiación son sinónimos. La filiación, sustantivo e identidad, cualidad. Jurídicamente, son dos derechos complementarios. Se reconocen mutuamente. La filiación hace a la identidad (activándola) y esta se basa en la filiación (generándola). Cada individuo, cada uno de nosotros, cada quien, por *ser* persona tiene como *lo suyo*, un origen. Nuestra primera identidad es la filiación, al ser hijos de unos padres(294).

La identidad es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad permitiendo que cada cual sea *uno mismo* y no *otro*(295). Dentro de estos atributos y características está la identidad filiatoria, paterna o materna, que permite a la persona posicionarse en una familia y en la sociedad contribuyendo a su identificación. Como derecho, la identidad no es exclusiva del hijo, es patrimonio individual de cada uno de los miembros de la familia(296). La identidad personal, como bien nos dice Carlos Fernández Sessarego(297), es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, permitiendo que cada cual sea *uno mismo* y no *otro*. De esta manera, el sujeto "tiene derecho a que se le conozca y defina en su *verdad personal*, tal cual es, sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos (...) que lo distinguen de los demás"(298).

Puede decirse que siendo lo más intrínseco del individuo este tiene el derecho a saber o no saber acerca de su identidad. Saberse o no saberse de qué progenie proviene y qué familia es la que debe integra.

El Código Civil peruano no toma a la identidad como un derecho expreso de la persona (a pesar que utilice el término para otros casos, específicamente referidos a la individualidad e identificación del sujeto. Si lo trata el Código de los niños y adolescentes (art. 6). La Constitución de 1993 se refiere al derecho individual a la identidad (art. 2, 2) y, variadamente a otras de sus derivaciones(299). Es de mencionar, a modo de ejemplo legislativo, que el Código del menor de Bolivia

(293) GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el siglo XXI". En: *Revista de Derecho Comparado*. Nº 9, Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 155.

(294) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley 10/06/2008, 10/06/2008, p. 1.

(295) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113.

(296) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley 10/06/2008, 10/06/2008, p. 1.

(297) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 113.

(298) Ibídem, p. 115.

(299) **Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:** (...) 19. A su identidad étnica y cultural. **Artículo 6.-** Prohibición de la mención sobre el estado civil de los hijos y la naturaleza de la filiación en los registros civiles o en los documentos de identidad. **Artículo 15.-** Derecho del educando a una formación que respete su identidad. **Artículo 89.-** El Estado respeta la identidad cultural de la Comunidades Campesinas y Nativas. Artículo

contiene en su Título III, Capítulo II Del derecho a la identidad, en el que se regula el derecho al nombre, la teoría de los efectos favorables, el registro de nacimientos y la filiación.

30.1.1. Identidad filiatoria

De Cupis[300], precursor de este derecho, refiere que la identidad *es el ser sí mismo con sus propios caracteres y acciones constituyendo la misma verdad de la persona*, y pone especial detalle en la identidad filiatoria, paterna o materna que le sirve a la persona para posicionarse en la sociedad, contribuyendo fuertemente a su identificación. Y es que, la identidad filiatoria es la que surge del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres. Normalmente, entra en relación con la identidad genética, pero puede no estarlo.

Santos Cifuentes[301] muestra su disconformidad y suelta esta interrogante ¿cómo puede confundirse esa amplia concepción del estado filiatorio, abstracta, anterior y que presupone derechos del sujeto, con el concreto derecho a la identidad personal, que es, igual que todos, relativamente disponible? Al respecto deslinda, citando a Zannoni, que la filiación como *estado de familia* es un *atributo* de la persona de orden público, irrenunciable, no innato sino derivado de vínculos sanguíneos y sexuales. Como tal, es un presupuesto de capacidad de vocación a la titularidad de derechos (fuente de los mismos) y que cuando se investiga la paternidad por los medios hematológicos o genéticos, no se procura el ejercicio y la defensa de un derecho personalísimo (a conocer su identidad familiar), sino lograr la concreta posición o cualidad de la persona en el seno de la familia a que pertenece.

Ahondando en su posición, Cifuentes alega que el *status* no es un derecho personalísimo sino un atributo y configuración de la persona. Es una cualidad esencial del ser. No hay nada disponible ni renunciable en el estado filiatorio. Con esta posición concluye diciendo que: "La filiación, el emplazamiento familiar, la identidad, por ende, biológico-genética, es mucho más que un derecho subjetivo. Es un atributo, cualidad, posición jurídica sustancial para ser; es el elemento del estado de las personas. No tiene nada de subjetivo, privado ni disponible"[302].

30.1.2. Derecho a la identidad genética

El ser humano es un conjunto celular y genómico.

183.- El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acrediten su identidad.

(300) Cit. CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 606.

(301) Ibídem, pp. 611 y 612.

(302) CIFUENTES, Santos: "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La inspectio corporis forzada)". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año III, Nº 6, Revista de crítica y análisis jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 318.

La información contenida en el núcleo de la célula se conforma a partir de las características de los progenitores.

En el núcleo celular se halla el patrón o huella genética que tiene todo ser viviente. En el caso del ser humano surge en el momento de la concepción cuando el núcleo del espermatozoide intercambia su información genética con el núcleo del óvulo (singamia). Esta huella o pauta genética, insistimos, es el resumen de la información aportada por los progenitores del procreado, de allí la posibilidad de determinar con certeza el origen biológico de la filiación. De esto se deduce que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad(303).

Dentro de esta clase de derecho a la identidad se sitúa la posibilidad científica de indagar y afirmar la paternidad o maternidad, a través de las pruebas biogenéticas.

Con estos métodos especiales se busca determinar el origen de la huella génica de un sujeto, de manera tal que encuentre su verdadera relación filial.

La huella genética y el genoma son parte del derecho a la identidad genética, teniendo una estrecha vinculación con el derecho a la integridad (al trabajar con elementos biogenéticos), a la dignidad (correcta aplicación y uso), a la libertad (autodeterminación de someterse o no a las pruebas) y a la intimidad (la información obtenida es individual y privada).

Este tipo de identidad será entendida en un doble sentido(304):

- Identidad genotípica (herencia genética), e;
- Identidad hábitat (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros).

Vila-Coro(305) propone que el derecho a la identidad personal se desdobla en dos facultades especiales:

- *El derecho a la propia herencia genética*, que se vulnera a través de la manipulación genética al variarse la información natural del ser humano (investigaciones científicas, terapias genéticas).
- *El derecho al propio "habitat" natural que le proporcionan sus progenitores*, se ve afectado cuando se aisla o aparta al concebido del medio que le es propio, situándolo en otro distinto, sea en la etapa *pre* o *post* natal (cesión de material genético –anonimato– o embriones –maternidad subrogada–, fecundación post mórtem).

(303) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. cit., p. 21.
(304) I Jornadas Marplatense de responsabilidad civil y seguros, Mar del Plata, diciembre de 1992, comisión 1, "El impacto de la biotecnología en el Derecho". En: *El Derecho privado en la Argentina*, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, II parte, 1993, p. 72.
(305) VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Universidad Complutense de Madrid, 1995, pp. 209 a 228.

30.2. Derecho a la investigación de la paternidad

El legítimo interés faculta a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial. Esto quiere decir que la investigación de la paternidad es un derecho inherente de la persona cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Es por ello que, como derecho, protege y encauza el interés privado de la persona por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales correspondientes.

La decisión de hacer uso de este derecho implica accionar judicialmente. Accionar que, por su naturaleza, conlleva a ser un acto de libertad pensado, evaluado cuidadosamente, en razón que va a discutirse y establecerse, el entronque familiar, que resulta substancial para la persona.

Dado los sujetos intervinientes y las consecuencias jurídicas que genera, es básico establecer quién es el sujeto beneficiario directo y primario de este derecho, en otras palabras, el derecho a la investigación de la paternidad como tal es un *derecho del hijo* o un *derecho de los progenitores*. Partiendo de una interpretación *in extenso* del principio del interés superior del niño, reconocido en nuestro ordenamiento y en el ámbito internacional, es fácil establecer que el sistema jurídico peruano pone especial atención en el menor, configurándose, por tanto, como un derecho que corresponde, en primer término, al hijo(306).

Por este orden de preferencia, el derecho a la investigación de la filiación es más un derecho vinculado con el derecho a conocer el propio origen biológico que con el derecho a la paternidad, aunque podemos verlos contenido en el derecho a conocer a los padres (art. 6, CNA).

Una mirada a la doctrina nos hace ver la falta de pronunciamiento acerca de la naturaleza de este derecho, es decir, si es fundamental o no. En el Derecho Privado, y especialmente en el civil, el tema ha sido estudiado ampliamente, afirmándose el carácter de derecho fundamental que tiene el conocer el propio origen biológico y, por tanto, a la investigación de la paternidad.

Lo que si se ha apreciado es que jurisprudencialmente la tendencia es que la investigación de la paternidad entraña un *derecho primigenio del hijo frente a otros derechos individualistas*(307). Esto es demostrado frente a las colisiones alegadas entre este derecho y otros como el honor, la intimidad, la integridad o la tutela

(306) En similar orientación está Alemania, Bélgica, Francia y Polonia. En Sudamérica, el Código de familia de Bolivia (art. 174, inc. 1) establece que es derecho fundamental de los hijos: establecer su filiación paterna y materna, y llevar el apellido de sus progenitores.

(307) Con especial incidencia en el carácter público y de *ius cogens* que está adquiriendo el Derecho de familia, Vide STS de 15 de marzo de l989 (*Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 4825).

judicial efectiva, entendiéndose que el derecho a la investigación de la paternidad responde esencialmente a una *finalidad protectora*(308) de allí su prevalencia.

En cuanto a las características de este derecho es de detallar que son las siguientes:

- Es un derecho de la persona
- Tiene una finalidad protectora y de establecimiento del estado civil filial y,
- Su objetivo es fijar la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

Por el momento, el derecho a la investigación de la paternidad no se tutela per se como un derecho autónomo, sino que depende de la existencia de otros derechos para su configuración, como es el derecho a conocer el propio origen biológico, entre los principales. Es necesario forjar su inmediata independización y configuración como derecho fundamental de la persona(309). Sus objetivos, características y fundamentos así lo exigen.

Este derecho se descompone en dos a decir de Paolo Lobo(310):

- Derecho a investigar mi ascendencia genética, saber quién es mi progenitor
- Derecho a investigar mi filiación socioafectiva, saber quién es mi padre, aquel que me crió y permitió mi desarrollo.

30.3. Derecho a conocer el propio origen biológico

En Alemania, a finales de la década de los cuarenta surge un nuevo derecho, el derecho a conocer el propio origen biológico o ascendencia biológica.

Es derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes. Esto responde al interés superior del hombre a saber lo que fue antes que él, qué lo funda y cómo viene a este mundo. El conocer el origen personal no implica necesariamente la mutación del vínculo filiatorio, la relación paterno o materno filial se construye a diario, el vínculo biológico no agota esta relación. Lo importante aquí es el derecho

(308) STS de 12 de noviembre de l987 (*Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, 8396).

(309) GUZMÁN ZAPATER, Mónica. (*El derecho a la investigación de la paternidad. En el proceso con elemento extranjero*. Civitas, Madrid, 1996, pp. 45 y 46). Analiza interesantemente la posibilidad de recurrir en amparo frente a la violación de este derecho, estableciendo que los recursos de amparo tienen por objeto central la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en el "núcleo duro" (artículos 14 a 29 de la Constitución española, referidos a los derechos y libertades). El derecho a la investigación de la paternidad no es un derecho directamente accionable en amparo, no goza de tal garantía. Sin embargo, "(...) la infracción del derecho a la investigación de la paternidad (...) solo *indirectamente* es accionable en amparo: cuando se ha entendido que, impedir o admitir injustificadamente la investigación de la paternidad, es susceptible de conculcar el derecho a la *tutela judicial efectiva*, (...) el derecho a la intimidad (...) al honor, (...) e incluso el derecho a la integridad física (...)".

(310) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origen: uma distinção necessária". En: *Revista Brasilera de Direito de Família*. IBDFAM/Síntese, ano V, N.19, Porto Algre, setiembre de 2003, pp. 133 a 156.

a conocer, el derecho a saber la propia génesis, para poder así desarrollarse a plenitud(311), sobre una base.

Esta es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*).

Este derecho recibió un impulso a inicios de los ochenta como consecuencia de los avances de las técnicas de reproducción humana asistida dado que la aplicación indiscriminada y sin respeto a los principios naturales desencajaron la coherencia biolegal al utilizar gametos de terceros, prácticas de maternidad subrogada, etc.

Quesada González, citando a Nueumann Duesberg, señala que: "(...) vigente ya la *Grundgesetz*, fundamentó este derecho de la personalidad en la analogía existente entre el derecho al conocimiento de la filiación biológica y el derecho al nombre (*Namensrecht des § 12 BGB*), por ser ambos distintivos individualizadores de la persona"(312).

Tomando esta idea, la misma autora, Quesada González, ensaya como base legal de este derecho el artículo 10 de la Constitución española y, partiendo del derecho a la dignidad de la persona (faceta estática) y el libre desarrollo de la personalidad (faceta dinámica) hace posible considerar que el derecho al conocimiento del verdadero origen biológico es uno de los derechos de la personalidad. Establece que este nuevo derecho forma parte de la dignidad humana y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad(313). Reafirmando esta posición, Roca i Trías(314) reluce los estrechos ligámenes que tiene este derecho con otros fundamentales como, aparte de los ya mencionados, la intimidad.

A decir de Zannoni(315), en el derecho a conocer el propio origen biológico existe una relación entre la identidad personal y la realidad biológica mediante la cual un sujeto encuentra su pertenencia a una familia y obtiene el emplazamiento de su estado que, de acuerdo a su origen biológico, le corresponde. Esto implica que el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona, no es exclusivo o solo privativo de los niños.

---

(311) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. Ob. cit., p. 1.

(312) QUESADA GONZÁLEZ, Ma. Corona. "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". En: *Anuario de Derecho Civil*. Ministerio de Justicia e Interior, T. XLVII, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1994, p. 241.

(313) Ibídem, pp. 246 a 252.

(314) ROCA i TRIAS, Encarna: "Adopción y datos biogenéticos: El proyecto genoma humano como auxiliar de la técnicas de desarrollo de la personalidad". En: *El Derecho ante el proyecto de genoma*. Ob. cit., p. 222.

(315) ZANNONI, Eduardo. "Identidad personal y pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho privado y comunitario*. Nº 13, Derecho privado en la reforma constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 159.

En el sistema peruano, el derecho a conocer el propio origen biológico no es un derecho expreso en la Constitución pero siguiendo el criterio antes citado diríamos que está reconocido tácitamente con la dignidad e identidad, sobre la base del artículo 3 (derechos implícitos o no enumerados), que es una cláusula general abierta(316) a través de la cual el ordenamiento jurídico tutela a la persona también en supuestos no típicamente establecidos, cuando así lo entiende o exige la sociedad.

Los fundamentos que determinan la existencia de este derecho están íntimamente relacionados con el derecho a conocer la identidad del progenitor o el derecho a conocer a sus padres(317) que, como dice Plácido Vilcachagua, es "un derecho fundamental del niño, que se sustenta en el reconocimiento de que el infante, para pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor, comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, por tanto, irrenunciable e imprescriptible"(318).

Su objetivo o ámbito será: la investigación de la filiación natural o sanguínea, el derecho a conocer la identidad del progenitor del niño adoptado(319) y el derecho a conocer la identidad del cedente de gametos en las técnicas de reproducción(320).

Dada la trascendencia que el ejercicio de este derecho significa para la persona, es prioritario fomentar su reconocimiento expreso y que sea elevado como derecho de la persona y, más aún, como derecho fundamental con rango constitucional.

---

(316) Pietro Perlingieri, en Italia, excluye cualquier taxatividad o tipicidad de los derechos de la persona por considerar los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana como cláusula abierta. *Cfr.* PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalitá costitucionale*. Nápoles, Edizioni Schentifiche Italiane, 1984, p. 362.

(317) La Convención sobre los derechos del niño manda que el niño tendrá derecho, desde que nace a conocer a sus padres (art. 7), el *Código de los niños y adolescentes*, que el niño y adolescente tienen derecho a conocer a sus padres (art. 6). Asimismo, el Código de la familia de Panamá indica que todo menor tiene derecho a conocer quiénes son sus padres (art. 489, inc. 3) y el Código del niño de Uruguay (art. 173) dice que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres.

(318) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de familia*. Rodhas, Lima, 1997, p. 150.

(319) "En el sistema jurídico argentino es indiscutible el derecho del adoptado a conocer su identidad biológica, ya que tal facultad está expresamente prevista por la ley". MEDINA, Graciela. "Adopción y conocimiento de la verdad biológica. (el caso odièvre de la Corte Europea)". En: *La Ley*, AÑO LXVII, Nº 163, Buenos Aires, 26 de agosto de 2003, p. 1. Para mayor precisión la autora indica que: "El caso se originó por un reclamo de la señora Pascale Odièvre, de nacionalidad francesa, contra Francia, que fue planteado ante la CEDH bajo el amparo del artículo 25 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el 12 de marzo de 1998. Odièvre alegó que el hecho de que su nacimiento fuera mantenido en secreto y le fuera imposible encontrar sus orígenes constituía una violación al artículo 8 de la Convención y un acto de discriminación contrario al artículo 14 de la misma Convención. Básicamente nos encontramos frente a un fallo donde se contraponen dos intereses, dos derechos que tienen el mismo rango: por un lado, el derecho a la identidad, a conocer sus orígenes. Y por el otro, el derecho de la madre a mantener su anonimato. La Corte de Estrasburgo debió resolver: ¿qué derecho debe prevalecer? ¿Es más importante el derecho de la identidad o el de la anonimia?". Ibídem.

(320) CORRAL TALCIANI, Hernán. "La configuración de un derecho a conocer la identidad del progenitor biológico". En: *Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia*. San Salvador, 1992, p. 4.

Ello permitirá, entre otros supuestos:

30.3.3. Derecho a saber y derecho a no saber

Saber, es conocer, estar al tanto. No saber, todo lo contrario, ignorar, desconocer.

Cuando alguien se instituye la calidad de hijo, otro se instituye en calidad de padre. Cuando alguien se instaura en su calidad de hermano, otro tendrá la misma. Es la *alteridad* es propia del concepto de identidad(321). Quien pide conocer la verdadera identidad de una persona que podría ser su pariente biológico (padres, hermanos, abuelos, etc.) está ejerciendo su derecho a la identidad(322) y por tanto, el derecho a saber.

Este derecho a saber no implica el deber de saber(323). Esto depende de cada uno, de cada persona. De allí que exista el derecho de no saber, de no querer saber quiénes son mis padres o, en todo caso, mi familia.

30.4. Derecho al planeamiento de la filiación

Los padres son libres para planear su filiación(324).

Pero, más allá de este derecho debe reconocerse el derecho de los niños a contar con una filiación estable y, sobre todo, natural e independiente.

Que el derecho de los padres no vulnere el de los hijos, en todo caso ambos si bien pueden coexistir, prima el derecho de los hijos de hallarse y establecerse en una familia con la base de una paternidad y maternidad establecida.

31. Instituciones afines a la filiación

31.1. Hijo alimentista

En Chile se les denomina hijos ilegítimos no reconocidos solemnemente, en Puerto Rico, hijos de crianza y, en Francia, *action à fins de subsides* a la acción correspondiente.

Se trata de un mero acreedor alimentario. Un alimentista sin vínculo familiar, solo legal, carece de *status familiae*, en especial de *status filiae.* No es hijo, solo merecedor de una contraprestación de primera necesidad. No puedo ser hijo a medias o plazo determinado, no puedo ser hijo sin derechos plenos y que solo se me conceda derechos parciales. Al alimentista solo le corresponde alimentos; no derecho al nombre, herencia ni se tiene sobre él patria potestad. Más allá del compromiso económico la relación de familia no queda constituida.

(321) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. Ob. cit., p. 1.
(322) Ídem.
(323) Ídem.
(324) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 194.

Esta institución se encuentra amparada en la protección del menor al no poderse determinar la paternidad sino, solo, la relación sexual llevada a cabo durante la época de la concepción lo cual justifica, al menos, que se le alimente al producto de dicho desliz sentimental(325). No hay seguridad, menos la probable paternidad, pero si una remota posibilidad de serlo, por lo que ante la duda se otorga el beneficio de alimentos a la descendencia.

La jurisprudencia local determinó mediante Cas. Nº 3895-2010-Junín que si verificadas las relaciones sexuales en la época de la concepción, con base en la presunción del artículo 282 del Código Procesal Civil, debido a la actitud obstruccionista y dilatoria del demandado quien en todo momento se mostró renuente a colaboración con la actuación de la prueba de ADN, la cual conforme el artículo 415 del Código Civil, no es exclusiva de los procesos de filiación extramatrimonial; por lo que no puede desvirtuarse la idoneidad de dicha prueba dentro de un proceso de alimentos(326).

La prueba de ADN ha dejado sin trascendencia esta institución, hoy prácticamente en desuso(327), pero en algunos casos recurrible a fin de lograr la asistencia de alimentos –no acreditar la filiación– probando la mera relación sexual(328).

31.1.1. Base legal

Se encuentra tratado en el artículo 415 y ss. del Código.

Supuesto: Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial solo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época

(325) Es presupuesto para que se configure la existencia del hijo alimentista que se acrediten las relaciones sexuales habidas con la madre durante la época de concepción; por tanto, las pruebas actuadas en un proceso de esta naturaleza deben conducir al juzgador a determinar el estado de alimentista de quien lo solicita, teniendo como base las pruebas que haya hecho valer para acreditar su Derecho, e incluso a las que presente la parte contraria para desestimar la existencia de las relaciones sexuales. Cas. Nº 784-02-Ica.

(326) Vide *Actualidad Jurídica.* Tomo 228, Lima, noviembre 2012, p. 90 y ss. Asimismo, el artículo de CARDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "Rol del ADN en casos de hijos alimentistas", pp. 91-92.

(327) La Ley Nº 27048 da una gran modificación el artículo 415 del CC facultando la prueba de ADN en casos de acción alimenticia cayendo en desuso la figura del hijo alimentista más no la figura del hijo extramatrimonial. Cas. Nº 211-2003-Junín.

(328) Para determinar la calidad de hijo alimentistas y por lo consiguiente fijar una pensión alimenticia a este, no es necesario determinar y acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el menor alimentista pues no está en debate la filiación extramatrimonial; sino las relaciones sexuales de la madre con el presunto padre en la época de la concepción. Cas. N° 253-2002-Piura. Para reclamar alimentos por hijo alimentista, la demandante debe acreditar fehacientemente con sus medios probatorios que tuvo relaciones sexuales con el demandado durante el periodo de la concepción. Cas. Nº 1106-2007-Tacna. Quien pretende alimentos para hijo alimentistas debe ofrecer determinados medios probatorios, cuya valoración sistemática de estos produzcan certeza en el juez. Cas. Nº 3599-2007-La Libertad. Que si bien es cierto, la demandada ha consignado en el acta de nacimiento de su menor hija los nombres y apellidos del padre de sus anteriores hijos así como ha consignado el mismo domicilio, ello no enerva que la demanda de alimentos pueda dirigirla contra el demandado, en tanto no se ha practicado en si un acto de reconocimiento por otra persona, habiéndose acreditado que la actora y el demandado mantuvieron relaciones sexuales durante la época de la concepción. Cas. N° 2662-2005-La Libertad.

de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. Esta continuará vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental.

Asimismo, como una forma de reparación civil, el Código Penal considera en su artículo 178 la prestación de alimentos en favor de la prole que resulte de los actos delictivos (contra la libertad sexual), aplicándose las normas respectivas del Código Civil; no nos cabe la menor duda que se aplica las reglas del hijo alimentista.

31.1.2. Usos

Se caracteriza para aquellos casos en los que la madre no sabe quién es el padre pero al haber mantenido relaciones sexuales se le achaca la obligación al susodicho.

El derogado artículo 403[329] consideraba la investigación de la paternidad era improcedente si durante la época *concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre*, frente a lo cual el artículo 416[330], derogado también, solo le confería el acceso a una pensión momentánea de alimentos sobre la base del artículo 415.

31.1.3. Legitimación

La acción que corresponde al hijo es personal y se ejercita por medio de su representante legal dirigiéndose contra el presunto padre o sus herederos (art. 417).

31.1.4. Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria

Al ser una obligación netamente pecuniaria es trasmisible se ha considerado que los herederos no tienen que pagar al hijo más de lo que habría recibido como heredero si hubiese sido reconocido o judicialmente declarado (art. 417).

31.1.5. Eximencia

El deudor alimentario podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo quedará exento de la obligación alimentaria.

Asimismo, podrá accionar en su calidad de alimentante legal ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba, a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, que no es el padre.

---

(329) Derogado por el artículo 6 de la Ley Nº 27048, Ley que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 06/01/1999).

(330) Derogado por el artículo 6 de la Ley Nº 27048, Ley que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 06/01/1999).

31.2. Prohijamiento

Es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente, cumpliendo con los deberes propios de una relación paternofilial.

Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia(331). Esta institución tiene una importancia fundamental en la adopción por excepción (art. 128, CNA).

31.3. Tutela

La tutela es una institución supletoria de amparo familiar que tiene como finalidad nombrar a una persona llamada *tutor* a efectos que cuide de la persona y los bienes del menor que carece de padres, i.e., que no goza de la autoridad paterna y, por lo tanto, de los beneficios de la patria potestad. El tutor no es padre pero funge como tal por la ley.

31.4. Guarda

Nuestro CNA ha derogado la institución de la guarda por su inaplicación en la práctica judicial y se ha preferido robustecer la institución de la colocación familiar.

En nuestro medio legislativo fue una institución de carácter transitorio para la protección del menor en estado de abandono por la que, mediante una resolución judicial, una persona se hace responsable de ejercer las funciones de tutela (art. 106 del derogado Código de los Niños y Adolescentes peruano). Si la madre es menor de edad, el juez puede confiar la guarda de la persona y los bienes del hijo a un curador (art. 421 del CC). Entre las características que presentaba de la guarda teníamos:

- El guardador tenía los mismos deberes y derechos que los padres.
- Institución similar a la tutela, pero de carácter transitorio.
- El guardador era nombrado por el juez, quien supervisaba sus funciones.

En términos genéricos, la guarda implicaba aquella función otorgada a los padres a efectos de cumplir con el deber de educar a sus hijos. Como tal presupone:

- El reconocimiento de la autoridad de los padres.

(331) Los demandantes sostienen que son hijos biológicos de don XX y doña XY, quienes comenzaron a hacer vida convivencial en fecha anterior a los nacimientos; asimismo, se ha emitido pronunciamiento sobre el estado de posesión constante de hijos extramatrimoniales que ostentaron los demandantes, siendo ambas circunstancias causales para la declaración judicial de filiación extramatrimonial previstas en los incisos 3 y 2 del artículo 402 del Código, respectivamente. Cas. Nº 3368-2006-Puno.

- El derecho de los padres de vivir con sus hijos y de estos de estar con sus padres.

31.5. Colocación familiar

También se le conoce como "acogimiento familiar". Mediante esta institución un niño o adolescente es acogido por una persona(332), familia o centro especializado que se hará responsable de él en forma transitoria (art. 104 de nuestro Código de los Niños y Adolescentes).

En la determinación de la colocación familiar se toma en cuenta el grado de parentesco y la relación de afinidad y afectiva con la persona, la familia o la institución que asumirá su cuidado, así como su ubicación en su entorno local (art. 105 de la norma jurídica antes referida). Es una situación tutelar de los menores que se realizará únicamente en familias residentes en el Perú (art. 106 del mismo texto legal). Entre sus características tenemos:

- Es decretada por instancia administrativa (Mindes, notario) o por el juez.
- Puede ser remunerada o gratuita.
- En los procesos de adopción se aplica como medida de aclimatamiento.
- Brinda una protección a los niños desamparados o que corren peligro en su integridad.
- Su finalidad es integrarlo a la vida familiar.
- Sus objetivos se cumplen exclusivamente en el territorio nacional.
- Se toma en cuenta la opinión del menor para su reubicación.
- Antes de otorgar en colocación familiar, las familias son capacitadas para cumplir cabalmente con su encargo.

31.6. Prohijamiento

Es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente, cumpliendo con los deberes propios de una relación paternofilial.

Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia. Esta institución tiene una importancia fundamental en la adopción por excepción (art. 128, CNA).

(332) Mujer soltera y con capacidad económica y moral puede solicitar que un menor en abandono sea colocado en su familia. Dictamen Fiscal 10-2012-MP/1 FPF-Huaraz (14/03/2012). Exp. Nº 2010-1239-1 Fiscalía Juzgado de Familia de Huaraz.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis.* T. VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. *Juicios de filiación y patria potestad*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. "La filiación en el proyecto de Código Civil y comercial". En: *Revista de Familia y las Personas*. La Ley, julio de 2012.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. *Juicios de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. "Filiación". En: *Enciclopedia de Derecho de Familia.* T. II, Universidad, Buenos Aires, 1992.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1967.
- BELLUSCIO, Augusto César. "La reforma del derecho sucesorio en Francia". En: *La Ley*, Nº 32, Año LXVI, Buenos Aires, 14 de febrero de 2002.
- BELLUSCIO, Augusto César. "Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés. Filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre". En: *La Ley*. Nº 130, Año LXVI, Buenos Aires, 8 de julio de 2002.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia.* 8ª edición, T. 2, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucesiones*, 2ª edición, Del Rey, Belo Horizonte, 1997.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "Rol del ADN en casos de hijos alimentistas". En: *Actualidad Jurídica.* Tomo 228, Lima, noviembre, 2012.
- CICU, Antonio. *La filiación*. 1ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- CIFUENTES, Santos. "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año III, Nº 6, Revista de crítica y análisis jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos.* 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, Tomo II, Studium, Lima, 1987.
- CORNU, Gerard. *Droit civil. La famille*. 9ª edición, Montchrestien, París, 2006.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. "La configuración de un derecho a conocer la identidad del progenitor biológico". En: Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia, San Salvador, 1992.
- CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto.* Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Portugal, Coimbra, 1986.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edición rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado Derecho de familia.* Tomo I, Tea, Buenos Aires, 1953.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero.* Vol. 5, 17ª edición actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Librería de Ch. Bouret, París, 1884.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho civil español*. 7ª edición, Vol. IV, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERRANDO, Gilda. *Manuele di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edición, Porrúa, México, 1994.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el siglo XXI". En: *Revista de Derecho Comparado*. Nº 9. Derecho de Familia. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *Elementos de Derecho de Familia*. Facultad de Derecho, Bogotá, 1999.
- GROSMAN, Cecilia. *Acción de impugnación de la paternidad del marido.* Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2006.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica. *El derecho a la investigación de la paternidad. En el proceso con elemento extranjero,* Civitas, Madrid, 1996.
- KOZICKI, Enrique. "La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el Derecho", En: *La Ley*, T. 1990-D.
- KRASNOW, Adriana N. *Pruebas biológicas y filiación*. Osvaldo Rosario, UNR, 1996.
- KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*, 2005-A.
- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida.* La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LA ROSA LA ROSA, Carlos Abdon. *La nacionalidad histórico filial. Nueva concepción ideológica de la nación*. 2ª edición, Lima, noviembre, 1977, s/e.
- LAFAILLE, Héctor. *Derecho de familia.* Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LEGENDRE, Pierre. *L'inestimable objet de la transmision. Etude sur le principe généalogique en Occident*. Fayard, París, 1985.
- LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, Nº 3325, 8 ago. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347> Acesso em: 9 ago. 2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origen: uma distinção necessária". En: *Revista Brasilera de Direito de Família*. IBDFAM/ Síntese, Nº 19, ano V, Porto Algre, setiembre de 2003.
- LÔBO, Paulo. *Familias* (Direito civil), Saraiva, São Paolo, 2008.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2011.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Porrúa, México, 1988.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia.* Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación.* Rubinzal Culzoni Santa Fe - Argentina, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família.* 1ª edición, Tomo IX: Direito de família: Direito parental. Direito protetivo, Bookseller, Campinas, 2000.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: *La Ley*, 2002-B.
- PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de familia y sus instituciones.* 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002.
- PECORELLA, Corrado. (voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia.* Vol. II, Direito da filiação, Tomo I, Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalitá costitucionale*. Edizioni Schentifiche Italiane, Nápoles, 1984.
- PIERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de familia*, Tomo II, Buenos Aires, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de familia.* Rodhas, Lima, 1997.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2003.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité* élémentaire *de droit civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, Nº 1280, París, 1948.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo II, Vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.
- PUIG PEÑA, Federico. "Filiación". En: MASCAREÑAS, Carlos: *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Tomo IX, Francisco Seix, Barcelona, 1982.

- QUESADA GONZALEZ, Ma. Corona. "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". En: *Anuario de Derecho Civil*. Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, fasc. II, abril-junio, Madrid, 1994.
- REYES RIOS, Nelson. "Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad". En: *Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política y el Instituto de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima, 1994.
- RIBO DURÁN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch, Barcelona, 1987.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I, El estado de las personas, trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1956.
- ROCA i TRIAS, Encarna. "Adopción y datos biogenéticos: El proyecto genoma humano como auxiliar de la técnicas de desarrollo de la personalidad". En: *El Derecho ante el proyecto de genoma*.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito de familia, Vol. 6, 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio*. Biblioteca de Derecho contemporáneo, Vol. 2, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
- RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador). *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV- Familia, Vol. 1, Civitas, Madrid, 2001.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La filiación en el nuevo derecho de familia*. Jurídica ConoSur Ltda., Chile, 2001.
- SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de familia y la inseminación artificial *in vivo* e *in vitro*". En: *Revista de Derecho Privado*. Derecho reunidas, Tomo LXXI, Madrid, enero-diciembre, 1987.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, T. II, Temis, Bogotá, 1999.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. "*Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*". En: *Revista dos tribunais*, Vol. 662, año 79, Revista dos tribunais, Sao Paulo, diciembre 1990.

- TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad.* La Ley 10/06/2008.
- TRIMARCHI, Vicenzo Michele. (voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*, T. XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004.
- TURNER, Neville. "Family and Succession Law" (Australia), en: *International Encyclopaedia of Law*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, January, 1997.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley N° 28457 y la acción intimatoria de paternidad - Socioafectividad y procreación asistida.* 2ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo, 2010.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*, Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica- Perú, Lima, 1999.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos.* Madrid, San Pablo, 1997.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- WELSTEAD, Mary; EDWARDS, Susan. *Family Law*. Oxford University Press, New York, 2006.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*. T. I. 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos aires, 1989.
- ZANNONI, Eduardo. "Identidad personal y pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho Privado y comunitario.* Nº 13, Derecho privado en la reforma constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1997.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* 2ª edición, T. II., Astrea, Buenos Aires, 1989.

CAPÍTULO TERCERO

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

CAPÍTULO TERCERO
DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

I. Matrimonio como fuente de filiación. **1.** Teoría de la concepción. **2.** Teoría del nacimiento. **3.** Teoría mixta. **II.** Filiación matrimonial. **III.** Determinación de la paternidad matrimonial. **4.** Presunción *pater est.* **4.1.** Plazos aplicables. **4.2.** Sustento de la presunción. **4.3.** Derecho comparado y teoría que la sustentan. **4.4.** Antecedentes legislativos nacionales. **4.5.** Requisitos para la operatividad de la presunción. **4.6.** Vigencia de la presunción *pater est.* **4.6.1.** Separación de hecho. **4.6.2.** Determinación genética de la paternidad. **4.6.3.** Periodo técnico del embarazo. **4.6.4.** Procreación asistida. **4.7.** Excepciones, situaciones de inaplicabilidad de la presunción. **4.8.** Limitación. **5.** Presunción reafirmatoria de paternidad. **6.** Impugnación de la paternidad matrimonial. **6.1.** Supuestos para impugnar la paternidad. **7.** Cláusulas de preservación de presunción *pater est.* **IV.** Determinación de la maternidad matrimonial. **8.** Sistemas de determinación. **8.1.** Biologisista, impositivo o forzado. **8.2.** Voluntarista, libre o individual. **9.** Determinación imperante. **10.** Caracteres. **11.** Impugnación de la maternidad matrimonial.

I. MATRIMONIO COMO FUENTE DE FILIACIÓN

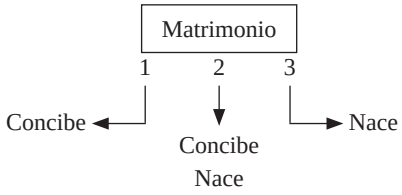
Denominada en Roma filiación legítima, esta deriva del matrimonio otorgando a los hijos *ex iusto matrimonio* la condición de libres con todos sus derechos civiles y políticos. Esta filiación se encuentra unida al matrimonio entre los progenitores, siendo su causa esencial. Sin embargo, el solo acto 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.

1. Teoría de la concepción

Son hijos matrimoniales los engendrados por los padres casados, sea que nazcan dentro del matrimonio o sean alumbrados después de disuelto o anulado el vínculo, *Dies nuptiarum diez est conceptionis et nativitatis legitimae*. Los concebidos antes del matrimonio serán extramatrimoniales, aun cuando su nacimiento ocurra una vez realizado el casamiento.

Esta teoría establece una diferencia muy marcada entre los hijos de los mismos padres.

Esquema:



Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción

Resumen.- Concebir dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

1. Es extramatrimonial

2 - 3. Son matrimoniales

Esta teoría, remozada, es seguida por los Códigos civiles de Francia (art. 312), Italia (art. 231) y Nicaragua (art. 199).

2. Teoría del nacimiento

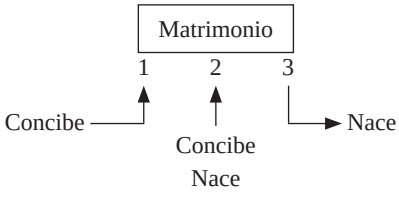
Serán hijos matrimoniales los nacidos en el momento en que sus padres estén casados, no importando el momento en que hayan sido engendrados.

Según esta teoría los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias serán matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido ya contraídas, a contrario sensu no lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento, a pesar de que la procreación se produjo durante su vigencia.

Esta teoría hace depender de manera ventajosa la calidad de la filiación de tres hechos:

- La celebración del matrimonio.
- El parto.
- La disolución o anulación de aquel.

Esquema:



Determinación de la filiación matrimonial por el hecho del nacimiento

Resumen.- Nacer dentro del matrimonio, de manera tal que en el caso:

1 - 2. Son matrimoniales.

3. Es extramatrimonial.

3. Teoría mixta

También denominada del nacimiento-concepción, es adoptada por el Código Civil peruano (arts. 1, 243 inc. 3, 361 y 363 incs. 1 y 2) sustentándose en los siguientes postulados:

- La vida humana se inicia con la concepción.
- El marido de la mujer se presume padre del hijo de esta.
- La no permisibilidad del matrimonio de la viuda en tanto no transcurran 300 días de la muerte de su marido, salvo que diera a luz, disposición que se amplía para la mujer divorciada.
- La facultad del marido de impugnar la paternidad del hijo de su mujer.

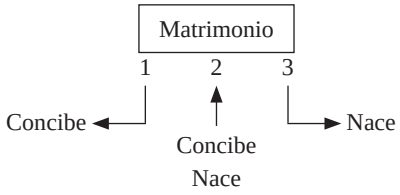
Es importante para atribuir una paternidad matrimonial tanto el hecho de la concepción como del nacimiento, siempre que se respeten los plazos legales determinados por la ley. Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido cuando han transcurrido 180 días desde la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días desde la disolución(333), lo que se conoce en la doctrina italiana como la presunción de concepción durante el matrimonio (art. 232, *Codice*); dice Fassi y Petriella(334) que se trata de una presunción *iure et de iure* y Ferrando(335) que a diferencia de la presunción *pater est* esta no admite prueba en contrario.

(333) "Normalmente el nacimiento se produce entre los 270 y 285 días posteriores a la concepción; pero ocurre a veces que tiene lugar antes de dicho plazo (nacimiento acelerado), o después de él (nacimiento tardío). En atención a estos hechos y a la necesidad de adoptar una norma para establecer la época de la concepción, la ley fija el término de la gestación mínima en 180 días cabales, y el de la gestación máxima, 300 días, contados hacia atrás desde la medianoche en que principie el día de nacimiento". Vide ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. 5ª edición act., T. I, Ediar, Santiago de Chile, 1990, p. 350.

(334) FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960, p. 148.

(335) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005, p. 241.

Esquema:



Determinación de la filiación matrimonial por el hecho de la concepción o nacimiento

Resumen.- Concebido fuera pero nacido dentro o concebido dentro y nacido fuera del matrimonio, en ambos casos respetando ciertos plazos, de manera tal que en el caso:

1, 2 y 3. Son matrimoniales

Por tanto, los presupuestos de filiación matrimonial son(336):

- Matrimonio de los progenitores.
- Maternidad acreditada.
- Identidad del hijo con el nacido de la esposa.
- Presunción legal de paternidad del marido.

En este sentido, el cálculo de probabilidades suple al cálculo exacto, de la siguiente manera:

La maternidad: Indudable ante el hecho del parto y la identidad del hijo.

La paternidad: El marido de la madre es el padre de los hijos de esta (*Pater est is quem justae nuptia demonstrant*) siempre que el hijo nazca dentro de los términos indicados *(patre certo nasci)*.

Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad ofrecen especiales dificultades pues, como refiere Diego Espín Cánovas(337):

(336) La presunción de paternidad en la filiación matrimonial solo es aplicable si se cumplen los siguientes requisitos: a) El matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio, b) La cónyuge sea la madre biológica del menor. Para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento; por ende, al haberse corroborado que el menor tiene por padres biológicos a terceros, no es de aplicación el artículo 361 de presunción de la paternidad, ni el 364 de plazo de la acción contestatoria, pues, esta última solo se aplica para casos de presunción de la paternidad. Cas. Nº 2657-98-Lima.

(337) ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. 7ª edición, Ed. Revista de Derecho privado, Familia IV, España, 1982, p. 345.

- La concepción durante el matrimonio tropieza con el obstáculo que el plazo de gestación no es igual siempre, ni puede fijarse con exactitud cada uno y, por tanto, no puede determinarse la fecha exacta de la concepción con relación al parto.
- La paternidad, ni siquiera con las modernas investigaciones de los grupos sanguíneos cabe establecer una prueba segura de la misma en todos los casos.

Actualmente, con la aparición de medios científicos la incertidumbre de la paternidad, el momento de la concepción y el riguroso conteo de los plazos va dejando de lado estos criterios.

II. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Llamada filiación nupcialista(338) o casamentaria.

Son hijos matrimoniales los concebidos y nacidos dentro del matrimonio. Así también, los concebidos fuera pero nacidos dentro del matrimonio (luego de los 180 días de su celebración) y los concebidos dentro y nacidos fuera (dentro de los 300 días de la disolución).

La filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres. A falta de estas pruebas, la filiación matrimonial queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado o por cualquier medio siempre que exista un principio de prueba escrita que provenga de uno de los padres (art. 375).

III. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL

La determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación para el Derecho, tanto por los efectos que genera como por su probanza y fijación exacta, *pater semper incertus*.

Por este esquema se argumentaron las presunciones de paternidad –instrumentos lógico-formales– a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden. Como dice Diniz(339), la imposibilidad de probar directamente la paternidad determinó que la filiación se asiente en un juego de presunciones fundadas en probabilidades –en indicios, en supuestos, en bases– en razón de las cuales se llegue a una paternidad. En el ámbito matrimonial operó la presunción *pater est* con una fuerza y trascendencia en el Derecho

(338) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 458.
(339) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. Ob. cit., p. 376.

comparado, comportando una opción del legislador, útil en la práctica y solo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico(340).

Se parte de la premisa que el marido de la madre es el padre de los hijos que esta parió siempre que nazcan dentro de los términos indicados por la ley, naciendo los hijos de padre cierto (*patre certo nasci*). Obviamente, matrimonio, maternidad e identidad del hijo siempre resultaron, como hechos objetivos, susceptibles de prueba directa pero la concepción y la paternidad han ofrecido en el pasado especiales dificultades pues (regresando a la cita de Diego Espín Cánovas *ut supra*) la indeterminación del momento de la concepción e inseguridad de la prueba de paternidad marcan un tema de enorme dificultad en la determinación.

Estas situaciones resultan controversiales de allí que para solventar las relaciones familiares se haya estructurado un esquema filial especial sustentado en el matrimonio de los cónyuges de manera que los hijos, sean concebidos o nacidos (según sea el caso) *ex ante, in* o *ex post* de la unión marital, serán atribuidos al marido de la mujer, una forma de reconocimiento legal de la filiación paterna.

Para los hijos matrimoniales la filiación se acredita conjuntamente respecto del padre y de la madre. Al demostrar la maternidad se manifiesta, propiamente y siempre, la paternidad del marido (principio de la indivisibilidad de la paternidad matrimonial), a pesar de que luego pueda ser impugnada.

Esta filiación sienta sus bases en:

- *La presunción pater est* (art. 361) el marido es padre de los hijos de su mujer.
- *La presunción reafirmatoria de paternidad* (art. 362) el hijo se presume matrimonial, así la mujer declare que no es de su marido o esta sea condenada como adúltera.

A mayor abundamiento y con el fin de esclarecer cuáles hijos son matrimóniales y cuáles no debemos de comparar este dispositivo con el artículo 386, cuyo análisis que hacemos en esta obra, sustenta que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

4. Presunción *pater est*

También llamada presunción de legitimidad matrimonial.

El principio de atribución paternal sustentado en el matrimonio tienen antecedentes muy remotos. Engels(341) sostiene que es el resultado final de tres mil años de monogamia. No obstante ello, lo tenemos en el Código de Hammurabi,

(340) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*, T. II. Ob. cit., p. 41.
(341) ENGELS, Federick. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Perú Andino, Lima, 1988, p. 94.

en las Leyes de Manú, en el Derecho Hebreo y en el antiguo Derecho Romano en el que se consagró primigeniamente *Dies nuptiarum dies est conceptionis et nativatis legitimae.* El día del matrimonio es el día de la concepción y del nacimiento legítimo.

Sin embargo, la mayoría de textos establecen su origen en la máxima contemplada en el Digesto (lib. II, tit. IV, ley 5) que reza *Pater est is quem justae nuptia demonstrant*, "padre es el que se demuestra con las nupcias".

Su fuerza, efectividad y trascendencia fue tal que pasó al Derecho Canónico medieval, glosadores y posglosadores, Derecho intermedio hasta los códigos civiles más modernos. Como principio rector de la filiación matrimonial, consagrado en el artículo 361 de nuestro Código, esta norma lo que busca es la determinación de una filiación constitutiva, una atribución de la paternidad *ministerio legis* o automática, también conocida como atribución de paternidad *ope legis.* Esta presunción "ha presentado tradicionalmente cierto carácter institucional, en cuanto su presencia constituye uno de los elementos peculiares de la familia matrimonial"[342].

El establecimiento de la paternidad matrimonial se apoya en el denominado periodo de la concepción y gestación que fue considerado primigeniamente en la Ley de las XII Tablas estableciendo lo siguiente: "4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquel; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo".

4.1. Plazos aplicables

Legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 y máxima de 300 días[343]. La concepción se produce dentro de los primeros 121 de los 300 días anteriores al nacimiento[344] (arts. 361, 363, incs. 1 y 2). Son términos que impone la ley. A decir de Fassi y Petriella, "Como hecho la concepción es un misterio, se establecen términos computables retroactivamente desde el nacimiento, para determinar si la concepción tuvo lugar durante el matrimonio"[345].

Este es el postulado *omni meliore momento, i.e.,* el tiempo más favorable. Así de las cosas significa que el plazo de 121 días se entenderá aplicado en la forma más favorable para el hijo. No hay un momento estricto sino un plazo en el que

(342) VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. J.M. Bosch, Barcelona, 1.993, p. 153.

(343) Se les confiere autoridad de estos plazos a Hipócrates. Vide PECORELLA, Corrado: (voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004, p. 449.

(344) El Código de familia de Algeria de 1984 nos habla de un plazo mínino de 6 y máximo de 10 meses de duración del embarazo.

(345) FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960, p. 148.

puede producirse la concepción. La ley contempla una etapa –espacio o periodo– de la fecundación y no un momento exacto en que esta se produce. En cuanto al cómputo del plazo es de días calendario y no horario; además, los 300 días excluyen el día mismo de la disolución, *dies a quo* (art. 361) y los primeros 121 días de los 300 anteriores al (día) del nacimiento del hijo, excluye el día del nacimiento *dies a quem* (art. 363, inc. 2)[346].

En doctrina no hay uniformidad y se dice que el cómputo es *dies a quem* –desde el día siguiente– despreciando el *dies a quo* –día a partir del cual–[347] tanto para término máximo como para el mínimo[348]. En el Derecho comparado existe discordancia. El artículo 29 del Código Civil de Paraguay nos dice: "Se presume, sin admitir prueba en contra, que el máximo legal de duración del embarazo es de trescientos días, incluso el día del matrimonio o el de su disolución, y el mínimo, de ciento ochenta días, computados desde el día anterior al de nacimiento, sin incluir en ellos ni el día del matrimonio, ni el de su disolución. Se presume también, sin admitir prueba en contra, que la época de la concepción de los que nacieren vivos queda fijada en todo el espacio del tiempo comprendido entre el *máximum* y *mínimum* de la duración del embarazo". Por su parte, el artículo 1798 del Código de Portugal señala que: "O momento da concepção do filho é fixado, para os efeitos legais, dentro dos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederem o seu nascimento, salvas as excepções dos artigos seguintes".

Mediante dos cuadros podemos graficar en mejor sentido los plazos referidos:

Periodo de la gestación

Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Oct	
31 +	28 +	31 +	30 +	31 +	30 +	31 +	31 +	30 +	27	
			Periodo mínimo de gestación							**= 180 días**
Periodo legal máximo de gestación										**= 300 días**

Periodo de la concepción

Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Set	Dic	
31 +	28 +	31 +	30 +	31 +	30 +	31 +	31 +	30 +	27	**= 300 días**
Periodo legal de concepción										**= 120 días**

(346) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Ob. cit., p. 19.
(347) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, 2001, p. 323.
(348) CICU, Antonio. *La filiación*. Ob. cit., p. 43.

En cuanto a materia de plazos gestacionales estos dependen de cuestiones científicas que han ido tecnificándose cada vez más, y en muchos casos basados en criterios costumbristas, como es aquel plazo de 200 días que considera el Código japonés como periodo gestacional mínimo, en lugar de los comunes 180 días, o los 302 días de plazo máximo del Código alemán, los 280 días que considera el Proyecto de Código Civil de Puerto Rico o el Código Civil holandés que nos dice que si el hijo nace antes de 307 días después de la disolución del matrimonio tiene al esposo anterior como padre, salvo que la madre se hubiere casado de nuevo (art. 197 y concordado 220), en lugar de los ordinarios 300 días.

Sin embargo, estos son periodos genéricos, aproximativos, no reales en absoluto, lo que ha sido puesto de manifiesto por la Corte Constitucional de Colombia, mediante sentencia C-04 de 22 de enero de 1998 (Exp. D-1722), con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía declaró que:

> "(...) la ciencia médica ha llegado a una conclusión diferente: la duración del embarazo que culmine en el nacimiento de un ser humano, de una criatura que sobreviva a la separación completa de la madre, puede ser inferior a 180 días o superior a 300 días (...) la ciencia médica ha llegado a establecer sin lugar a dudas la posibilidad de nacimientos de seres humanos que sean el resultado de gestaciones de duración inferior a 180 días o superior a 300 días. La presunción de derecho del artículo 92(349) tiene una finalidad clara: permitir que se pruebe o se descarte la filiación, pues la calidad de hijo de una persona en especial, como es bien sabido, es parte del estado civil y determina, por lo mismo, derechos y obligaciones diversos, que no viene al caso enumerar (...)" (350).

4.2. Sustento de la presunción

La presunción de paternidad matrimonial "si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo"(351) tales como la fidelidad y la cohabitación (Mazeaud), que son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales (Josserand) de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto (Puig Peña).

En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última

(349) **Artículo 92.-** Presunción de derecho sobre la concepción. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

(350) CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-04, de 22 de enero de 1998.

(351) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*. Astrea, Buenos Aires 1981, p. 246.

como su principal fundamento(352). Bien se dice que la atribución de paternidad al marido de la madre no depende de la voluntad de las partes; ocurre por imperio legal, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada; no es un acto ni una consecuencia que pertenezca al poder dispositivo de los sujetos"(353). La presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y está generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial(354).

Es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, mas su fuerza no es absoluta, al tratarse de una presunción *iuris tantum*(355), admitiendo prueba en contrario(356), reservada al marido si ocurren las condiciones para contestar la paternidad de forma que si tiende a realizarla se transforma en *iure et de iure*(357). Fija la ley, para efectos de otorgar la legitimidad, un periodo en el cual debe haber ocurrido la concepción, por lo que será admitida acción judicial para probar que el plazo fue inferior o, respecto del hijo nacido después de la disolución conyugal, probar que el nacimiento del hijo en periodo superior se originó por retraso del parto(358). La presunción *pater est* está basada en aquello que habitualmente acontece –*quod plerumque accidit*– y es impuesta por razones de orden social altamente convenientes(359). Su basamento es de orden cultural y social en pro de la estabilidad de la familia al impedir que se atribuya prole adulterina de la mujer casada(360). Con esta presunción se potencia la paz familiar.

4.3. Derecho comparado y teoría que la sustentan

El artículo 361 es un artículo tipo en el Derecho comparado es recogido de manera expresa en Códigos civiles de Alemania, Argentina, Australia, Bulgaria, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Italia, Ley austriaca, Luisiana, México (Federal), Paraguay, Puerto Rico, Quintana Roo

(352) Espín Cánovas indica que "la jurisprudencia ha limitado acertadamente el alcance de la intrascendencia del adulterio de la mujer para la determinación de la paternidad declarando que el artículo 109 [362 en nuestro Código Civil] solo es aplicable cuando existe convivencia matrimonial, que es cuando rige la presunción del 108 [para nosotros artículo 361] (Sentencia 16 de abril de 1968)" (*Manual de Derecho Civil español*, 7ª edición, España, Ed. Revista de Derecho privado, 1982, Familia IV, p. 349).

(353) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 32.

(354) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y otro. *Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 43.

(355) El proceso de contestación de paternidad persigue negar la paternidad biológica del menor. Asimismo, la filiación derivada del simple estado matrimonial se constituye sobre la base de una presunción relativa o *juris tantum* que puede ser contestada o impugnada. Cas. N° 1182-2004-Junín.

(356) El hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido pero esta afirmación puede ser enervada con prueba en contrario. Cas. N° 389-1993, Lima.

(357) PECORELLA, Corrado: (voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 455.

(358) GÓMEZ, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 325.

(359) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. Ob. cit., p. 323.

(360) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. 6, 2ª edición, Atlas, Sao Paulo, 2002, p. 262.

(México), Québec, República Dominicana, Suiza, Uruguay, Venezuela y otros más, así como en los Códigos de familia de Bolivia, Cataluña, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, Panamá, entre otros tantos.

Toma una de las afirmaciones jurídicas más antiguas de las que se tenga memoria y se han ensayado una gran cantidad de teorías para fundarla(361), entre ellas tenemos:

- *Teoría de la accesión*.- De muy antigua data se recogen datos en las Leyes de Manú y al parecer en otros libros de derecho antiguos. Se basa en la propiedad del marido sobre la esposa y, por lo tanto, del fruto de esta –el hijo– idea reiterada en la edad media por algunos canonistas. Esta teoría también fue llamada dominical, dado que el marido tenía el carácter de ser dueño de su mujer.
- *Teoría de la vigilancia*.- Dada la potestad legal del marido de vigilar a su mujer, los hijos de esta deben atribuírsele.
- *Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa*.- Es una suerte de presunción de inocencia frente al delito de adulterio, pues se deberá reputar hijo del marido hasta que se pruebe el adulterio.
- *Teoría de la cohabitación exclusiva*.- Mantiene que la presunción descansa en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva, propia de la relación conyugal. Algunos autores la unen a la presunción de fidelidad que deben guardarse los esposos.
- *Teoría de la admisión anticipada*.- Parte de considerar el matrimonio como acto voluntario por el que el marido admite anticipadamente en su familia los hijos que nazcan de su mujer.

4.4. Antecedentes legislativos nacionales

Tiene como antecedente legislativo nacional la idéntica redacción del artículo 299 del Código Civil de 1936 y muy parecida, en sentido amplio y genérico, en el artículo 221 del Código de 1852 que fraseaba: "Los hijos nacidos o concebido durante el matrimonio tienen por padre al marido".

4.5. Requisitos para la operatividad de la presunción

La filiación 'legítima' (como técnicamente aún se le sigue conociendo) se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración sociojurídica que lo rodea a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. Desde mediados del siglo pasado se viene desenvolviendo un intenso movimiento favorable a

(361) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*, Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 36-39.

la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, distanciándose de la situación de los progenitores para calificar la filiación(362).

Para que opere la presunción de paternidad tienen que reunirse los siguientes requisitos:

- *Filiación materna acreditada*, la que se determina con la inscripción el Registro de estado civil.
- *Matrimonio entre la madre y el marido a quien se le atribuye la paternidad*, la constitución del título de estado de hijo matrimonial exige el matrimonio de los padres. Téngase en cuenta que aquí se incluyen los hijos de matrimonio putativo (art. 284) puesto que el matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los hijos si se contrajo de nueva fe. De manera clara el Código de familia de El Salvador considera que "Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges" (art. 141).
- *Nacimiento durante el matrimonio y antes de transcurridos 300 días de su disolución*, Nuestro código es bastante tajante al respecto pues solo habla de disolución, entiéndase natural o judicial. No establece aquellos casos, discutidos en la jurisprudencia comparada, en los que sin haber disolución de vínculo se mantiene vigente la presunción a pesar de existir claros hechos que determinaron la no aplicabilidad de la misma. Así tendríamos que, no debería presumirse la paternidad del marido con respecto al hijo que nazca después de los trescientos (300) días de la presentación de la demanda de anulación del matrimonio, de separación judicial o de divorcio, si estos fueron decretados, o de la separación de hecho de los cónyuges. No obstante, el hijo es matrimonial si se demuestra la paternidad del marido y el nacimiento se produce antes de los trescientos (300) días contados desde la disolución del matrimonio. El Código de familia de El Salvador indica en su artículo 141 que "(...) Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre".

Lo que sí existe es diversidad de criterios contrapuestos sobre este tema. Se ha sostenido en la doctrina argentina, por citar un ejemplo, que para que la presunción de paternidad adquiera efectividad jurídica es necesario que se haya concretado en una inscripción registral. En tanto ello no ocurra carece de efectos frente a terceros, respalda esta postura la redacción de la norma al afirmar que la filiación se probará por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil(363).

(362) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Ob. cit., pp. 10 y 11.
(363) Vide AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 382.

4.6. Vigencia de la presunción *pater est*

La presunción *pater est* tiene un carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas, pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto. Para que las presunciones, que en esta materia consagra la ley, no caigan peligrosamente en el terreno de las ficciones es menester tener bien claro el hecho que las nutre. Se trata de presupuestos biológicos que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan. Además, la ley debe presumir lo posible, entendiendo como tal lo fácticamente verosímil. En caso contrario la ley entra en el ámbito de lo absurdo(364).

Las situaciones más complejas por las que atraviesa la presunción *pater est* son:

4.6.1. Separación de hecho

Ha sido común la discusión sobre la vigencia de la presunción *pater est* mediando separación de hecho de los cónyuges. En la actual redacción del artículo 243 del Código Civil argentino (y 544 del Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998), se establece que cesa la presunción luego de pasados 300 días de la separación de hecho. Inicialmente solo era aceptada la separación que probara una absoluta imposibilidad fáctica de cohabitación aun cuando hubiera grave distanciamiento entre los esposos. Finalmente, entrada la segunda mitad del siglo pasado, entre los autores franceses y diversas Cortes de Apelación francesas, se fue afirmando la idea más amplia, doctrina según la cual una grave improbabilidad o imposibilidad moral, provocada por ciertas circunstancias fácticas puede ser equiparada a la imposibilidad material o física. Conforme este criterio, se ha considerado suficiente para la impugnación una prolongada separación de hecho que, unida a otras circunstancias, acrediten la "imposibilidad moral" de que el marido sea el padre; a igual solución se ha llegado en virtud del abandono del domicilio conyugal por parte de uno de lo esposos si ha durado toda la época de la concepción(365).

4.6.2. Determinación genética de la paternidad

En la actualidad, con la aparición de medios científicos de identificación y la comprobación del momento exacto de la concepción se debe ir dejando de lado estos criterios de incertidumbre de la paternidad sustentados en el riguroso conteo de los plazos, de presunciones(366), pues hoy es posible determinar de manera

(364) BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*. Ob. cit., 1981.

(365) Vide BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*. 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.

(366) Mediante una prueba de ADN se logra desvirtuar la presunción de paternidad, consagrado en el artículo 362 del CC. Lo cual permite adecuar la verdad biológica con el vínculo filial, superando la situación de incertidumbre por el solo hecho de contar con un documento oficial, donde figura una persona que en los hechos, no tiene calidad de padre biológico. Sentencia de 1ª Instancia, 10° Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. Nº 611-2008-0-1801-JR-FC-10, Lima 26/03/2012.

segura la paternidad con las modernas pruebas de ADN(367), como lo viene planteando la moderna jurisprudencia(368). Con pensamiento moderno ya lo avizoró Álvarez(369) quien indicó: "Lo que hasta aquí fue invulnerable presunción de legitimidad debe dar paso a los hechos de la vida; porque, por razonable que sea esta presunción, después de todo no es más que una apariencia que puede ser destruida por la prueba en contrario. Las presunciones deben ser consideradas, según expresión de un juez norteamericano, como murciélagos de la ley, volando en el crepúsculo, pero desapareciendo bajo el sol de los hechos reales; mientras que el examen de los grupos sanguíneos, rayo de luz en la delicada, difícil de aprehender y engañosa cuestión de paternidad, disuelve aquella presunción erigida artificialmente". El fin de toda investigación de filiación es hacer justicia, reparando el daño social, ya sea voluntario o involuntario. La determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta, por lo que debe darse a las pruebas que permitan asegurar este presunto nexo biológico toda la fuerza legal posible, a fin de evitar subterfugios que impidan o entorpezcan el conocimiento de esa verdad básica y esencial de todo ser humano, cual es su identidad (Verruno-Haas). Sin embargo, no es posible obligar a una persona a someterse a una extracción de sangre para efectuar análisis pertinentes a fin de entablar si verdadera filiación ello en virtud de garantías de naturaleza constitucional. Por esta parte, en el año 1987 se sancionó en Argentina la Ley Nº 23.511 sobre creación del Banco Nacional de Datos Genéticos que en su artículo 4 regula explícitamente una presunción en contra del renuente a someterse a pruebas de sangre, si bien no significó un completo avance sobre el tema(370), ya que se ha visto la extracción obligatoria de sangre en los casos de menores hijos de padres "desaparecido" ordenados por el juez y específicamente a los niños, no así a los mayores involucrados.

(367) Vide VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y genética*. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, coedición Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999.

(368) Sobre la presunción de paternidad: El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, no obstante, la vigencia de la Ley Nº 28457 establece como prueba de identidad genética la denominada prueba de ADN, a través de la cual el padre puede tener certeza absoluta sobre su progenie. Cas. Nº 4307-2007, Loreto, *El Peruano* 02/12/2008, p. 23451.

(369) ÁLVAREZ, José de Jesús. "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica" (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo). En: *Revista de Derecho y ciencias políticas*, Nº 9, Trujillo, 1968,

(370) Vide VERRUNO Luis, HAAS, Emilio y otros. *Manual para la investigación de la filiación*. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

4.6.3. Periodo técnico del embarazo

Respecto del cálculo de la edad gestacional del embrión, actualmente hay varias técnicas haciéndose más segura la estimación conforme avanza el embarazo. Por convención, los obstetras fijan la fecha del embarazo en semanas menstruales que se inician el primer día del último periodo menstrual (UPMN), esta es la edad gestacional. La edad embrionaria se inicia con la fecundación alrededor de las semanas luego del UPMN. En algunos casos puede ser difícil, en esta primera etapa, establecer la fecha exacta de embarazo porque depende de la memoria de la mujer de un evento que ocurrió semanas antes que se diera cuenta que estaba embarazada. Sin embargo, la valoración ultrasónica del tamaño del saco coriónico y su contenido embrionario permite que los clínicos estimen la fecha de fecundación con precisión. Este es el criterio internacional de medición embrionaria utilizado. Es el *Carnegie Embryonic Staging System* (Sistema de calificación de etapa embrionaria de Carnegie). Por otra parte, es posible estimar el tamaño del embrión al medirlo por ultrasonido, mediante una sonografía trasvaginal. Para estimar la edad fetal son útiles mediciones y características externas. La longitud coronilla-rabadilla (LCR) es el método para calcular la edad hasta el final del primer trimestre; en el segundo y tercer trimestre es posible identificar y medir ultrasonográficamente varias estructuras, pero las mediciones básicas son: diámetro biparietal , circunferencia cefálica, circunferencia abdominal, longitud del fémur, longitud del pie(371).

4.6.4. Procreación asistida

La filiación e incluso su moderna estructura legal en algunos códigos (Holanda, Québec, Francia) se han visto afectadas por las técnicas de reproducción asistida, las que se contraponen no solo a los postulados considerados en la ley sino a la misma esencia biológica y natural de la generación de vida de la cual se deriva la filiación. Se produce todo un desbarajuste al generarse un sinnúmero de variables filiatorias como consecuencia de las técnicas homólogas y heterólogas. Muchos códigos civiles han tratado de dar solución a estos problemas entre los que tenemos el de la Antigua Yugoslavia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Croacia, Checoslovaquia, Chile, Eslovenia Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Suiza, Kosovo, Macedonia, Montenegro, Serbia, Québec y Voivodina, sin dejar de considerar el Proyecto de Código Civil argentino, asimismo Códigos de familia como Bolivia, Cataluña, Costa Rica, entre otros tantos.

Respecto de la presunción *pater est* y su enfrentamiento con las técnicas de procreación asistida presentemos solo dos tipo de tratamientos modernos. El novísimo Código Civil de Brasil (2003) menciona en su artículo 1.597 que se

(371) MOORE-PERSAUD. *Embriologia clínica*. 6ª edición, Mc Graw-Hill Interamericana, México, 1998.

"Presumem-se concebidos na constância do casamento os filos (...); III. havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV. havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; IV. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido". Asimismo, en la sección pertinente a la filiación matrimonial, el Código de familia de Cataluña consagra en su artículo 92 un título especial referido a la fecundación asistida de la mujer, presentando las siguientes soluciones: "1. Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido. 2. En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurran en la misma las siguientes condiciones: a. Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte; b. Que se límite a un único caso, comprendido el parto múltiple y; c. Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días".

Las situaciones que se dan en la práctica y que generan duda en cuanto a su aplicación son:

- Filiación por fecundación homóloga.
    - El marido en vida.
    - Una vez fallecido el marido.
- Filiación por fecundación heteróloga.
    - Con autorización del marido.
    - Sin autorización del marido.
- Filiación de aquel concebido por mujer casada fecundada con semen de hombre casado, con la finalidad de entregar el hijo al dador del semen y su esposa.
- Filiación producto de maternidad sustituta.
- Filiación de embriones crioconservados.

4.7. Excepciones, situaciones de inaplicabilidad de la presunción

Las excepciones son dables. El Proyecto de Código Civil argentino (2012) que dice (art. 566) hasta los trescientos (300) días posteriores a:

- La interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio.
- La separación de hecho.
- La muerte.

El proyecto original consideraba, también, a la presunción de fallecimiento. Sin embargo, como bien identifica Azpiri, "solo habrá muerte presunta con la sentencia que así lo declare ya que de acuerdo al proyectado artículo 435 en ese momento se disuelve el matrimonio. A su vez, los artículos 85 y 86 establecen los plazos de 3 años, 2 años y 6 meses, según las circunstancias, para poder promover la demanda de muerte presunta y dentro de ese proceso es preciso publicar edictos durante 6 meses citando al ausente, tal como resulta del artículo 88. Por ese motivo, aun en el caso de plazos más reducidos, la sentencia que declara la muerte presunta tendrá lugar después de los 300 días de la separación de hecho que hace cesar la vigencia de la presunción. Por ello, *resulta imposible que el caso previsto en el artículo 556 respecto de la muerte presunta tenga vigencia práctica, y su enunciación resulta un error de técnica legislativa*. Con posterioridad a haber efectuado esta observación, se ha modificado la redacción del proyectado artículo 566 en la versión enviada al Congreso suprimiendo la referencia a la presunción de fallecimiento"(372) (las cursivas son nuestras).

Da Costa Pimenta menciona que teóricamente podemos concebir la extensión de esta presunción de paternidad a casos de concubinato duradero o de la existencia de comunidad de vida en condición análoga de cónyuges; pero son casos normales de inestabilidad, por lo que no se ha identificado los regímenes en cuanto al establecimiento de la relación paterna(373).

Nuestro Tribunal Constitucional(374) se ha pronunciado con un criterio especial en el sentido que no puede acreditarse fehacientemente la relación de filiación con el causante, puesto que la declaración de nacimiento se produjo 8 meses después del fallecimiento del causante, y fue hecha por un tercero, por lo que no se puede presumir que el hijo haya nacido dentro del matrimonio, resultando inaplicable la presunción de paternidad.

4.8. Limitación

No puede impugnarse la paternidad:

- Respecto del concebido (art. 365).

  Se sustenta en la teoría de los efectos favorables (art. 1) tomando en cuenta que, como sujeto de derecho especial, no le conviene quedarse sin padre. Luz Monge(375) considera que las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la impugnación antes del nacimiento se articulan por cua-

(372) AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de código civil y comercial". En: *Revista de Familia y las Personas*. Las Ley, julio de 2012, p. 115 en adelante.
(373) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*, s/l, Coimbra, Portugal, 1986, p. 87.
(374) Exp. Nº 1696-2004-AA/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional.
(375) MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. T. II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, pp. 479 y 480.

tro razones: (i) la acción contestatoria se opone a la regla *infans conceptus pro natu habetur*, (ii) las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento, (iii) la inutilidad de la acción, (iv) la imposibilidad de contestar una filiación inexistente. Algunos Códigos, como el argentino, permiten la acción de impugnación preventiva de paternidad(376).

- Si el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al matrimonio o cuando existe separación judicial (art. 366, incs. 1, 2 y 3):

  Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo; si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, y; si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paternofilial.

Todos y cada uno de estos casos van de la mano con la teoría de los actos propios.

5. Presunción reafirmatoria de paternidad

Mediante la presunción reafirmatoria de paternidad (art. 362) el hijo se presume matrimonial, mejor dicho se sigue presumiendo matrimonial, así la mujer declare que no es de su marido o esta sea condenada como adúltera(377) operando, de forma rígida y abstracta(378), la atribución legal o automática del vínculo paterno filial generada por la presunción *pater est*.

El planteamiento legal de la presunción de paternidad y el adulterio de la mujer son recogidos de un aforismo latino: *Quum possit mater adultera esse, et impubes maritum patrem habuisse*: La mujer puede ser adúltera y el hijo tener por padre al marido. Así también de un viejo precedente considerado en Las Partidas: "*Ensáñanse las mujeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos, dizen(sic) que los fijos que tienen en los viemtres(sic) o que son nacidos, que non son dellos, más de otros (...); por tales palabras, que el padre,*

(376) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 250 y 251.

(377) El antecedente local de esta norma es el artículo 300 del Código Civil de 1936 y es un rezago del delito de adulterio del derogado Código Penal de 1924, artículo 212.

(378) La presunción *pater is est quem nuptiae demostrant* no puede ser aplicada de manera rígida y abstracta. Por el contrario, tal presunción necesariamente debe ser aplicada teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor y considerando el derecho a la identidad que tienen los menores. Cas. 1594-2005, Tacna, publicado en *El Peruano*, 01/12/2006, p. 18041. Asimismo, deben preferirse las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y dejar de aplicar las normas que se oponen a esta finalidad, considerando la jerarquía de la norma y los instrumentos internacionales y en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre los derechos a la identidad y demás inherentes a un menor de edad. Sentencia 1ª Instancia, Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia del Santa, Exp. Nº 2003-0839-251801, 29/09/2004.

o la madre dixessen, non deve el fijo ser desheredado, nin le empece en ninguna manera"(379).

El Código italiano nos dice que *la sola dichiarazione della madre non esclude la paternità* (art. 235, 5 párrafo) principio que deriva del carácter de indisponibilidad de la acción y de la irrelevancia de la confesión de la madre(380).

6. Impugnación de la paternidad matrimonial

En un inicio el principio de protección de la familia no admitía otro supuesto de impugnación de la paternidad que la imposibilidad física del marido (impotencia o infertilidad).

Con ejemplos insólitos nos han ilustrado tratadistas como Peña Bernaldoz de Quiroz, quien dice que no procedía la indagación paternal aun cuando el hijo tuviera las características del amante de la mujer, aunque las pruebas de sangre excluyan al marido de la mujer y no así al amante. Cecilia Grosman escribe que el marido blanco no podía desconocer al hijo mulato de mujer blanca, si previamente no demostraba el adulterio u ocultamiento de parto. Diez-Picazo, citando a Albadalejo, establece que la afirmación legal de paternidad matrimonial es inatacable, aunque la madre y el marido sean blancos, el hijo mulato, la madre haya sido condenada por adulterio cometido por un negro y, además, la prueba de los grupos sanguíneos demuestre que el ser dado a luz por la mujer no puede ser hijo del marido.

Ver para mayor detalle el Capítulo V, Acciones de filiación.

6.1. Supuestos para impugnar la paternidad

El Código Civil de 1984 originariamente consideraba cuatro (4) supuestos a la par que el Código del 36 (art. 301) y del 52 (art. 222), que son los siguientes:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

   Tómese en cuenta que no puede producirse una gestación a plazo menor a los 180 días, considerando que la concepción se produjo el día del matrimonio, para mayor felicidad el día de la luna de miel –el primer encuentro de los cuerpos– consumando el matrimonio (con el acto sexual), acabado, afianzado luego de formalizado con la ley (matrimonio rato y consumado).

2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 de los 300 días anteriores al del nacimiento del hijo.

(379) Part. III, tít. 14, ley 9.
(380) SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Tomo IV, Milano, Giuffré Editore, 1997-2002, p. 576.

Se trata de imposibilidad física –acceso carnal, coito– que no permita la concepción matrimonial. Los casos pueden ser diversos (desaparecido, ausente, hospitalizado, encarcelado, destacado laboralmente en otro lugar). No se trata solo por estados de alejamiento del domicilio sino por otros (inconsciencia, enfermedad) de allí la frase *dadas las circunstancias* que, dicho sea el paso, pueden ser muchas y por demás variadas.

3. Cuando está judicialmente separado durante los primeros 121 de los 300 días anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.

   Se trata de una separación de cuerpos declarada *de iure* –no *de facto* que nada tiene que ofrecer–.

   La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación dejando subsistente el vínculo matrimonial (*divortium ad thorum et mensam* - tálamo y mesa) (art. 332) Vide Tomo II. Al no existir el deber de cohabitación y de por medio sentencia –que no exime del deber de fidelidad– se facilita la impugnación de paternidad respecto del hijo nacido dentro de los plazos en que se dio la separación de cuerpos, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo(381).

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

   Se refiere a la infertilidad, a la *generandi*. Esterilidad. Incapacidad de procrear, por más que no se yerga y permita el coito. No a la impotencia *couendi, erigendi*, o disfunción eréctil. Impotencia. El impotente, que carece de la capacidad de penetrar, puede que tenga la capacidad de fertilizar.

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.

   Incorporado por el artículo 2 de la Ley Nº 27048(382).

Este inciso no es un supuesto; es una realidad que acredita con la prueba de ADN la no existencia del vínculo biológico del hijo con el marido de la mujer.

(381) La acción impugnatoria de paternidad legítima se confiere al hombre casado respecto del hijo que hubiera alumbrado su mujer y del que no se crea padre recayendo en él la carga de la prueba. Si los hechos y pruebas aportadas al proceso llevan al convencimiento del juzgador que el actor ha cohabitado con la demandada los 121 días de los 300 anteriores al nacimiento de la menor, resulta inadmisible para demostrar lo contrario la prueba a que se refiere el artículo 413, por estar referida a la filiación matrimonial. Exp.1205-93, Lima, 1/2/1994. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*. Ed. Legrima, Lima 1997, p. 217.

(382) DOEP, 6/1/1999.

Más allá de ello, *exprese verbis,* considera la norma que el juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado la bioprueba.

Así, se hace coexistir, las presunciones (socialidades) (incs. del 1 al 4) con la realidad (geneticidad) (inc.5) sustentada en las pruebas positivas de paternidad.

7. Cláusulas de preservación de presunción *pater est*

- *Impedimento de viudez, divorcio o invalidación*

  El Código establece en el inciso 3 del artículo 243 que no se permite el matrimonio de la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado.

  Se dispensa el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente.

  El fundamento de este plazo radica en el propósito de evitar la *turbatio sanguinis* con el otro matrimonio, contraído antes del plazo máximo de gestación, podría originar en razón que se encuentra activa la presunción de paternidad del primer marido. En efecto, se verifica la necesidad de dejar claramente establecida la paternidad del hijo que la viuda pudiera alumbrar después de la muerte de su primer marido (*vid*e Tomo II).

- *Imposibilidad de reconocer hijo de mujer casada*

  El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable (art. 396).

- *Imposibilidad de reclamar judicialmente la maternidad de mujer casada*

  Si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción judicial de declaración de maternidad extramatrimonial en caso de que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable (art. 404).

IV. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD MATRIMONIAL

Claro está que una cosa es maternidad y otra paternidad.

Esta diferencia no se limita al plano biológico sino, también, al aspecto legal en lo referente a su determinación.

La relación filiativa completa implica paternidad y maternidad. Mas esta doble relación no es simétrica, fáctica ni jurídica. No es igual la relación del hijo con su madre que con su padre. La maternidad es directa, inmediata y de fácil determinación por el hecho de su configuración en la gestación y el parto. El parto de

la mujer determina su maternidad, una suerte de *nudo de atraque*, aunque nada la relaciona ni vincula con el hombre, un *nudo gordiano* en su determinación. La paternidad es indirecta, mediata y de difícil determinación, siendo las presunciones un mecanismo ideado por la normativa para su establecimiento, situación que no se da en la maternidad. Los anglosajones expresan el adagio, a manera de breve sentencia popular *Maternity is a matter of fact, paternity is a matter of opinion.* La maternidad es una cuestión de hecho, la paternidad una cuestión de opinión. No obstante ello, no siempre es posible determinar la maternidad (caso de los expósitos, abandonados, hospicianos, huérfanos).

La determinación legal de la maternidad es la misma, una sola, tanto para la matrimonial como para la extramatrimonial(383), de allí que se diga que se trata de un *sistema de determinación unitario* (Suiza, 252, Venezuela 197, Portugal 1803, Italia 269, El Salvador Código de familia, 136)(384), situación distinta de lo que sucede con la paternidad, en la que impera un *sistema de determinación binario, i.e.* uno para la paternidad matrimonial y otro para la extramatrimonial.

8. Sistemas de determinación

En el Derecho comparado, siguiendo los estudios de Pereira Coelho y De Oliveira(385), Famá(386) y Madaleno(387), debemos considerar dos sistemas o modelos distintos para determinar la maternidad:

8.1. Biologicista, impositivo o forzado

Aquellos que dan prevalencia al elemento biológico siguiendo las máximas *partus sequitur vemter* y *mater semper certa* (sistemas latinoamericanos).

La maternidad puede ser entendida como una simple consecuencia del puro hecho biológico que es el parto. Este debe ser llevado a conocimiento del registro civil recibiendo la declaración de nacimiento de un hijo y la identidad de la parturienta que, sin tener que intervenir en el acto del registro, queda considerada como madre del nacido. En este sistema, la maternidad se impone a la madre, que no puede dejar de asumir dicho estatus jurídico inherente. Las razones que sustentan este régimen es el respeto incondicional por el derecho del hijo al

(383) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 327. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 9.

(384) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida.* La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 15.

(385) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*, Vol. II, Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 58.

(386) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 30.

(387) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 4ª edición, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 498.

establecimiento de sus vínculos, un sentimiento fuerte de autoresponsabilidad social y familiar acompañada de una sumisión total a los lazos de sangre. La determinación de la maternidad por el parto responde a que determina el proceso de la gestación iniciado con la concepción: madre es la que concibió (el respeto de la verdad biológica se impone)(388).

8.2. Voluntarista, libre o individual

Aquellos que dan prevalencia al elemento voluntarista otorgando a la madre sea el derecho de reconocer o el derecho a resguardar su identidad y desconocer a su hijo (parto anónimo, *accouchemene anonyme, accouchemen sous X*), Austria, Brasil, Francia(389), Italia, Luxemburgo.

El parto y la asunción de un estatuto jurídico de madre no están necesariamente ligados. La mujer puede parir, el nacimiento del hijo es registrado, mas ella solo se torna jurídicamente madre si practica el acto jurídico autónomo del reconocimiento. Esto quiere decir que queda abierta la posibilidad de la mujer de no practicar este acto, de no admitir (recusar, oponerse) el estatuto de madre, dejando al hijo sin el vínculo establecido. Esta orientación tiene un propósito que evitar: que las mujeres grávidas interrumpan la gestación siempre que no puedan o no quieran desempeñar el papel de madres; con este sistema ellas saben que pueden parir sin asumir el estatus de madre. Por otro lado, este sistema presupone que no es ventajoso para el hijo tener una madre forzada, ausente y desinteresada, que puede ser sustituida con ventaja por una madre adoptiva. Permite el parto anónimo (la mujer guarda el secreto de su identidad al momento de parir, de forma que recién nacido pase a una institución de guarda para luego ser adoptado, reduciendo los casos de infanticidio y abortos).

9. Determinación imperante

Si hacemos una interpretación a contrario sensu del artículo 371, la maternidad corresponde a la madre que parió, que trajo al mundo –de sus entrañas– al hijo, *partus sequitur vemter.* Preñada, gestante y parturienta en madre se transforma. Cada uno de estos estados son hechos jurídicos que generan una consecuencia filiativa. Siguiendo los criterios paulianos la maternidad es siempre cierta y demostrada está, física y objetivamente, (*Mater semper certa est*). Cuando la mujer está casada se acredita, conjuntamente con la maternidad, la paternidad de su marido con base en la presunción *pater est*. La maternidad activa la paternidad

(388) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 148.

(389) Code, "artículo 341-1 (introducido por la Ley Nº 93-22 de 8 de enero de 1993 artículo 27 diario oficial de 9 de enero de 1993). En el momento del parto, la madre podrá solicitar que se preserve el secreto de su ingreso y de su identidad".

del marido. Como dice Ferrando "la atribución de paternidad del marido presupone que el hijo haya sido generado por la madre" (390).

La determinación de la maternidad se limita *in substantia* a la constatación de dos hechos concretos, fácilmente demostrables, parto e identidad:

- *Parto de la madre*, constituye el hecho que, probado, atribuye ipso iure la maternidad por aquello que el parto sigue al vientre o la maternidad, biológicamente, siempre es cierta(391). Quien da a luz es a quien se le atribuye la prole como suya. A pesar de ello, asumir que la maternidad se prueba, única y exclusivamente, con el hecho del parto es, por demás, insuficiente. De allí que se exija la identificación de uno y otro, porque surge el segundo hecho.
- *Identidad del hijo parido*, el niño que la mujer dio a luz en el parto es a quien más tarde se inscribe como suyo(392). Identidad de ella y de quien parió, ambos individualizados y unidos por el parto acreditan una relación materno filial.

En conclusión, ambos hechos (parto e identidad) deben estar claramente determinados. Es al parido a quien debe inscribírsele como hijo de la mujer que lo parió. Hay una relación directa que el parto va de la mano con la identidad de la mujer parturienta y del parido por ella. Pero el parto no está suelto, ni la mujer soltera es. De por medio hay un matrimonio, de forma que con base en este debe establecerse la filiación materna. Con esta y a fin de atar la maternidad al matrimonio, el Código plantea el hecho que la filiación matrimonial se prueba con la partida de nacimiento y la partida de matrimonio (títulos de estado) (art. 375).

Sin embargo, en el fondo se trata de un sistema biologicista, de manera tal que la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, tal como reza el artículo 242, del Código argentino(393). Esta fórmula opera incluso *contra* la voluntad de la madre pues se funda en la comprobación objetiva, necesaria pero suficiente, del presupuesto biológico(394). Es decir, probado el nacimiento, a través del parto de una mujer y verificadas las identidades de la parturienta y el parido, la maternidad

(390) FERRANDO, Gilda. *Manuele di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005, p. 240.
(391) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 322.
(392) Ibídem, p. 324.
(393) El Proyecto de Código Civil argentino, 2012 (art. 565.- Principio general): En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstetra o agente de salud si correspondiere, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas.
(394) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 327.

queda establecida ipso iure. Como dice Famá[395], se trata de un supuesto de determinación *legal* de la filiación que se centra en el presupuesto biológico y prescinde del elemento voluntarista típico del emplazamiento filial. El certificado de nacimiento vivo es el documento clave para el entronque matrilineal, sin que sea menester su reconocimiento pues opera incluso contra la voluntad de la madre al fundarse en la comprobación objetiva del presupuesto biológico. Esto implica una importante excepción al principio del emplazamiento en el estado filial a diferencia del reconocimiento.

Méndez Costa y D´Antonio[396] así como Famá[397] consideran que bajo este sistema no se requiere capacidad de la progenitora (puede ser menor de edad o insana), puesto que la determinación de la maternidad prescinde de su voluntad; a contrario de lo que sucede con el reconocimiento que en su esencia es netamente voluntarista. Es así que, desde una perspectiva voluntarista, la determinación de la maternidad sin reconocimiento violenta el carácter personalísimo de la voluntad creadora del vínculo jurídico filial y, por ende su inherencia personal[398]. Obvio, por más está decirlo, que si la maternidad así establecida no corresponde a la realidad podrá ser impugnada[399] [400].

10. Caracteres

La prueba de la maternidad se caracteriza por[401]:

- *Facilidad*, resulta del parto que, finalmente, es un hecho biológico aparente, notable, susceptible de prueba directa.
- *Dualidad de la prueba materna*, incluye la demostración de dos elementos: (i) parto de determinada mujer e, (ii) identidad de quien pretende beneficiarse de la prueba con la persona que nació de ese parto. Sin embargo, el parto solo no es prueba de filiación pues debe ir de la mano con la identidad del recién nacido (parto de quien fue parido).
- *Prioridad de la prueba de maternidad y activación de la paternidad cuando hay matrimonio*, establecida la maternidad y habiendo matrimonio queda

(395) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 32.
(396) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. T. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 32.
(397) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 37 y ss.
(398) ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. T. II, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 328.
(399) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. T. II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 383.
(400) SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. T. V, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 511.
(401) AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*, Vadell hermanos editores, Caracas, 2002, pp. 338 y 339.

determinada la paternidad del marido, i.e. la presunción *pater est* solo funciona cuando queda demostrada la maternidad y el matrimonio.

11. Impugnación de la maternidad matrimonial

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo (art. 371).

- *Parto supuesto*, una mujer que finge preñez a fin de quedarse con el hijo de una parturienta. Hay solo una mujer que da a luz mientras que la otra aparenta –embarazo y parto– a fin de quedarse con el niño. Una mujer aparece inscrita como madre de un niño cuando en realidad no ha dado a luz[402]. Siempre hay un dolo. *Aparenta madre quien no parió.*

- *Suplantación del hijo verdadero*, es el caso de sustitución, se trata de un cambio; puede ser por error o dolo. Se atribuye la maternidad de un hijo a una mujer que no fue quien lo parió. Aparece como madre legal una siendo otra la biológica. Hay dos mujeres que dan a luz y un cambio de los niños recién nacidos, sea por negligencia del establecimiento médico o por una maniobra dolosa[403] (por muerte o defecto del niño nacido, beneficiándose a la mujer que parió un *non nato* o discapacitado). *Aparenta madre quien parió a otro.*

Se presenta en aquellos casos en los que se ostenta la calidad de hijo matrimonial de una mujer que biológicamente no lo es. No hay vínculo de filiación entre ellos, el hijo y quien como su madre aparece no lo son tal, no hay matrilinealidad. Es una acción no tan recurrida como al de impugnación de paternidad pero, sin embargo, es más importante que otras acciones ya que si falta el vínculo de la madre resulta más complejo determinar la paternidad.

La impugnación de la maternidad matrimonial produce ipso facto la caída de la presunción de paternidad matrimonial. Queda destruido el presunto vínculo entre el hijo y el marido de quien aparecía como su madre, sin serlo.

Ver para mayor detalle el Capítulo V, Acciones de filiación.

(402) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 537.
(403) Ídem.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho civil: parte preliminar y parte general*. 5ª edición actualizada, T. I, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ÁLVAREZ, José de Jesús. "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica" (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo). En: *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Nº 9, Trujillo, 1968.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia.* Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.
- AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y comercial". En: *Revista de Familia y las Personas.* La Ley, julio de 2012.
- AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad.* 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia.* Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, 10ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad.* 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- CÁNOVAS, Espín. *Manual de Derecho Civil español.* 7ª edición, Revista de Derecho privado, Familia IV, España, 1982.
- CICU, Antonio. *La filiación.* Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Tomo II, 6ª edición, Studium, Lima, 1987.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*, s/l, Coimbra, Portugal, 1986.
- DINIZ, Maria Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero.* 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Perú Andino, Lima, 1988.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. 7ª edición, Revista de Derecho Privado, Familia IV, España, 1982.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

- FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960.
- FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*, 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de familia*, 14ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001.
- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias Supremas Civiles* (1993-1996), Legrima, Lima, 1997.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de família*. 4ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. T. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y otro. *Derecho de Familia*. T. III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986.
- MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- MOORE-PERSAUD. *Embriología clínica*. 6ª edición, Mc Graw-Hill Interamericana, México, 1998.
- PECORELLA, Corrado. (voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré, Milano, 1958-2004.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II, Direito da filiação, T. I, Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. T. II, 4ª edición actualizada, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de familia, volumen 6, 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. T. V, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SESTA, Michele. (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, T. IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y gen*ética. *Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Coedición Universidad de Lima - Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6, 2ª edición, Atlas, Sao Paulo, 2002.
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- VERRUNO Luis, HAAS Emilio y otros. *Manual para la investigación de la filiación*. 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. T. II, 3ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1998.

CAPÍTULO CUARTO

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

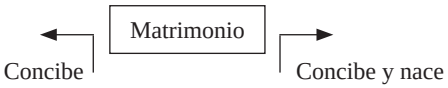
CAPÍTULO CUARTO
DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

I. Generalidades. **II.** Antecedentes. **III.** Filiación extramatrimonial. **IV.** Declaración judicial del vínculo paternofilial. **V.** Investigación de la paternidad. **1.** Antecedentes. **2.** Concepto. **3.** Limitaciones. **3.1.** Limitaciones derogadas. **4.** Presunciones legales de paternidad. **4.1.** Antecedentes. **4.2.** Surgimiento. **4.3.** Objetivo. **4.4.** Presunciones en el Código. **4.5.** Naturaleza jurídica. **4.6.** Actualidad. **5.** Principio de prueba. **5.1.** El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva. **5.2.** La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores. **6.** Incorporación de la prueba de ADN. **VI.** Sistemas de investigación de paternidad. **7.** Sistema prohibitivo. **8.** Sistema permisivo. **8.1.** Sistema abierto. **8.2.** Sistema cerrado. **8.3.** Sistema cerradísimo u obtuso. **9.** Sistema mixto. **VII.** Declaración judicial de la paternidad. **VIII.** Efectos de la falta de determinación de paternidad. **10.** Hijo alimentista. **11.** Expósito. **12.** Hijo póstumo. **IX.** Prueba en la determinación del vínculo paternofilial. **X.** Declaración voluntaria de la paternidad. **XI.** Investigación de la maternidad. **13.** Generalidades. **14.** Antecedentes. **15.** Presupuestos. **15.1.** Parto. **15.2.** Identidad del hijo. **16.** Contenido del artículo 409. **17.** Tratamiento en el Derecho comparado. **18.** Procreación asistida. **19.** El nuevo proceso en la determinación de la maternidad.

I. GENERALIDADES

Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio (art. 386).

La calidad filial extramatrimonial se establece cuando la concepción y su inmediata consecuencia biológica (el nacimiento) se producen fuera del matrimonio. Esta regla permite determinar qué hijos son extramatrimoniales y cuáles no.



Los hechos biológicos jurídicos, concepción y nacimiento generados fuera del matrimonio determinan la naturaleza de la filiación (dejamos para un análisis posterior las procreación asistida que rompe con este postulado).

El supuesto planteado en el artículo 386 guarda relación con lo preceptuado en el 361, en el sentido que son hijos matrimoniales los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución. Si no existe un matrimonio, que consolide los hechos jurídicos biológicos de la concepción y del nacimiento,

los hijos serán extramatrimoniales. Debe tenerse presente que el Código de 1984 avanzó en el contenido del artículo 348 del Código del 36 que establecía "Son hijos ilegítimos los nacidos fuera del matrimonio", fórmula inexacta que desfavorecía a la filiación matrimonial(404) y este último del Código del 52 que consideró como "hijos ilegítimos, los que no nacen de matrimonio, ni están legitimados" (art. 235).

Las diferencias entre el Código vigente y el derogado radica en lo siguiente:

- Se utiliza el término hijo extramatrimonial que implica que no existe matrimonio entre los progenitores.
- Para tener la calidad de hijo extramatrimonial es necesario ser concebido y además nacer fuera del matrimonio.
- De manera tal que son hijos matrimoniales los:
  - Concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro de él (hijo prematuro).
  - Nacidos fuera del matrimonio pero concebidos dentro de él (hijo posmatrimonial).

II. ANTECEDENTES

Las dos clases de filiación, matrimonial y extramatrimonial, tienen sus antecedentes y deben su origen al Derecho Romano. Y es que en Roma el advenimiento de la prole se consideró como un beneficio de los dioses y su falta como un castigo, lo cual se explicaba porque, con la perpetuación de la descendencia, se procuraba la existencia de personas que rindiesen culto a sus antepasados(405).

Los antecedentes históricos datan del Derecho de la Roma Clásica donde se estimulaba la unión matrimonial dando fijeza, certidumbre y estabilidad a los derechos y obligaciones emergentes de la procreación y a las relaciones parentales derivadas de la unión matrimonial. Una de las características esenciales del Derecho Familiar Romano fue dividir a los hijos en aquellos habidos dentro del matrimonio y los habidos fuera de él. Tradicionalmente, la doctrina la distinguía en filiación *legítima* de la *ilegítima* determinando para aquella un trato privilegiado y degradando a esta última, discriminando, apartando, denigrando, segmentizando a los hijos extramatrimoniales, muchos de los cuales han llegado a ser más que famosos y por demás importantes en la historia de la humanidad(406). Este criterio

(404) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, T. II, Lima, Librería Studium, 1987, p. 89.

(405) BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Santa Fe de Bogotá, Ed.Gustavo Ibáñez, 1996, p. 36.

(406) Entre ellos tenemos: Juan de Austria, Leonardo da Vinci, Erasmo de Rótterdam, Catalina II - La Grande, Alejandro Dumas, Lawrence de Arabia, Eva Perón, Alejandro. Otros: Atahualpa (hijo ilegítimo de Huayna Cápac), Guillermo el Conquistador, Boccacio, Francisco Pizarro, Wagner, Carlos Gardel, Marilyn

prevalece hasta nuestros días para efectos de la determinación de la filiación mas no para la jerarquía filial, la cual ha sido desplazada por el principio de igualdad (unidad de la filiación), equiparándose la relaciones paterno filiales. La protección a las relaciones matrimoniales trajo como consecuencia la sanción de las uniones sexuales extramatrimoniales de manera tal que constituían delito los concúbitos venéreos de dos personas libres (*stuprum*) o de una persona libre con una que no lo fuese (*contubernium*). En los casos antes mencionados el fruto de la concepción no era considerado ni siquiera como hijo natural.

Tratativa diferente mereció la figura del concubinato. El vínculo que derivaba del mismo configuraba similar certeza que la del matrimonio(407), relaciones *more uxorio*. Sin embargo, este criterio de paridad de la relación vincular solo tuvo vigencia hasta que el Derecho Canónico afianzó el nexo matrimonial monogámico basándose en el axioma jurídico *enfamado es de fecho aquel que non nasce de casamiento derecho*(408) tomado de la Ley de las Siete Partidas (Setena Partida, Título VI, Ley II).

III. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, *iussu iudicis* (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (art. 387)(409). Son dos las formas, por decisión o imposición(410).

Monroe, el cardenal César Borgia y el papa Clemente VII. Sin confirmar: Cristóbal Colón, el Libertador San Martín, Fidel Castro. <www.enriquevarsi.com> 3/8/**12.**

(407) SOLARI, Néstor. "Presunción de la paternidad extramatrimonial derivada de la convivencia". En: *La Ley*, año LXIX, Nº 56, 21 de marzo de 2005, p. **1.** En este trabajo el autor trata de encontrar la incidencia que "tiene la convivencia de la madre con un hombre, al tiempo legal de la concepción del hijo, a los fines de atribuirle la paternidad al conviviente del hijo de su compañera".

(408) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, T. II, Lima, Librería Studium, 1987, p. **90.**

(409) En cuanto a las pruebas que acreditan la filiación extramatrimonial, el artículo 387 del Código prescribe que únicamente pueden serlo el reconocimiento y la declaración judicial. Acreditando los demandantes el entroncamiento con el causante y su vocación hereditaria con las partidas de nacimiento inscritas por mandato judicial, el cual derivó de una sentencia, la cual ha quedado consentida, debe estimarse su pretensión. Cas. Nº 918-2004-Lima.

(410) Los únicos medios de prueba, de la filiación extramatrimonial –según el artículo 387 del Código Civil– son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad, en ese sentido señalan los demandantes que su filiación está plenamente acreditada con su inscripción por mandato judicial que derivó de una sentencia. De este modo, se encuentra plenamente establecida su condición de hijos y por ende herederos forzosos del causante, no habiéndose podido probar en el desarrollo del proceso que su filiación no esté acreditada de forma indubitable motivadamente descrita. Cas. Nº 918-2004-Lima. Sala Civil Transitoria de Corte Suprema de Justicia de la República. Que los medios probatorios para acreditar una filiación extramatrimonial están expresamente determinados en el artículo 387 del CC los cuales son el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad, en el caso de autos se

Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho de *status personae* pero no del *status familiae*, en especial *status filii.* Tendrá un nombre pero no se le adjudican relaciones familiares paterno-filiales, salvo que esté reconocido o exista sentencia que lo declare. Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna y viceversa, sin que por establecer una se induzca la existencia de la otra (situación dispar que pasa en el matrimonio, pues la determinación de la maternidad lleva de la mano el establecimiento de la paternidad).

Actualmente, lo dispuesto por este artículo 386 ha quedado desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético sexual y la crioconservación de embriones pues puede perfectamente concebirse un hijo antes o dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso luego de transcurrido en exceso el plazo de 300 días, estos casos de implantación posmatrimonial vienen alterando la calidad legal y el estado civil de los hijos. Estos casos, diversos y controversiales, ameritan un análisis especial (vide Capítulo Sétimo) tomando en cuenta la doctrina y jurisprudencia existente y la normativa naciente(411).

IV. DECLARACIÓN JUDICIAL DEL VÍNCULO PATERNOFILIAL

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Se presenta, entonces, como la constatación jurídica de la paternidad biológica(412) lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público.

La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario(413) del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión,

observa que la impugnante no aportó prueba idónea que acredite haber sido hija reconocida de su presunta madre, siendo que de por sí la partida de nacimiento inscrita judicialmente aportada como medio probatorio no resulta ser prueba suficiente. Cas. Nº 263-2003-Lima. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

(411) El artículo 570 del Proyecto de Código civil argentino establece que: "La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida o por sentencia en juicio de filiación que la declare tal".

(412) VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Bosch, Barcelona, 1993, p. 16.

(413) Es loable la campaña que inició en 1997 la institución sueca de protección a la niñez Rädda Barnen a través del programa Demuna a efectos de promover los reconocimientos voluntarios sosteniendo como premisa: "Si no reconocimos a nuestros hijos en el momento oportuno. Estamos a tiempo de hacer la mejor inversión de nuestras vidas: reconocerlos ahora". Los resultados fueron favorables. Cfr. "Padres reconocen en un mes a más de 300 niños". *El Comercio*, Lima, 14 de diciembre de 1997, sección A, p. 39.

desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impiden el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc.(414).

El perjudicado con esta ingratitud paternal goza de la facultad de solicitar a través de una demanda se practique la investigación judicial correspondiente y se declare la relación jurídico-familiar a través de una sentencia(415) previa comprobación de los hechos y las pruebas aportadas pudiendo, incluso, con legítimo derecho, exigir la reparación civil por el daño causado al no haber cumplido el padre con la obligación moral de reconocerlo en su momento(416). Ser padre, a decir de Lloveras(417), es más que un derecho a generar descendencia, es un deber cuyo cumplimiento comienza con el reconocimiento legal del niño. Siguiendo el criterio racionalista (a lo Descartes), podemos decir "procreo luego reconozco" debiendo ser la solución natural.

La declaración judicial de la filiación implica un proceso en el que finalmente el juez, como dicen algunos, reconoce en nombre del progenitor, mientras que otro sector sostiene que se trata de una determinación declarativa del vínculo filial.

En la actualidad en la vía judicial se admite todo tipo de pruebas(418), dejando de lado el viejo sistema cerrado.

(414) RÄDDA BARNEN. *Filiación*, Programa DEMUNA, Manual para promover reconocimientos voluntarios, Gráfica, Lima, octubre 1997, p. 7.

(415) CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. T. XVII, Giuffré Editore, 1958-2004, Milano, p. 476.

(416) Fallos judiciales al respecto en el Derecho comparado tenemos: 1) "Configura un daño moral indemnizable el no reconocimiento del menor por el padre que lo ha engendrado, ya que se le priva de una pertenencia que es reclamada agudamente por el niño y que es condición de un crecimiento y desarrollo sin sobresaltos de su personalidad sicológica" (Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-94, Cit. Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 11, p. 339); 2) "(...) la mera circunstancia de no realizar el reconocimiento espontáneo de filiación extramatrimonial constituye una ilicitud que ha generado en el menor un daño futuro y que debe resarcirse con independencia de su edad" (Cámara 1ª Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 28-4-94, Cit. Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 7, p. 387) e, incluso cabría citar 3) "(...) el desconocimiento del padre y la negativa a someterse a pruebas biológicas generan un agravio moral, futuro y cierto en el niño, ya que la historografía de su vida va a llevar siempre el sello de la actitud paterna renuente, por lo que se constituye en un daño indemnizable" (Cámara Nacional Civil y Comercial de Junín, 22-9-95, Cit. Revista de Derecho privado y comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Nº 12, p. 418).

(417) LLOVERAS, Nora y ORLANDINI, Olga. "El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema del Perú". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p, 40.

(418) El Código Civil de Québec (Canadá) establece "**Artículo 533.-** La prueba de la filiación podrá hacerse por todos los medios. Sin embargo *los testigos no son admisibles* si hay conocimiento de prueba, o cuando las presunciones o indicios resulten de hechos claramente establecidos que sean suficientemente graves para determinar la admisión".

V. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

Desde los orígenes del hombre pasando por los estados fundamentales de la evolución humana (salvajismo, barbarie, civilización) primó un derecho materno. La descendencia de la mujer fue siempre identificable (clara, precisa), no así la del hombre(419). La ley buscó, sin mucho éxito, dar una respuesta a este tema mediante el establecimiento de reglas en materia de filiación. Se plantearon, a lo largo del tiempo, sinnúmero de teorías llamadas a esclarecer los nexos parentales pero la indefinición siguió latente en cuanto al padre, había que buscarle el sustento real, práctico y efectivo. Situación nada fácil. La maternidad es un hecho; la paternidad siempre fue mera especulación. El compromiso natural de la mujer, la desaprensión personal del hombre fueron, y son, factores que fijan la relación parental (El padre y el hijo son dos. La madre y el hijo, uno: Lao-Tsé).

Cada cultura estableció su posición. Para los Bassari, tribu que vive apartada de la civilización en Fouta Jalon (entre Senegal y Guinea), el niño es exclusivamente "producido" por la madre; el varón solo deposita el esperma, no tiene ningún otro rol específico provocando un acontecimiento en el que, valgan verdades no participa. Son los inicios de la *teoría ovista*. Hasta el siglo XVI, la generación de la vida estuvo llena de interrogantes, la incertidumbre y perplejidad era lo que reinaba repercutiendo en la definición del parentesco, por obvias razones. A principios de 1500, Leonardo Da Vinci trató en sus bocetos temas de anatomía femenina, masculina y realizó una de las primeras representaciones gráficas del feto humano influenciando en el pensamiento científico renacentista. Luego, la *teoría espermetista* con su *homúnculo* –"pequeño hombrecito" dentro de cada esperma– sostuvieron que la única contribución de la hembra era proveer el ambiente para el desarrollo del espermatozoide. Es el hombre el que manda en la generación de la vida (tesis planteada antes por Platón que atribuía la generación al macho. También los griegos cuando decían que hacer un hijo es como meter un pan dentro del horno). En el siglo XVIII las tesis de los *ovistas* y *espermistas* eran insostenibles, habían cumplido su función de ilustración, de fines y etapas de la vida no pasaron. Como vanguardia se presenta la teoría de la *pangénesis* planteando que cada genitor colabora en la descendencia, lo que fue fortalecido por la teoría de la mezcla (*Blending theories*) en el siglo XIX considerando que la progenie es una mezcla (*blend*) de las características de los padres. Mendel, gracias a Dios, tuvo que dilucidar todo esto con el descubrimiento de la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética(420).

(419) ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Perú Andino, Lima, 1988, pp. 17, 57, 70, 104 como referencias.

(420) JACQUARD, Albert. *La leyenda de la vida*. La Olla gigante, Lima, 1992, pp. 105 a 131.

Lo cultural, lo biológico, debe amalgamarse con lo jurídico. Así, se producen cambios, no sé si para mejor, el hecho es que se producen. En Roma la filiación biológica era vista de otro modo[421] no porque no se diera importancia al dato biológico, sino porque se creía que, mediante los ritos de la adopción y la arrogación podía transmutarse la sangre (aunque, siguiendo la teoría política de la familia republicana, en la línea de Bonafante, también puede plantearse que el factor biológico fuera realmente irrelevante a este efecto). Otro tanto podría decirse del paradigma medieval, que se retroalimenta en el romano clásico. Sin embargo, en la era posdarwiniana (y posmendeliana) lo biológico se vuelve supremo. El *nomen, tractus* y *fama* resultan incomprensibles, como restos del pasado. Su razón se debió a la falta de tecnología, cuando en realidad no las motivaba eso, sino la existencia de un paradigma predominantemente abiológico de la filiación. No existían, además, las herramientas y medios para su averiguación. Lo biológico quedaba en un segundo plano, siendo interpretado por un sistema presuncional en el que se reconoce al matrimonio y la procreación como elementos claves (lo que la Iglesia llama amor unitivo). La procreación legalmente está garantizada, no así la fornicación.

Como antípoda al criterio de Paulo *Mater semper certa est etiam si vulgo concepterit* (Digesto, Lib. II, tít. IV, ley 4, § 3) se nos presenta el *Pater semper incertus –The father is always uncertain–* que tiene como base originaria el carácter inextricable, oculto, misterioso, enrevesado de las relaciones sexuales y el momento de la fecundación.

> "El fenómeno de la generación está, en cuanto al padre rodeado de un misterio casi impenetrable y pocas veces propicio a la justificación mediante prueba directa, razón por la cual es preferible establecer situaciones objetivas, solemnes y comprobables fácilmente que, por otra parte, sirvan de base para instaurar una presunción, allí donde no es posible instaurar una demostración"[422]. *The identity of a child's father is always in question.* Es indiscutible que la determinación de la paternidad ha sido un hecho de permanente preocupación

(421) Vide mayor referencia al respecto en RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho romano*. Astrea, Buenos Aires, 2001.

(422) FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada*. Hispano-Americana, México, 1947, p. 179.

por el Derecho, por los efectos que genera y por el tema de su probanza y fijación exacta. Es por este esquema que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden. Como dice la profesora brasilera Diniz, la imposibilidad de probar directamente la paternidad determinó que la filiación se asiente en un juego de presunciones fundadas en probabilidades(423). Su fuerza y trascendencia en el Derecho comparado han comportado una opción del legislador, útil en la práctica, a pesar de su desvinculación con el hecho biológico(424).

1. Antecedentes

Por regla general, y siguiendo los criterios tradicionales y decimonónicos, la investigación de la paternidad fue prohibida tomándose como argumento el chantaje contra los supuestos padres y la vulneración de la paz, intimidad e integridad de la familia legítimamente constituida por este. En aras de la protección de la familia el sistema jurídico actuó como cómplice del padre (autor) ocultándolo, desprotegiendo a la madre célibe y a los hijos extramatrimoniales (víctimas), manteniéndolos en estado de abandono y ostracismo(425). Dentro de este sistema, el *principio de razón* jugó un rol importante en el sentido que, de dos males se ha de preferir siempre el menor. Así, la consecuencia mínima será que un desgraciado quede sin padre, en vez de promoverse procesos escandalosos que destruyan familia del presunto padre.

Con este criterio Antonio Miró Quesada sustentó su posición contraria a la investigación de la paternidad, basándose, además "(...) en la imposibilidad material de acreditar la paternidad, dado el carácter misterioso de la generación, y alegando las perturbaciones de los derechos de familia, los escándalos sociales y los inconvenientes prácticos de todo género que origina aquel sistema cuando es sancionado por la ley positiva, combate abiertamente la investigación, principio que considera opuesto a la justicia y a la moral"(426).

Con énfasis y refiriéndose al sistema francés, Méndez Costa apunta que "pareció entenderse que como la relación de filiación comporta derechos y obligaciones, esos derechos y obligaciones solo podían tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre. Como resultado de este razonamiento se arribó

(423) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 376.

(424) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 41.

(425) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, Tomo II, Bogotá, Temis, 1999, p. 77.

(426) MIRÓ QUESADA, Antonio. "La investigación de la paternidad". En: *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*. Tomo XXV, Imprenta Liberal, Lima, 1898, p. 130.

a la prohibición de investigar la filiación pero, en concesión a la tradición solo se vedó la investigación de la paternidad y no de la maternidad"[427].

Regentadas por la influencia gala, la investigación de la paternidad fue rechazada en casi todas las legislaciones del siglo antepasado (XIX) y gran parte de las de mediados del pasado (XX), excepto en Austria, Dinamarca, España, Noruega, Prusia y Suecia.

Inmediatamente después de la Primera Guerra Mundial se presentan los primeros visos de adecuación de este criterio siendo fortalecido o, mejor dicho, difundido por los movimientos feministas llegándose a definir a nivel legislativo por los organismos internacionales después de la Segunda Guerra Mundial, etapa en la que surge un nuevo Derecho de familia, y en especial una estructura de la filiación liberal.

Este tema de la investigación de la paternidad es una de las conquistas del Derecho moderno pero no por ello deja de ser oscuro y sombrío, tanto por la dificultad frecuente en su probanza, su admisibilidad y por estar arraigado esencialmente en supuestos legales de paternidad. Actualmente, no puede el legislador evitar o prohibir la investigación de la paternidad (cosa que hacía el art. 403) aunque sí limitarla, máxime si se admite radicalmente que sobre un proceso de esta naturaleza están de por medio derechos fundamentales de la persona.

2. Concepto

Es la indagación realizada en proceso judicial de dos situaciones contrapuestas naturalmente:

- Quién es el padre de determinada persona siendo la idea declararlo; en este caso, la acción interesa al hijo.
- Quién no es el padre de otro que se supone como tal, declarado ab initio por la ley. En este caso, la acción interesa al padre.

La identificación de los intereses privados es compleja. Como es obvio, en la investigación de la paternidad están llamados a coexistir intereses forzosamente contrapuestos:

- El del hijo, dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico,
- El de la madre para que su hijo cuente con una filiación establecida y una manutención segura y,

(427) MÉNDEZ COSTA, María Josefa Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, p. 17 citando a RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. T. III, Trad. García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1963, Nº 1757.

- El del presunto progenitor, casi siempre opuesto a los anteriores, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento.

Todo ello lleva a considerar 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 derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad.

3. Limitaciones

Con este criterio es que el Código Civil mantiene algunas limitaciones legales para la determinación o investigación de la paternidad:

- ***Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial***

  Artículo 376.- 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.

- ***Imposibilidad de reconocer al hijo de mujer casada***

  Artículo 396.- El hijo de mujer casada *no puede ser reconocido* sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

- ***Imposibilidad de investigar la paternidad de hijo de mujer casada*** (referido a la aplicación de la prueba de ADN)

  Artículo 402.- (...)

  (...)

  Inciso **6.-** (...)

  Lo dispuesto en el presente inciso [se refiere a la acreditación genética de la paternidad] *no es aplicable* respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

- ***Imposibilidad de investigar la paternidad de hijo de mujer casada*** (referido a las presunciones)

  Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, *solo puede admitirse la acción* [declaración judicial de la paternidad extramatrimonial] en caso de que el marido hubiere contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

La justificación de estas limitaciones al actuar indagatorio del vínculo paternal se sustenta en el principio de la integridad familiar.

3.1. Limitaciones derogadas

La Ley Nº 27048 derogó los artículos 403 y 416 que establecían (básicamente el primero) otras limitaciones de una forma realmente denigrante y discriminatoria.

- ***Improcedencia de investigar la paternidad del hijo de mujer***

  Artículo 403.- La acción, en el caso del artículo 402, inciso 3, es improcedente si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada o tuvo trato carnal con persona distinta del presunto padre o si en la misma época fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre.

- ***Aplicación del hijo alimentista a falta de determinación de la filiación***

  Artículo 416.- Es de aplicación al caso que se refiere el artículo 415, lo dispuesto en el artículo 4**03.**

En cuanto a la derogación de estos artículos es que tienen su razón de ser en un sistema puro de presunciones legales, siendo discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad ante ley. Como se entiende, esta norma –el artículo 403 (y consecuentemente el 416)– es un rezago del sistema prohibitivo de investigación de paternidad. Es decir, nuestro Código, partiendo del supuesto de que haya existido concubinato en la época de la concepción, impidió indagar la paternidad: 1) por vida desarreglada de la madre; 2) relaciones sexuales con otra persona y; 3) por la imposibilidad de acceso carnal. Los dos primeros casos son discriminatorios, al referirse a los hijos extramaritales (básicamente llamados adulterinos o manceres) entre los que, de acuerdo a los principios constitucionales, no pueden existir ya diferencias. La investigación de su filiación deberá realizarse de manera común. El tercer caso es por demás obvio, el cual solo deberá ser alegado sin necesidad de un reconocimiento expreso de la ley.

Analicemos el sentir del artículo 403: ¿Qué quería decir objetivamente el Código con:

> "(...) vida notoriamente desarreglada". Es el caso típico de una prostituta a quien se le niega la investigación de la paternidad del hijo que tuvo con un cliente, y;
>
> "(...) trato carnal con persona distinta del presunto padre". Se refiere al caso de aquella mujer que, simultáneamente, mantiene relaciones sexuales con más de un hombre, sin necesariamente ser meretriz.

En ambos casos se niega la investigación de la paternidad. La acción no podrá ser ejercida por la madre sea por su oficio inmoral o conducta inapropiada, de manera que su hijo quedará sin padre. Las consecuencias de la norma son dirigidas contra la descendencia procreada limitando su derecho a conocer y determinar su filiación.

Analicemos, ahora, las consecuencias de la derogatoria:

Primer caso: Una prostituta, quien ofreció sus servicios sexuales a cambio de una suma de dinero, requiere la paternidad a un cliente en especial conociendo que –real y biológicamente– es el padre, pues motivó –adrede– dicho estado. ¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por el oficio de la madre? ¿La relación económica celebrada por el padre –dinero por placer– le exime de responsabilidad para con su real descendencia?

Segundo caso: Una mujer, quien comparte su vida sexual con más de un varón, concibe de uno de ellos. Socialmente esa paternidad es indeterminable, pero biológicamente cuenta con un progenitor. La madre podrá demandar uno a uno hasta dar con el que la fecundó ¿El hijo se quedará sin padre, a manera de sanción, por la conducta de la madre? ¿Los individuos que compartieron sexualmente a una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal?

Para ambos casos la pregunta será: ¿Prima la voluntad procreacional (ambos quieren el hijo) o la unilateralidad generacional (solo uno quiere el hijo)? Esta interrogante debe ser absuelta para encontrar la ratio de la derogación. Para ello, debe considerarse que la investigación de la paternidad es una facultad inherente del sujeto de derecho cuyo objetivo es indagar, adecuar y establecer la verdad biológica con la relación jurídica de la filiación. Como derecho, protege y encauza el interés por hallar sus orígenes familiares a través de los medios jurisdiccionales. El hijo no puede quedarse sin padre, a manera de sanción, ni por el oficio (prostitución) o conducta (relaciones sexuales con más de un hombre, heterismo) de la madre. La relación económica celebrada –dinero por placer– no exime al "cliente" de su responsabilidad como padre con su progenie así como que, de ninguna manera, los individuos que compartieron sexualmente a una mujer están eximidos de su responsabilidad paternal.

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

4. Presunciones legales de paternidad

4.1. Antecedentes

Desde la normativa romana se establecieron ciertas presunciones que el juez tomó en cuenta por medio del examen de circunstancias, hechos conocidos o indicios (*praesumptio hominis*) a fin de determinar la paternidad. Estas perduraron hasta nuestros días, sumiendo al Código del 84 en un sistema cerrado de paternidad hasta que se incorporó la prueba de ADN en la averiguación parental. En la filiación extramatrimonial no valen las presunciones legales –como sí sucede en

la filiación matrimonial–: solo las presunciones *hominis* que permiten establecer la relación en particular que evidencian la paternidad o maternidad(428).

El carácter de relevancia que tienen en nuestro medio las presunciones de paternidad relegaron el desarrollo científico y admisibilidad judicial de las pruebas heredobiológicas. Como sostenía Arce Larreta: "El *pater semper incertus* del Derecho Romano y el Código de Napoleón, con sus criterios de irresolubilidad para los problemas de la paternidad y la filiación, han sido influencias poderosas para relegar, poco menos que al olvido, este problema que hoy atrae nuevamente a biólogos y a juristas"(429).

4.2. Surgimiento

Dada la imposibilidad de probar certeramente la paternidad la ley estableció, siguiendo el criterio conjetural: "Sírvate lo aparente de indicio para lo inaparente"(430), presunciones en función de los principios de moral social y familiar predominante y del estado de la ciencia biomédica coetánea de la norma. La doctrina alemana regida por Josserand justifica este sistema refiriendo que más vale contentarse con lo menos y sacrificar el rigor científico, frente a la practicabilidad del Derecho.

4.3. Objetivo

Estos elementos son las presunciones que funcionan como bases, hipótesis e indicios reflejando casos comunes de la vida social(431) que nos lleven a suponer, conjeturar y asumir que una persona es padre de otra porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse que así lo indiquen (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato –todos coincidentes con la época de la concepción–, posesión de estado o escrito indubitado).

Las presunciones surgen como consecuencia de la imposibilidad biológica de probar el nexo filial. De esta manera, se da solución a un problema tomándose como

(428) CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, p. 476.

(429) ARCE LARRETA, Jorge. "Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional)". En: *Boletín del instituto nacional del niño*. Nº 1, Lima, enero 1934, p. 1.

(430) Solón, legislador ateniense, 638 - 558 a.C.

(431) Dichos o refranes populares se han referido a la determinación de la paternidad: 1. "Los hijos de mis hijas nietos míos son, los de mis hijos sábelo Dios". 2."¡Ay, hijo mío!, cómo te pareces a tu verdadero padre", 3."De tal palo, tal astilla". 4. "De tal padre, tal hijo" (*qualis pater, tales filius*). 5."Del perro se ve, del gato se oye y del hombre se presume". 6. "De padres jilgueros, hijos cantores". 7. "De padres gatos, hijos mininos". 8. ¿Por qué será que el hijo de Eneas, es parecido a Benitín? 9. "Sí, nosotros somos rubios pero Johnny es morenito porque nació en África (…)". Mentiras Universales. Vide SOFOCLETO: "Humor dominical", en: *El Dominical*, suplemento del diario *El Comercio*, Lima, XLII, Nº 21, 24/5/98, p. 19. 10. "De padres asientos, hijos taburetes", "El niño reconoce a su madre por la sonrisa, pero a su padre (…)" (Virgilio). 11. "No es la carne y la sangre sino el corazón lo que hace padres e hijos" (Schiller). 12. Cuáles fueron los padres, los hijos serán (*Et sequitur leviter filia matris iter*). 13. *Soepe solet similis filius esse patri* (el temor de que el hijo se asemejara al padre yendo por el camino de sus desarreglos y costumbres).

referencia un sistema casuístico de indagación de la paternidad con las limitaciones e inseguridades que este genera. Son comunes en los Códigos latinoamericanos, pues "(...) han buscado a través de las presunciones, el origen genético de la parentalidad"[432].

4.4. Presunciones en el Código

Estas se consideran en el artículo 402 del inciso 1 al 5 de nuestro Código.

1. ***Escrito indubitado*** del padre que la admita.
2. ***Posesión constante*** **del estado de hijo extramatrimonial**, aparentar ser el padre, aplicándose la putatividad, *Pater putatibus*, sus siglas P.P. (se cree que en los conventos, durante la lectura de las Sagradas Escrituras, al referirse a San José decían PP, por simplificar *Pater Putatibus*)[433].
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en ***concubinato***[434] con la madre en la época de la concepción.
4. En los casos de ***violación***, ***rapto*** o ***retención violenta*** de la mujer, siempre que la época del delito coincida con la de la concepción.
5. En caso de ***seducción cumplida con promesa de matrimonio*** en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.

Hay criterios doctrinales nacionales que sostienen que este conjunto de presunciones tratan un números clausus mientras que otros de un números apertus[435].

---

(432) SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 47.

(433) Se comprueba la posesión constante de estado de hijo extramatrimonial, ya que el supuesto de hecho se evidencia con las tarjetas y fotografías que la demandante ha ofrecido como actos directos realizados por la familia para tratar al menor como hijo, demostrándose ello con su asistencia a las reuniones familiares. Cas. Nº 623-2001-Cajamarca.

(434) La relación paterno-filial no solamente se acredita con las pruebas adicionales que puede ordenar el juez sino también se valoran las pruebas producidas durante estado de convivencia de los padres al momento de la concepción, el cual produce la declaración de la paternidad. Cas. Nº 2911-2006-La Libertad.

(435) En el Derecho comparado Argentina y España tienen este criterio. Así tenemos que la Sala C de la Cámara nacional civil argentina resuelve con acierto que: "(…) ante la ausencia de estudios de laboratorio que permitan establecer la relación biológica con una certeza absoluta, no mediando reconocimiento ni posesión de estado, ni concubinato que la haga presumir, la filiación puede quedar acreditada a través de la prueba de los siguientes elementos: a) la relación íntima de las partes; b) que esas relaciones tuvieron lugar en el periodo legal de la concepción; c) que ocurrió el parto; d) que media identidad entre el nacido y quien demanda la filiación" Fallo del 24-9-1991 (Cit. *Revista de Derecho privado y comunitario*. Nº 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 327 y 328). Asimismo, con similar orientación existen decisiones jurisprudenciales españolas: "(…) se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación: las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica o antropomórfica, y las indirectas o presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum* (reconocimiento expreso o tácito, posesión de estado y convivencia con la madre en la época de la concepción), para conceder en su último inciso la facultad de poner en juego lo dispuesto en el artículo 4.1 del mismo Código [se refiere

Lo cierto es que el artículo 402 no contempla todas las posibilidades en que socialmente puede asumirse una paternidad y que justifique el inicio de un proceso. Casos como el estado de enamorados, el abandono con promesa de matrimonio, el abandono de mujer embarazada y la relación extramatrimonial (enamoramiento o noviazgo) durante la época de la concepción no admiten el emplazamiento judicial de paternidad. Estos *otros hechos*, de los que se infiere la filiación de modo análogo "son incompletos, o no suficientes para fundamentar la filiación que se reclama, si bien en su conjunto pueden convertirse en *presumptio hominis*, cuando fallan los anteriores, convirtiéndose en *presunción* de paternidad"(436).

Compartimos el criterio de Rivero Hernández quien refiriéndose al caso español sostiene "los principales problemas para determinar la filiación, tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento, o en la necesidad de determinar cuál, si estas se realizaron con diferentes varones, fue la que produjo la gestación: ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formulismos jurídicos. Al surgir las pruebas biológicas y poder determinar con precisión creciente cuál es el elemento causal del embarazo hubo de cambiar la normatividad sobre filiación, orientándola al nexo biológico"(437).

Como hemos indicado, las presunciones significan situaciones que permiten la investigación de la prueba y el debate de la paternidad pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se acreditan previamente de manera debida en proceso judicial. En resumen tenemos que las presunciones:

- No determinan automáticamente la paternidad.
- Son un requisito para indagar la paternidad.
- Deberán ser probadas judicialmente.
- Son hechos sociales.
- Son presunciones *iuris tantum*.

---

al civil], en orden a permitir que se tomen en consideración 'otros hechos de los que se infiera la filiación de manera análogo'" (*Anuario de Derecho civil*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, abril-junio MCMXCVI, tomo XLIX, fasc. II, p.1029. Asimismo, pone en conocimiento otras resoluciones judiciales que como antecedentes han seguido el mismo criterio: STS del 8 de julio de 1986, 10 y 27 de junio y 14 de noviembre de 1987, 26 de mayo y 7 de diciembre de 1985, 5 de abril y 20 de julio).

(436) DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús. "Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado". En: *Revista de Derecho privado*. T. LXXX, Ed. Revista de Derecho privado. Madrid, 1996, enero-diciembre, p. 462. Además, sobre el tema, cita el criterio judicial de la S.T.S. del 2 de marzo de 1994 en la nota 82: "(…) analizados individualmente y sin conexión no sirven para obtener la declaración pretendida, pero valorados conjuntamente permiten llegar a idéntica convicción (…) lo cual es muy distinto a una apreciación conjunta de la prueba".

(437) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial". En: *II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX*, pp. 141-143 y 146-148.

- Admiten a debate la alegada relación filial.
- Pierden su eficacia frente a hechos biológicos.
- Están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta.
- Son desestimadas plenamente cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, a pesar de haberse probado (artículo 402 *in fine*, modificado por la Ley Nº 27048).

4.5. Naturaleza jurídica

Todas y cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado, por lo que se presentan como presunciones *iuris tantum*.

Es así que el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley –el más efectivo la prueba negativa– su no paternidad. Mientras que el accionante, la comprobación de los hechos que sustentan la presunción corroborada con la prueba de ADN.

4.6. Actualidad

Conforme avanzó la ciencia biomédica en las investigaciones para determinar biológicamente la paternidad (demostración plena) las pruebas biológicas fueron aceptadas por nuestro Derecho como pruebas positivas, perdiendo las presunciones importancia en la declaración del vínculo paternofilial.

Los hechos inciertos ceden el paso a los resultados determinantes.

En la hora actual, el vínculo filial se sustenta en investigaciones científicas más que en propuestas sociales. Compartimos con Zannoni el hecho que, "si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99 % o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir solo presunciones *hominis*"[438].

Es más, la aplicación de las biopruebas y la negativa de parte a su sometimiento generó el surgimiento de una nueva presunción a nivel comprado[439] y local sustentando "Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista, correspondiéndole los

(438) ZANNONI, Eduardo. "Identidad personal y pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho privado y comunitario*. Nº 13, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 167.

(439) En Argentina "(…) la jurisprudencia de los últimos treinta años y ahora la Ley 23.511 dan como elementos suficientes para presumir la paternidad" a quien niega someterse a las pruebas indagatorias del nexo filial (Cámara Nacional Civil, Sala F, 24/08/1992), Cit. *Revista de Derecho privado y comunitario*. Nº 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 386.

derechos contemplados en el artículo 415", artículo 402, inciso 6 (art. 2 de la Ley Nº 27048, hoy derogado).

5. Principio de prueba

Chiovenda decía acerca del principio de prueba que es *un hecho indirecto del que se extrae una razón directa*. En materia de indagación paterno-filial rige este principio. Es una especie de mediación entre lo ocurrido y las probables consecuencias (causa-efecto) que se valora para atribuir o desvirtuar un estado filial, dada la imposibilidad para un establecimiento inmediato o directo.

5.1. El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva

Principalmente, es de mencionar que en el caso de los supuestos de paternidad consagrados en el Código civil peruano (arts. 363 y 402) surge la interrogante siguiente: ¿Son taxativos o enunciativos? Es decir, solo es procedente la demanda cuando se sustenta necesariamente en alguno de los indicados en la ley o cabe la posibilidad de fundamentar una futura acción en un supuesto no contemplado expresamente.

De ser lo primero, que prime la taxatividad, se estaría consolidando exclusivamente una verdad formal (*favor legitimatis*) amparando solo a aquellos hechos que se alinean con la ley. Si es lo segundo, sobre la base de lo enunciativo, tenderíamos al establecimiento de una verdad real (*favor veritatis*). En esta las posibilidades para accionar en paternidad no están parametradas; es labor de interpretación y probanza que nos aproxime a lo biológico.

Con este criterio se ha esbozado una primera teoría:

> "(...) la eventual inconstitucionalidad del artículo 127 del Código Civil [español] que, al desarrollar el principio de investigación de la paternidad (...) condiciona la admisibilidad de la demanda a la existencia de un principio de prueba, la falta del mismo o su insuficiencia, a juicio del juzgador, puede comportar una infracción del *derecho a la tutela judicial* efectiva (...) desde el momento en que la inadmisibilidad de la demandada desemboque en un supuesto de denegación de justicia (CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil.* Tirant lo Blanc, Valencia, l993, p. 490). Se detecta pues una contradicción valorativa: (...) la Constitución pretende el establecimiento de la verdad biológica; de otra, el artículo 127 del Código Civil rigurosamente aplicado, puede llegar a impedir el ejercicio del derecho de acceso a la jurisprudencia en estas acciones"(440).

(440) GUZMÁN ZAPATER, Mónica. *El derecho a la investigación de la paternidad* (En el proceso con elemento extranjero), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1996, pp. 49-50.

Este requisito es criticado por muchos autores, entre ellos Álvarez González al desarrollar el tema de la filiación hispano-suiza. Radica su preocupación en que el Código Civil español, así como otros en el Derecho comparado, es tajante al considerar la viabilidad de las demandas de paternidad sustentadas en un principio de prueba.

El Código Civil español establece:

"**Artículo 127.-** En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba en que se funde".

5.2. La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores

Otra corriente sostiene que, si bien la exigencia de un principio de prueba responde a una previsión legal a fin de tutelar otros valores constitucionales estableciendo casos que admiten a debate la relación filial, este prerrequisito o llámese obstáculo satisface esta exigencia –en parte puede decirse que es justificado– lo que conlleva a que la actitud del juez requiriendo el principio de prueba no podrá ser catalogada de arbitraria.

Más aún, si es claro que en los procesos de filiación se ha interpretado esta exigencia con cierta flexibilidad, admitiendo pruebas de por sí indirectas (tipología sanguínea, fotografías, afinidades personales) en aras de ampliar las posibilidades de su investigación.

6. Incorporación de la prueba de ADN

En enero de 1999 mediante Ley Nº 27048[441] se modifica el régimen de establecimiento de la filiación del Código Civil permitiendo la aplicación de las *pruebas biológicas, genética u otras de validez científica* para las acciones de filiación tanto de impugnación (arts. 363 y 371) como de reclamación (arts. 371 y 402). Asimismo, permite al demandado en una acción de hijo alimentista (art. 415) solicitar la prueba genética para negar el contenido de la pretensión.

Las principales características de esta ley de biopaternidad son las siguientes:

- Incorpora dentro del sistema presuncional la efectividad de las biopruebas, desconociéndose el principio reconocido en el Derecho comparado que las

(441) DOEP., 6/1/1999. Con las correcciones y sugerencias del Pleno del Congreso, esta Ley tiene como antecedente prelegislativo el Dictamen de la Comisión de la mujer, desarrollo humano y deporte del Congreso de la República del Perú (Para mayor referencia de comentarios Vide *infra* 3, b, iv, 2).

pruebas biológicas son aplicadas cuando existe un elemento social que las sustente.

- Permite la utilización de las biopruebas a todo tipo de acción de filiación. Sin embargo, no considera de manera expresa que en la acción de declaración de la maternidad extramatrimonial (art. 409) se pueda hacer uso de ellas, lo que no es óbice, siguiendo un criterio interpretativo amplio, para su aplicación.
- Permite al juez desestimar las presunciones (arts. 363 y 402) cuando se haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre.
- En caso de que el presunto padre se niegue al sometimiento a la prueba, en un proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, el juez evaluará las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando su paternidad o al hijo como alimentista.

  El inconveniente de esta solución frente a la negativa es que sigue manteniéndose la incertidumbre al permitirse la posibilidad del juez que declare al hijo como alimentista. Por otro lado, no se refiere a la regulación de la negativa de la madre o el hijo en esta acción.

  Esta ley debe haber considerado una norma general para la regulación de la negativa al sometimiento de la prueba, tomando en cuenta las diversas acciones de filiación existentes. Así, considerar los efectos de la negativa del padre, de la madre, del hijo o de terceros, según sea el caso.
- Amplía el contenido del artículo 413, permitiendo la aplicación de la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza en los procesos de declaración de la paternidad o maternidad extramatrimonial.
- Dado que esta modificación permite un accionar cuasi libre de una paternidad, se ha considerado que quien de mala fe inicia un proceso de filiación valiéndose de pruebas genéticas deberá reparar el daño moral y económico ocasionado al demandado con el pago de una indemnización que será fijada por el juez.

VI. SISTEMAS DE INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD

Dice Pereira(442) que la investigación de la paternidad ha pasado por diversas fases en el curso de la historia, ampliando los efectos del reconocimiento de paternidad, restringiéndolo o negando sus efectos; estas variaciones del tratamiento del hijo dieron origen a la denominada *ley de la oscilación* caracterizada

(442) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004, pp. 330 y 341.

por la afirmativa que el legislador, cuando facilitaba el reconocimiento, le restringía sus efectos y, viceversa, cuando ampliaba estos últimos dificultaba el reconocimiento.

7. Sistema prohibitivo

Esta corriente reconoce el carácter absoluto de la familia restringen la paternidad y limitando su indagación.

La ley estableció esta prohibición atendiendo a postulados éticos, religiosos[443], morales y a la organización social por el daño que podría ocasionar en la paz familiar y, lógicamente, por la dificultad de su prueba.

Es así que la prueba del vínculo parental se tornó materialmente imposible, encontrando una salida en las presunciones de paternidad.

Nuestro Código de 1852 siguió la tradición del *Code* (*la recherche de la paternité est interdité*, art. 340) que era la lógica de Napoleón ("la sociedad no tiene interés en que los **bastardos sean reconocidos**") y prohibió la investigación de la paternidad en su artículo 2**42.** Sin embargo, este criterio no fue determinante pues en un artículo anterior (el 237) estableció una excepción para la declaración de paternidad como consecuencia del rapto o estupro.

En este punto es de considerar la opinión del exégeta peruano Toribio Pacheco, quien al comentar el último artículo referido, decía: "Se conoce que la ley francesa, rindiendo el debido homenaje a la moralidad pública y privada, ha tratado de cubrir con un velo impenetrable las faltas que contra ella se hubieren cometido. Mientras que la ley peruana se muestra esencialmente inmoral permitiendo la indagación no solo de la maternidad, sino también de la paternidad a toda clase de hijos, aun a los que son fruto de un dañoso y punible ayuntamiento, como los incestuosos, adulterinos y sacrílegos"[444].

8. Sistema permisivo

Frente a las legislaciones que limitan la declaración o investigación de la paternidad se muestran aquellas otras que la admiten a fin de tender al esclarecimiento de la relación familiar, incluso desde la concepción[445].

Este sistema tiene sus derivaciones:

(443) La religión musulmana al parecer no permite la acción de investigación de la paternidad.
(444) PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho civil*. 2ª edición, Imprenta del estado, Lima, 1872, p. 2**57.**
(445) El Código de la Familia de Panamá (Ley Nº 3 de 1994) permite la libre investigación de la paternidad desde la concepción (art. 272).

8.1. Sistema abierto

Postula la investigación amplia de la paternidad por medio de toda clase de pruebas.

Se basa en la determinación de la filiación biológica tomando como ayuda la medicina, biología, antropología y últimamente, y de manera revolucionaria, la genética. Estas ciencias trabajan incesantemente para obtener y perfeccionar las pruebas de paternidad. Es digna de elogio esta tendencia ya que muestra preceptos legislativos flexibles y preparados para acoger los avances biomédicos en materia de investigación parental. Tiende al establecimiento del vínculo biológico (principio de verdad natural).

El postulado principal es que todo ser humano tiene derecho a identificarse y vincularse a sus padres genéticos en todo momento de la vida y a través de cualquier medio de prueba.

Dentro de este sistema tenemos la legislación de Argentina, Alemania, Honduras, Quebec.

8.2. Sistema cerrado

La ley señala casos taxativos y expresos (númerus clausus, no númerus apertus) en los que procede la investigación precisando mediante supuestos los elementos constitutivos que presumen una relación parental y que deberán ser demostrados en el proceso incoado (Chile).

8.3. Sistema cerradísimo u obtuso

Reduce a un solo caso o supuesto la investigación de la paternidad y establece un exacerbado proteccionismo a la familia matrimonial de manera tal que, por ejemplo, el hombre no puede ser accionado en paternidad por una mujer distinta a su cónyuge. Este criterio en la actualidad ya no tiene aplicación.

9. Sistema mixto

Permite la investigación de la filiación amplia y otra restringida, pues la circunscribe a casos taxativamente enumerados por la ley. Así tenemos que el Código Civil peruano de 1984 opta por este criterio ecléctico, como lo llama Cornejo Chávez, "al franquear la posibilidad de la investigación con amplitud considerable si se trata de la maternidad, y con severas restricciones si se trata de la paternidad (...)"[446].

Dentro de esta corriente se sitúa el Código Civil de Bélgica, Bolivia, Colombia, Costa Rica y Venezuela.

(446) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 130.

VII. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA PATERNIDAD

El Derecho reconoce el derecho inherente que tiene el hijo de reclamar judicialmente su estado filiativo y exigir que quienes no figuran como sus padres sean declarados por sentencia como tal, a fin de que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que respecto de él tienen. La declaración judicial de la paternidad implica que es el órgano jurisdiccional el que a solicitud de parte declara una paternidad y demostradas las pruebas, previas estas.

Y es que la filiación, como relación bio-jurídica que tienen los padres con sus hijos, ha sido estudiada por mucho tiempo desde un ángulo romántico, una óptica espiritual y un contenido novelesco ocasionando el aumento de las madres solteras, hijos extramatrimoniales y atribuciones de paternidad antojadizas en el Registro Civil, todo como consecuencia de criterios poco claros en lo referente a la responsabilidad procreacional.

Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación debiendo dictarse medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares.

Actualmente, existen dos mecanismos judiciales para establecer la paternidad:

- *Proceso de Conocimiento,* sustentado en cualquiera de los presupuestos del artículo 402 del Código, las presunciones.
- *Proceso Especial,* sustentado en las Leyes Nºs 28457 y 29281 en mérito del resultado de la prueba de ADN.

El primero es de difícil probanza, largo y tedioso. De sencilla probanza, rápido y ágil, el segundo, tanto así que dejó sin sentido y de lado al primero en la medida que teniendo el mecanismo del ADN y un proceso estructurado a dicho medio de prueba queda sin sentido encaminarse en un proceso que, aparte de largo y engorroso tiene pocas probabilidades de éxito.

VIII. EFECTOS DE LA FALTA DE DETERMINACIÓN DE PATERNIDAD

Las personas sin filiación determinada también se encuentran protegidas por la ley.

Entre los casos dados tenemos:

10. Hijo alimentista

Esta institución está consagrada en el Derecho familiar nacional y es típica de los sistemas cerrados de paternidad que, basados en situaciones de hecho taxativas y de valoración objetiva, no consideran todas las posibilidades en las que se puede atribuir una paternidad.

Como es sabido, el aquí mal denominado hijo no es otra cosa que un acreedor alimentario por parte (a) de quien en momento específico mantuvo relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción (art. 415 del CC) o, (b) de quien negó someterse a las pruebas biogenéticas decretadas en un proceso de declaración judicial de paternidad (art. 402, inc. 6). En este sentido, se alega que la obligación nace al existir un indicio, no probado, de que aquel sea el padre, lo que determina una presunción alimentaria de paternidad. Este derecho de alimentos permanece hasta la mayoría de edad o cese de la incapacidad. En este sentido, no irroga derechos filiales al carecerse de *status familiae*.

La determinación biológica de la paternidad lleva a la extinción de esta figura.

11. Expósito

Es aquella persona (normalmente recién nacido) cuyos progenitores son desconocidos (*patre nullu natus*)(447). En este caso su filiación biológica es ignorada y consecuentemente su filiación jurídica es inexistente. Para estos efectos, siendo lo determinante en una persona gozar de sus derechos, y en especial de su derecho a la identidad, se faculta al funcionario del Registro del Estado Civil a asignarle un nombre adecuado (art. 23 del CC).

12. Hijo póstumo

Llámese hijo póstumo a aquel que nace después de la muerte de su(s) progenitor(es)(448).

Pueden darse situaciones especiales. La muerte del padre quedando su mujer embarazada, en este caso si el niño nace dentro de los 300 días siguientes a la muerte (disolución del matrimonio) será matrimonial (art. 361). El hijo extramatrimonial, puede ser reconocido por el abuelo o abuela de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre (art. 389). A falta de reconocimiento y muerto el padre, procede la acción de emplazamiento filial contra los herederos (art. 406), a falta de ellos contra el defensor de herencia(449).

IX. PRUEBA EN LA DETERMINACIÓN DEL VÍNCULO PATERNOFILIAL

La tendencia legislativa de la investigación de la paternidad ha sido fomentarla pensando en el interés social, a la vez que extiende su protección hacia aquellos

(447) Es lo que el Código de la Familia de Panamá (Ley Nº 3 de 1994) llama *filiación desconocida total* ya que se ignora la identidad de los padres, a diferencia de la *filiación desconocida parcial*, cuando no se conoce la identidad de uno de ellos (art. 238).

(448) El Código de la Familia de Panamá refiere en su artículo 287 que el hijo póstumo es aquel que nace después de la muerte de su padre.

(449) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., T. II, p. 156.

que fueron traídos al mundo por efecto de un romance ocasional, desvarío amoroso o incalculado y que su progenitor por irresponsabilidad, y sobre todo cobardía, no admite.

La investigación de la paternidad involucra una indagación de *alta escuela*(450) y necesita de un cuidadoso análisis del magistrado. Esta facultad de accionar en beneficio del hijo tiene una acentuada repercusión económica, social y moral que exigirá de una prueba vigorosa, sólida y convincente que no solo represente el interés del propio demandante o beneficiario, sino también de la justicia y de la sociedad.

Jean Carbonier(451) al estudiar el aspecto de la prueba en materia de filiación trata de determinar el fin de la misma y se encuentra con dos corrientes existentes:

- La que considera a la prueba de filiación como esclarecedora de la verdad biológica (sistema biológico) y,
- Aquella que sostiene que es la demostración de las circunstancias sicológicas y sociales que dotan de verosimilitud al hecho indagado (sistema legal).

Lógicamente, la primera tiene, en nuestros días, una connotación mucho mayor en razón de los avances de la ciencia en el campo de la determinación de la paternidad.

Por ello, actualmente se habla del principio de la verdad biológica en el que la esencia de la filiación es el vínculo biológico, a través del cual nos identificamos con nuestros descendientes(452).

En el plano de la probanza judicial es importante esquematizar y clasificar las pruebas de investigación de paternidad:

I. **PRUEBAS JURÍDICAS**

1. Título: La prueba documental (partida de nacimiento, en la filiación matrimonial, y el reconocimiento y la sentencia en la filiación extramatrimonial)
2. Posesión de estado: *Nomen, tractus y famma*
3. Presunción *pater est*
4. Reconocimiento
5. Relación sexual durante época de la concepción

(450) ZICARELLI, Filho. "La prueba en la acción de investigación de paternidad". En: *Revista mexicana de Derecho Penal*. Nº 3, México, mayo-junio, 1970, p. 85.
(451) CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Ed. Bosh, Barcelona, 1961, p. 385.
(452) SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 46.

6. Pruebas biológicas

II. **PRUEBAS MÉDICAS**

1. Pruebas no referentes a la herencia o elementos de diagnóstico retrospectivos y correlativos

a) Época de la concepción

b) Duración legal del embarazo

c) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo de la relación (aptitud procreativa)

d) Estado clínico de los presuntos progenitores al tiempo del juicio de filiación y correlación del diagnóstico retrospectivo.

Estas pruebas se sustentan en el estudio del hombre (análisis andrológico), de la madre (examen ginecológico) o del hijo (prueba de madurez).

2. Pruebas referentes a la herencia o heredobiológicas

a) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico no grupales

a.**1.** Antropomórficas

a.**2.** Antropokinéticas

a.**3.** Patológicas

a.**4.** Fisiológicas

a.**5.** Sicológicas

b) Pruebas de paternidad basadas en los elementos de diagnóstico grupales

a.**1.** Grupos sanguíneos

c) Pruebas genéticas

a.**1.** Marcadores genéticos séricos

a.**2.** Sistema de histocompatibilidad

a.**3.** Polimorfismos cromosómicos

a.**4.** Perfil del ADN.

X. DECLARACIÓN VOLUNTARIA DE LA PATERNIDAD

La paternidad puede ser establecida de forma voluntaria a través de reconocimiento. Este es el acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad del progenitor el vínculo de filiación entre padre, madre e hijo.

Como acto formal y solemne, el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento (art. 390) así, también, cuando el demandado en alimentos durante la audiencia aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo (art. 171, CNA).

Como tal, el reconocimiento, es tratado de manera peculiar en el Derecho brasilero:

- *Perfilhação* al acto masculino, esto es al acto del padre, y;
- *Declaração da maternidade* al acto femenino, es decir, un acto privativo de la mujer.

La diferencia terminológica reside en su propia naturaleza jurídica, pues la declaración de maternidad es una pura declaración de ciencia y la perfiliación tiene un carácter conjunto de declaración de ciencia y declaración de voluntad(453), en sí tenemos que la perfiliación es el acto propio del reconocimiento.

XI. INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

13. Generalidades

El parentesco y la filiación siempre han estado ligados a la madre.

Un análisis etimológico nos lleva a encontrar sus orígenes en la voz Parents = Madre de los Dioses. Proviene del latín *parentes* (padre y madre), participio activo del verbo *parere* (parir), de allí su descomposición *partus*, de la que se deriva la voz parentesco, parentela y parientes: es decir individuos paridos por una mujer evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En estas la mujer es la esencia de la sociedad, ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio. Y es que la mujer adquiere la fuerza social pues su descendencia era identificable, sabía quienes eran sus hijos.

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el Derecho, a través del reconocimiento o una investigación judicial. En esta acción debe probarse el parto de la madre pretensa y la identidad con el hijo que ha dado a luz, es esto lo que permitirá acreditar la filiación materna. Esta acción de estado procede cuando se desconoce la identidad de la madre (casos de orfandad, niños abandonados, expósitos, padres solteros), es decir procede respecto de los hijos sin filiación materna acreditada.

Como supuesto similar al artículo 402 del Código Civil, el artículo 409 considera aquellos casos en los que se admite a debate la relación materno filial extramatrimonial. Implica un reconocimiento forzoso –en oposición al reconocimiento

(453) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Coimbra, Portugal, 1986, pp.122 y 123.

voluntario– pues la filiación será determinada por la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional respectivo. Los hermanos Mazeaud(454) nos dice que resulta preferible evitar ese lenguaje, por el de reconocimiento forzoso, pues si produce los mismos efectos del reconocimiento voluntario, no constituye en nada un reconocimiento: *el vínculo de filiación se afirma por el tribunal, fuera de la voluntad de los padres y, generalmente, contra esa voluntad incluso.* Pero en sí la doctrina unánimemente está de acuerdo con que esta forma de determinación de la maternidad extramatrimonial es una muestra más del sistema complejo de probanza judicial para obtener la verdad biológica.

Fue, y en algunos sistemas sigue siendo un criterio entendido que el fenómeno de la maternidad es comprobable mientras que la paternidad es presumible, de allí que los supuestos creados por la ley sean presunciones y supuestos para aproximarnos a las relaciones filiales. Es en este sentido, se alega que la declaración de maternidad es una declaración de pura ciencia en cuanto a la diferencia de la declaración de la paternidad que es una declaración de voluntad (la doctrina y la legislación civil portuguesa han llamado a esta última *perfilihação*: la madre declara su maternidad y el padre perfilia su paternidad)(455). La determinación de la maternidad, comparativamente con la paternidad presenta menor dificultad, ya que es constatable físicamente por medios directos: se anuncia el embarazo y se manifiesta por el parto, es decir se prueba por hechos físicos posibles de observar por terceros(456).

14. Antecedentes

El axioma tomado por Paulo del Digesto *Mater semper certa est etiam si vulgo concepterit* (D. Lib. II, tít. IV, ley 4, § 3) nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el solo ver en estado gestante, encinta(457), a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos, entendíamos que era de ella (*Partus séquitur ventrem*. Instituta: 2,1,19 y Gayo I, 76) y tenía la calidad de presunción *iure et de iure*. *The mother is always certain* como se sostiene en el Derecho sajón.

El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto(458), no así

(454) MAZEAUD, Henry - León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte primera.* Volumen III, EJEA, Buenos Aires, 1959.

(455) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Coimbra, Portugal, 1986, pp. 122 y 123.

(456) SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La filiación en el nuevo de Derecho de familia*. Cono Sur, Chile, 2001, p. 95.

(457) Encinta viene del latín *incincta*, no ceñida. Ceñir es ajustar, apretar. Las mujeres embarazadas difícilmente se puede ceñirles un cinturón.

(458) Las modernas técnicas de reproducción humana asistida vulneran este principio, de allí que el Código de familia búlgaro refiera que:

la concepción(459). En la práctica este sistema ofrece dificultades, como lo adelantó Velez Sarfield, cuando la maternidad no puede presentarse como indubitable salvo que el juez haya asistido al parto (solución que plantea como lógica para demostrar su aseveración). De esta manera, los supuestos de simulación de embarazo o de parto, inscripción registral indebida, maternidad disputada, transcurso del tiempo que imposibilite el examen de parto, etc., son casos en los cuales solo podrá determinarse la maternidad con ayuda de las pruebas heredobiológicas.

El texto del artículo 409 señala que: "la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo", tiene como antecedente el artículo 374 del Código de 1936 y carece de referencia expresa en el Código de 185**2.**

15. Presupuestos

La prueba del parto y la identidad del recién nacido determinan la filiación materna. Cualquiera sea el estado civil o edad de la madre a fin de contribuir a que toda persona acceda a su título de estado de hijo, en cuanto, siendo el certificado de nacimiento prueba suficiente no se requiera capacidad legal de la progenitora, puesto que la determinación maternal prescinde de su voluntad, al contrario de lo que sucede en el reconocimiento. El pretenso hijo deberá alegar y hacer una *doble* prueba, por un lado del *parto* de la mujer que pretende sea su madre, situado en el tiempo y en el espacio, así como el de su *identidad* de quien lo dio a luz(460).

Si el nacimiento del hijo tiene lugar no estando casada la madre, la filiación entonces será extramatrimonial. A diferencia de la filiación paterna, en que es decisivo el hecho del matrimonio, ya que este permite el juego de la presunción *pater est*. En la determinación de la maternidad, sea esta matrimonial o extramatrimonial, lo esencial es la acreditación del hecho del parto y la identidad del nacido. Esta norma se sustenta en el axioma de los jurisconsultos *partus sequitur ventrem* el que tiene raigambre ancestral. El sustento del mismo está dado en que vincula a toda la descendencia de la madre con la condición de esta. Citando un ejemplo dado por la historia comprenderemos la trascendencia del mismo, así tenemos que la esclavitud se alentó y extendió a partir del principio de derecho *partus sequitur ventrem*, lo que permitió consagrar la perpetuidad y heredidad del esclavo, que afecta indefinidamente a toda la descendencia de la mujer esclava y los cruzamientos con indios y blancos. Tradicionalmente ha sido un valor entendido que

"**Artículo 31.-** La maternidad es determinada por el parto. La misma regla se aplica al niño concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer".

(459) La Corte colombiana ha dicho que: "el parto significa que la mujer es la madre, pero no significa jamás con la misma evidencia quien es el padre. Débase ello a que la paternidad no la determina el nacimiento, sino un hecho anterior, o sea, la concepción. Esta implica siempre la participación de un hombre, consistente en haber cohabitado con una mujer y ser la concepción el efecto de la cohabitación". Cfr. BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. Ob. cit., p. **32.**

(460) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação.* Coimbra, Portugal, 1986, p. **63.**

mientras la paternidad del marido se determina a través de la presunción *pater is est,* la maternidad se acredita por el parto de la mujer y por eso es *mater sempre certa est*(461).

15.1. Parto

El parto es un hecho biológico que genera consecuencias jurídicas. Se define como el proceso mediante el cual el producto de la concepción y sus componentes biológicos son expulsados del organismo materno a través de los genitales.

Comprende, respecto de la madre, tres periodos (dilatación, expulsión y alumbramiento) y respecto del feto, cuatro periodos (reducción, descenso, rotación intrapélvica y desprendimiento). El parto constituye el presupuesto biológico que debidamente acreditado atribuye ipso iure la maternidad. Ahora bien debemos asumir un criterio amplio en la interpretación de este artículo, pues puede presentarse el nacimiento como producto de una cesárea y no por ello vamos a limitar su aplicación.

Como refiere el Código de los Niños y Adolescentes (art. 7) en el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponde a la naturaleza del documento. En igual sentido, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 38-94-JUS (dispone que los nacimientos que ocurran en maternidades y hospitales estatales, deberán inscribirse antes que el recién nacido abandone el centro de salud) en el que se establece que en el certificado médico que acompaña y sustenta la inscripción del nacimiento deberá constar en el dorso la identificación decadactiloscópica del recién nacido y de su madre, a fin de establecer indubitablemente la identidad de ambos. A su vez la Resolución de Gerencia Nº 05-2003-GO/RENIEC adiciona al reverso del formato del certificado de nacimiento vivo el rubro destinado a la impresión pelmatscópica del recién nacido. Asimismo, y de manera más general, las normas que disponen la expedición del DNI de los recién nacidos.

Es por ello que el certificado de nacimiento vivo es suficiente para atribuir la maternidad, sin que sea menester su reconocimiento pues opera incluso contra la voluntad de la madre al fundarse en la comprobación objetiva del presupuesto biológico. Esto implica una importante excepción al principio del emplazamiento en el estado filial a diferencia del reconocimiento.

La inscripción del niño constituye el título de estado de la filiación materna. La exigencia de certificado de nacimiento vivo puede resultar un inconveniente en las zonas marginales o rurales donde muchas veces el nacimiento se produce sin

(461) Para mayor referencia Vide BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos.* Astrea, Buenos Aires, 1981. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de familia*. Astrea, Buenos Aires, 1989. BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*. 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.

intervención de los profesionales o en aquellos casos de partos transeúntes o domésticos. Se ha entendido, en la legislación argentina, que en estos casos se permitiría probar el hecho del nacimiento a falta del certificado mediante la declaración de dos testigos que hubiesen visto al nacido y firmasen la mentada inscripción (en este sentido Spota, Borda y Méndez Costa). Sin embargo, lo cierto es que este registro solo es atributivo de maternidad si se produce un reconocimiento expreso de la madre o sentencia judicial.

15.2. Identidad del hijo

El supuesto de la norma trata de demostrar que el parido es de la parturienta y aquí entra a tallar la identidad como elemento esencial para acreditar la individualidad y origen de la filiación materna del hijo, es decir quién es y de quién es, lo cual es comprobado normalmente con el certificado de nacimiento vivo.

La identificación del nacido significa asegurarse de que el niño cuya inscripción del nacimiento se realiza sea efectivamente hijo de la mujer que lo ha dado a luz y que se presenta como madre. El Registro debe ser convalidado con fotografías, impresiones dactiloscópicas, descripción de señas físicas y datos individuales del niño y la madre, lo que se presentan como una cuestión técnica importante frente a los innumerables casos de fraude, suplantación, sustracción y sustitución de la prole.

Como dice Méndez Costa[462], la identidad del hijo está en relación directa con la identificación de la parturienta lo que debe realizarse durante el trabajo de parto, producido el nacimiento y antes de cortar el cordón umbilical. La identificación se efectúa mediante impresión decadactilar de la madre y los calcos papilares palmares y plantares derechos del neonato y la clasificación de ambos. El identificador y el profesional médico a cargo del parto son responsables por la protección de la identificación del binomio madre-hijo, al margen de la responsabilidad del establecimiento médico asistencial por incumplimiento de la ley.

16. Contenido del artículo 409

A diferencia de la maternidad matrimonial, que se prueba con la partida de nacimiento y la partida de matrimonio (títulos de estado) (art. 375) y que puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo (art. 371), para la acreditación de la maternidad extramatrimonial debemos recurrir, de acuerdo a lo mencionado, al hecho directo del parto y consecuente identidad del hijo (hechos biológicos). Es en este orden de ideas que la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe estos dos hechos. El supuesto considerado es atribuir la maternidad a la madre que dio a luz.

(462) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III. Ob. cit., p. 33.

El sentido del término que utiliza el artículo cuando dice la maternidad extramatrimonial, "también" puede ser demostrada judicialmente implica que, así como la paternidad, la maternidad igualmente –del mismo modo– puede ser indagada en proceso judicial, puesto que en determinados casos puede estar cubierta de un velo de duda, misterio o incertidumbre. La redacción del artículo es justificable de acuerdo al tiempo en el que fue redactado, pues eran pocos los casos en los que se presentaban estas situaciones de allí que sea una expresión explicativa y razonable frente a la comprobación de un hecho poco usual. Esta fórmula fue aplaudida por un sector de la doctrina al celebrar la doble orientación que marcaba el Código Civil peruano (1936) en sus artículos 349 y 374, como principio y como prueba, no pudiendo negarse que mantiene una vigencia práctica tal como se alegó en la discusión del Proyecto de Código Civil argentino (2000) respecto que la atribución de la maternidad por la prueba del parto constituye un sensible avance de las legislaciones más avanzadas en beneficio del establecimiento de la filiación moderno.

La redacción del texto del artículo 409 pudo haber sido más objetiva: "La maternidad extramatrimonial puede ser (...)", eliminando el adverbio "también" que trata de justificar la igualdad, semejanza y conformidad entre las dos formas de investigación de la filiación extramatrimonial, la paterna y la maternal. Podríamos entender que el supuesto del artículo es bastante curioso, pues alega que el término "también" puede ser interpretado en el sentido que existen otros casos en los que se puede solicitar la determinación judicial de la maternidad extramatrimonial, fuera de aquellos expresamente establecidos en la norma, como son el hecho del parto y la identidad del hijo. Esta situación es obvia de acuerdo al criterio de la investigación amplia de la filiación en la que se admiten otras pruebas incluso las genéticas (Ley Nº 27048) las que, es más, han desplazado la tradicional forma de demostración de la maternidad, en la que era indispensable llegar a la comprobación de esta fuera de los hechos biológicos considerados en la norma.

Téngase en cuenta que la Ley Nº 27048 olvidó la actualización de este artículo, pues debió referirse a que la maternidad extramatrimonial será judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre la presunta madre y el hijo a través de la prueba del ADN, tal como se modificó en el artículo 402 del Código Civil, incorporando el inciso **6.** En efecto, esta ley trata la materia de la utilización de las pruebas genéticas en las siguientes acciones de Estado: la impugnación de la paternidad (art. 363) y de la maternidad matrimonial (art. 371), reclamación de la filiación (art. 371), declaración de la paternidad extramatrimonial (art. 402) y determinación del hijo alimentista, olvidando la modificación de la declaración de la maternidad extramatrimonial.

Como se viene mencionando el criterio tradicional para establecer la maternidad es la conexidad del parto y la identidad del nacido, pero dado en avance de

la determinación filial a través de las pruebas genéticas, estas vienen a presentarse como un medio ad hoc para ello.

La prueba de la maternidad extramatrimonial estará actualmente dirigida en lo siguiente:

- Probanza del parto, la que se entiende que debe ser en fecha determinada, esto puede probarse con el certificado de nacimiento vivo, la partida de nacimiento, posesión de estado inmediato al parto, testimonios del embarazo o parto.
- Identidad del hijo cuya filiación es discutida, en este caso hay libertad de prueba y primará la prueba de la genealogía.
- Acreditación genética del vínculo maternal.

Es importante detallar que a la declaración judicial de la paternidad se le da un tratamiento y desarrollo mucho más exacto y detallado, situación que no se da en la declaración judicial de la maternidad extramatrimonial. Existen claros vacíos como el de la legitimidad procesal pasiva (se entiende que es la presunta madre o sus herederos si hubiese muerto), a quién le corresponde la legitimidad procesal activa (al hijo o a la verdadera madre) y la competencia del juez (del domicilio del demandante o demandado), situaciones estas que sí están consideradas en los artículo 406, 407 y 408, respectivamente para regular la indagación paternal.

17. Tratamiento en el Derecho comparado

En el Derecho comparado hay uniformidad en cuanto a la declaración de la maternidad extramatrimonial. El Código alemán dice concretamente que la madre del niño es la que lo da a luz (art. 1591). El *Code* francés menciona (art. 341). "(...) El hijo que ejercite la acción [investigación de la maternidad] está obligado a probar que era él a quien la presunta madre parió. La prueba solo puede aportarse si existen presunciones o indicios graves"(463).

El Código de Familia de Cataluña respecto del establecimiento de la filiación no matrimonial indica que esta puede establecerse por reconocimiento, por resolución dictada en proceso ante Registro Civil o por sentencia firme sea civil o penal, en lo referente a la madre, también por el informe médico o el documento que exija el Registro civil (art. 93).

El Código de Familia de Panamá es igual al nuestro, así como los Códigos suizo, italiano y el argentino, este último hace referencia a la inscripción registral (situación similar en su Proyecto). El Código de familia de Bolivia con redacción similar a la nuestra, añade que en la investigación se pueden hacer uso de todos

(463) Loi N° 93-22 du 8 janvier 1993 art. 26 Journal Officiel du 9 janvier 1993.

los medios de pruebas conducentes, redacción que asume el Código Federal de México pero agrega que la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (art. 385), norma similar es la del Código de Quintana Roo, haciendo la salvedad que en la época de la concepción no haya vivido con el marido (art. 917), equivalentes restricciones estuvieron consideradas en el Código de Brasil de 1916, pero el nuevo Código de 2003 ha eliminado cualquier tipo de límite en la investigación de la maternidad y también de la paternidad(464).

El Código español consagra que respecto de la madre su filiación será acreditada cuando se haga constar en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (art. 120, inc. 4), además menciona que aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento, de la posesión de estado, de la convivencia o de otros hechos de los que infiera la filiación (art. 135).

El Código Civil ecuatoriano nos dice que la prueba de la maternidad se realizará con testimonios fehacientes que determinen el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 271), en el mismo sentido el Código uruguayo (art. 242). En el Código de familia de Costa Rica se da especial énfasis a la posesión constante de estado, a efectos de investigar la paternidad o maternidad extramatrimonial.

En el Código de Familia de Cuba la probanza está dirigida tanto a la posesión de estado, así como al hecho del parto y a la identidad del hijo. El Código Civil de Québec indica genéricamente que: "La filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor. En la ausencia del acto de nacimiento, posesión del embarazo de filiación interrumpida es suficiente" (art. 523).

El Código Civil de Portugal, en su detallado tratamiento al establecimiento de la maternidad (del 1803 al 1825) indica en su artículo 1816º.- (*Prova da maternidade*) **1.** *Na acção de investigação de maternidade o filho deve provar que nasceu da pretensa mãe*. **2.** *A maternidade presume-se: a) Quando o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público; b) Quando exista carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a sua maternidade*. **3.** *A presunção considera-se ilidida quando existam dúvidas sérias sobre a maternidade* (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11).

El Código venezolano y el de Guatemala curiosamente no refieren expresamente a esta materia solo cuentan con normas genéricas.

(464) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 411.

Como vemos las legislaciones en el sistema privado comparado garantizan uniformemente desde el nacimiento el emplazamiento materno y la asunción por parte de la madre de los derechos y deberes emergentes de la filiación.

18. Procreación asistida

Como consecuencia de los avances de la procreática este artículo resulta pertinente para afirmar que la maternidad se determina por el hecho del parto, es decir que la maternidad biológica debe coincidir con la genética (art. 7 de la Ley general de salud) dando solución a los intrincados problemas de orden filial que origina la maternidad subrogada. Alemania ha introducido el párrafo 1591 *Mutterschaft* (Maternidad), del BGB (Código Civil) con el texto "Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat" (madre de un niño es la mujer que ha dado a luz a él).

Las técnicas de maternidad subrogada han llevado a que el axioma *mater sempre certa* resulte del todo inaplicable y hoy se encuentran en plena revisión pues ya no es posible ser tan categóricos en esta afirmación, pasando a ser una presunción *iuris tantum*. Actualmente, es viable que hasta cuatro mujeres pueden participar en el proceso biológico y socio-jurídico de gestar un hijo. Puede haber una que aporta el óvulo (madre genética), otra que lo geste (madre biológica), una que enriquezca con su con material genético (madre biogenética) –con lo que serían dos las madres genéticas– y finalmente una cuarta mujer que lo adopte (madre legal). De acuerdo con el texto del artículo 409, y como así lo ha determinado unánimemente la jurisprudencia comparada, es madre la mujer que da a luz aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada.

El uso de técnicas médicas permite a una mujer gestar un hijo para terceros con diversas variantes, mucho más complejas que la ovodonación y la embriodonación, tales como: a) que los gametos sean aportados por la pareja requiriente, b) que ambos gametos provengan del cedente, c) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja requiriente el semen, d) que la gestación lo sea con óvulo de la mujer requiriente y semen cedido. En todos estos caso debe tenerse muy presente la voluntad procreacional.

Al respecto el Proyecto de Código argentino ya se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer y prohíbe los contratos de maternidad subrogada (art. 545), prohibición esta que se encuentra también en el Code (art. 16-7) y Código Civil de Québec (art. 541). El Código de familia de Bulgaria refiera que: "Artículo 31.- La maternidad es determinada por el parto. La misma regla se aplica al niño concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer".

19. El nuevo proceso en la determinación de la maternidad

El proceso tratado en la Ley Nº 28457 se refiere única y exclusivamente a la investigación judicial de la paternidad, no de la maternidad extramatrimonial. Las razones pueden resultar obvias, aunque no del todo justificadas.

En primer lugar porque la sindicación de la maternidad resulta ser más sencilla por el hecho del parto, la objetividad es lo que marca la línea materna (*partus séquitur ventrem*), de allí que no existen presunciones que probar. En segundo lugar, porque son poco comunes los casos en los que se enjuicie a una mujer para conocer su relación parental con la descendencia. Lo normal es que sea al hombre. Para la mujer desprenderse de la prole es más difícil porque depende biológicamente de ella, el amamantamiento es clave para generar ese lazo en muchos casos es incólume. Al resultar más sencilla, la determinación de la maternidad queda a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento.

Hubiera sido más lógico que en el nuevo proceso se incluyera todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distingos, aprovechando que la indefinición del parentesco requiere de una solución efectiva y directa a través de las pruebas genéticas.

Como se mencionó existen dos posiciones que tratan de justificar las razones de la viabilidad o no de la indagación de la maternidad extramatrimonial por medio del proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial de la Ley Nº 28457:

- *No puede ser aplicado* considerándose que la analogía no opera dado que las normas procesales son de orden público.
- *Sí puede ser aplicado* con base en el interés superior del niño, demandándose en este caso la maternidad a través del nuevo proceso.

Nos alineamos con esta segunda posición. Nuestro sustento es que la filiación es una sola y no podemos hacer distingos por el tipo o calidad del progenitor investigado, es como retroceder para avivar las cenizas de la vieja clasificación de los hijos, con más o menos derechos. Sea el padre o la madre, la filiación requiere de un mismo sistema para su determinación. Como se trata actualmente la materia hay un trato desigualitario entre el hombre y la mujer, esta disparidad es establecida por la ley considerando que la masculinidad, siendo lo único que permite una paternidad, es aquella a la que puede aplicársele el contenido del nuevo proceso.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARCE LARRETA, Jorge. "Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional)". En: *Boletín del instituto nacional del niño.* Nº 1, Lima, enero 1934.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de familia*. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*. 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil.* Bosh, Barcelona, 1961.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano.* 6ª edición, T. II, Librería Studium, Lima, 1987.
- CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritt*o. T. XVII, Giuffré, Milano 1958-2004.
- CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano. (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. T. XVII, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação. Coimbra,* Portugal, 1986.
- DINIZ, Maria Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero.* 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús. "Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado". En: *Revista de Derecho privado,* Revista de Derecho privado, T. LXXX, Madrid, enero-diciembre, 1996.
- ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado.* Perú Andino, Lima, 1988.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada. Hispano-Americana*, México, 1947.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica. *El derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*. Civitas, Madrid, 1996.
- JACQUARD, Albert. *La leyenda de la vida.* La olla gigante, Lima, 1992.

- LLOVERAS, Nora y ORLANDINI, Olga. "El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema del Perú". En: *Jus jurisprudencia.* Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- MAZEAUD, Henry - León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte primera.* Volumen III, EJEA, Buenos Aires, 1959.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MIRÓ QUESADA, Antonio. "La investigación de la paternidad". En: *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*. Tomo XXV, Imprenta Liberal, Lima, 1898.
- PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. 2ª edición, Imprenta del estado, Lima, 1872.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de directo civil. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Romano*, Astrea, Buenos Aires, 2001.
- RÄDDA BARNEN. *Filiación*. Programa Demuna, Manual para promover reconocimientos voluntarios, Lima, Gráfica S.A., octubre, 1997.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil.* Trad. García Daireaux, T. III, Nº 1757 La Ley, Buenos Aires, 1963.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial". En: *II Congreso Mundial Vasco, La filiación a finales del siglo XX.*
- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La filiación en el nuevo de Derecho de familia.* Cono Sur, Chile, 2001.
- SOFOCLETO. "Humor dominical". En: *El Dominical*, Suplemento del diario *El Comercio,* XLII, Nº 21, 24/05/1998, Lima.
- SOLARI, Néstor. "Presunción de la paternidad extramatrimonial derivada de la convivencia". En: *La Ley,* año LXIX, Nº 56, 21 de marzo de 2005.

- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, T. II, Temis, Bogotá, 1999.
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación. Bosch, Barcelona*, 1993.
- ZANNONI, Eduardo. "Identidad personal y pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho Privado y comunitario.* Nº 13, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- ZICARELLI, Filho. "La prueba en la acción de investigación de paternidad". En: *Revista mexicana de Derecho Penal.* Nº 3, México, mayo-junio, 1970.

SUBCAPÍTULO PRIMERO

RECONOCIMIENTO

SUBCAPÍTULO PRIMERO
RECONOCIMIENTO

I. Generalidades. **II.** Antecedentes históricos. **III.** Etimología. **IV.** Concepto. **V.** Denominación. **VI.** Definición. **VII.** Naturaleza jurídica. 1. Reconocimiento confesión. 2. Reconocimiento admisión. 3. Teoría Mixta: reconocimiento confesión y reconocimiento admisión. 4. Reconocimiento como acto de poder familiar. **5.** Reconocimiento como acto jurídico. 6. Reconocimiento como acto declarativo. **VIII.** Características. 7. Unilateral, voluntario y espontáneo. 8. Declarativo de estado. 9. Personalísimo. 10. Irrevocable. 11. Puro y simple. 12. Voluntario. 13. Imprescriptible. 14. Solemne y formal. 15. Retroactivo. 16. Oportuno. 17. Indivisible. 18. Beneficioso. 19. Deber o derecho. **IX.** Objetivo. **X.** Importancia. **XI.** Sujetos. 20. Reconociente. 21. Reconocido. **XII.** Formalidad. 22. Escritura pública. 23. Testamento. 24. Registro civil. 25. Otras formas de reconocimiento. 25.1. Reconocimiento no formal. 25.2. Reconocimiento incidental. 25.3. Expresión de reconocimiento. 25.4. Reconocimiento aformal. 25.5. Reconocimiento ante el juez. 25.6. Adoção à brasileira. 25.7. Reconocimiento judicial de embarazo o parto. 26. De la propuesta de reforma. **XIII.** Requisitos. 27. Voluntad. 27.1. Dolo. 27.2. Error. 27.3. Violencia e intimidación. 28. Capacidad. 28.1. Edad. 28.2. Otros incapaces. 28.3. Adquisición especial de la capacidad por el reconocedor. 29. Forma. 30. Objeto. **XIV.** Relación jurídica. **XV.** Efectos. **XVI.** Clases. **XVII.** Tipos. 31. Del hijo mayor de edad. 31.1. Hijo mayor de edad. 31.2. Asentimiento. 31.2.1. Características del asentimiento del hijo mayor de edad. 31.3. Posesión de estado. 31.4. Sanción civil. 32. Del hijo de mujer casada. 33. Del hijo fallecido. 34. Del concebido. 34.1. Embriones crioconservados y *concepturus*. 35. Del hijo adoptado por tercero. 36. Del no hijo biológico. 37. Por poder o mandato. 38. Por los abuelos. 39. Reconocimiento en el tiempo. **XVIII.** Limitaciones. 40. De mujer casada. 41. De quien ya cuenta con una filiación completa. 42. Otros casos. **XIX.** Inscripción y registro. **XX.** Diferencia entre declaración judicial de filiación y reconocimiento. **XXI.** Revelación del nombre del otro progenitor. **XXII.** Responsabilidad civil por reconocimiento tardío.

I. GENERALIDADES

En la filiación extramatrimonial, al no existir acto jurídico familiar que fundamente el *nexum filii*, la descendencia deberá ser aceptada y asumida por los progenitores, a diferencia de lo que ocurre cuando existe un matrimonio en el que la filiación opera *ope legis* con base en la presunción de paternidad y a la acreditación objetiva de la maternidad. A falta de atribución legal, el reconocimiento se presenta como mecanismo de determinación de la relación de parentesco en los casos no alcanzados por la presunción *pater is est* prevista en el ordenamiento jurídico(465).

(465) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 598.

El establecimiento formal de la filiación extramatrimonial puede ser mediante reconocimiento voluntario, espontáneo y libre o por reconocimiento judicial(466) (llamado también coaccionado(467) o forzado)(468).

Reconocimiento	- Voluntario	Espontáneo
	- Judicial	Impuesto

De estos medios, el más recomendable –y el que también con frecuencia se evita– es el reconocimiento. Recomendable por la naturaleza eminentemente voluntaria del acto que lleva implícito sustentado en el deseo, intención y querer otorgar al reconocido la calidad de hijo.

El reconocimiento implica hacer coincidir en una persona la calidad de progenitor y padre(469). Al efectuarlo, el reconocedor asume las obligaciones que el Derecho establece al padre respecto de su hijo quien, por dicho acto, se entronca, surgiendo las relaciones paterno filiales fundamentadas en el derecho a la identidad.

Reconocer es querer tener por hijo a quien se considera lo es: reconozco, lo que no implica que biológicamente así lo sea siendo suficiente la mera declaración del reconocedor para tener al reconocido como hijo(470). Al no existir una investigación del lazo filiatorio basta con la expresión de voluntad para tener por cierta dicha relación, de ahí que existan reconocimientos falsos o complacientes, también denominados de favor.

La libertad que se otorga al acto de reconocimiento lleva a que se pueda reconocerse desde el hijo concebido, al hijo adulto e incluso al hijo fallecido. Lo importante es establecer la relación filiatoria entre dos personas en la medida en que ello sea posible, existiendo límites como en el caso de que se pretenda reconocer al hijo de una mujer casada, sin que el marido de esta haya negado su paternidad.

(466) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 397.

(467) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edición rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 341.

(468) Por demás conocida esta estructura de cómo determinar una filiación extramatrimonial citamos como referencia a MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000, p. 104.

(469) El menor no hijo del demandante y su reconocimiento como hijo es imposible. Cas. Nº 4307-2007-Loreto.

(470) El reconocimiento como un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola declaración de voluntad del padre o de la madre y cuya finalidad es establecer una relación paternofilial; y que, como simple acto declarativo, no siempre concuerda con la realidad biológica. Cas. Nº 2092-2003-Huaura. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (30/09/2004).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Comenta Pereira[471] que las civilizaciones antiguas no aceptaban el reconocimiento de paternidad, caso conocido es que el hijo natural no podría ser reconocido por el Derecho griego.

En la Roma antigua, con su organización religiosa, no se admitía la atribución de efectos al reconocimiento de paternidad[472], ni en los derechos europeos anteriores a la codificación[473]. Es en la Roma moderna en la que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio muestra sus primeros antecedentes con la *legitimatio per rescriptum principis* (Nov. 64, c. 1; e Nov. 89, c. 9), como nos dice Pontes de Miranda[474], presentándose como la institución que más se asemeja al reconocimiento que hoy conocemos: era concedida por el soberano, a requerimiento del progenitor que admitía su paternidad[475].

En Roma, los llamados hijos ilegítimos no tenían derecho al reconocimiento por parte de su padre, pese a que nacían *sui iuris* y seguían la condición de la madre, a excepción de los llamados hijos concubinarios, es decir, los nacidos de una relación de concubinato podían ser reconocidos por su padre, gozar del derecho de alimentos, de un derecho restringido de sucesión ab intestato y ser legitimados por subsiguiente matrimonio[476]. El Código de Justiniano y las Novelas establecían que la mujer, quien después de una larga cohabitación –concubinato de mayor o menor duración–, fuese abandonada con sus hijos tenía derecho a exigir el reconocimiento judicial de estos[477].

En la Edad media, Francia, se concibió al reconocimiento como medio de prueba de la filiación natural. "Los reconocimientos procedían principalmente de los padres y tenían por objeto establecer la prueba de su paternidad; las madres se limitaban a declarar su embarazo, para cumplir el edicto de Enrique II, de 1556, que castigaba como homicidas a las madres solteras que no hacían dicha declaración, si el hijo se moría sin bautizar"[478].

(471) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004, pp. 330-341.
(472) Ídem.
(473) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 149.
(474) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Bookseller, Campinas, São Paulo, 2000, p. 105.
(475) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 149.
(476) PARÉS MAICAS, Manuel. "La investigación de la paternidad en el Derecho catalán y en el Código Civil español". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/> p. 12 (05/08/2012).
(477) PARÉS MAICAS, Manuel. Ibídem, p. 34.
(478) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Cultural, La Habana, 1939, p. 646.

En el Derecho moderno hubo restricciones a esta institución como de alguna manera sucedió con el Código del 52. De acuerdo con Cristiano Chaves de, Nelson Farias y Rosenvald[(479)], en Brasil, nos dicen que el Código de Beviláqua el padre no podía reconocer a los hijos ilegítimos, estaba prohibido, siendo indisoluble el matrimonio, solo podía reconocer cuando enviudaba, es recién en 1942 que se permite el reconocimiento.

III. ETIMOLOGÍA

Etimológicamente la palabra reconocimiento deriva del latín.

Se encuentra compuesta por el prefijo *re-* (hacía atrás), el verbo *cognoscere* (conocer) y el sufijo *mentum* (medio o resultado).

Puede decirse que el reconocimiento es el medio para conocer (aceptar) un objeto, hecho o acontecimiento anterior a aquel en el que se ejecuta la acción.

Además, se entiende que el prefijo *re-* significa también reiteración (acepción esta última a las que nos sumamos).

IV. CONCEPTO

En su acepción general, la palabra reconocimiento es un sustantivo masculino por el cual se entiende la acción de distinguir a una persona o cosa de entre las demás por alguna cualidad o característica especial. En nuestro caso, dicha cualidad la ostenta la persona a ser reconocida al tener la condición de hijo extramatrimonial de quien distingue en aquella tal rasgo que no ostentan otras. Implica una acción, no se puede reconocer por omisión. En su estructura legal es un acto jurídico familiar filial destinado a determinar por medio de la voluntad del progenitor el vínculo de filiación entre padre/madre e hijo.

Mediante este acto formal el reconocedor expresa su voluntad indubitada de aceptar al reconocido como hijo suyo, con todas las consecuencias legales que ello trae consigo, en la plena convicción de que efectivamente lo es. Debe tenerse en cuenta que si bien lo ideal en el reconocimiento es que quien reconoce sea el progenitor de la persona que es reconocida, esta correspondencia no es un presupuesto para perfeccionar el acto, de allí que los efectos que se generen sean en virtud de la voluntad expresada y no de la verdad biológica, en este caso, no indagada, ya que solo basta la manifestación de voluntad para tener legalmente al reconocedor como progenitor o progenitora del reconocido.

(479) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, pp. 596 y 597.

V. DENOMINACIÓN

Reconocimiento voluntario, reconocimiento espontáneo, reconocimiento libre, reconocimiento a secas o perfiliación (como la denomina el Código de Portugal, arts. 1849 a 1863). También se le ha tendido a llamar, filiación asumida, declaración de filiación. El *nomen* no es muy variado, como sí sucede con otras instituciones.

En Brasil se le conoce como *perfilhação* al acto masculino, esto es al acto del padre, y *declaração da maternidade* al acto femenino, acto privativo de la mujer. La diferencia terminológica reside en su propia naturaleza jurídica en el sentido de que la declaración de maternidad es una pura declaración de ciencia y la perfiliación tiene un carácter conjunto de declaración de ciencia y declaración de voluntad(480). En sí tenemos que la perfiliación es el acto propio del reconocimiento.

Pontes de Miranda(481) nos dice que es en el intervalo de 1890 a 1916 que los juristas procuran distinguir reconocimiento de *perfilhação*.

VI. DEFINICIÓN

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española reconocer es "[c]onceder a alguien, con la conveniente solemnidad, la cualidad y relación de parentesco que tiene con el que ejecuta este reconocimiento, y los derechos que son consiguientes"(482).

De acuerdo con Rojina Villegas(483), el reconocimiento es el acto jurídico en virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y en favor del reconocido, los derechos y obligaciones que atribuye la filiación. Para Ferrando(484) es un acto discrecional y voluntario de cada progenitor. Suárez Franco dice que "es una manifestación de voluntad encaminada a considerar al reconcido como hijo y de ocupar, respecto de él, la posición jurídica de padre"(485). Según Silvio Rodríguez(486) es el acto solemne y público por el cual alguien, de acuerdo con la ley, declara que determinada persona es su hijo. Krasnow(487) y Famá(488) manifiestan que es un acto

(480) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Coimbra, Portugal, 1986, pp. 50 - 51 y 122 - 123
(481) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Bookseller, Campinas, São Paulo, 2000, p. 105.
(482) Vide Acepción 11 <http://lema.rae.es/drae/?val=reconocer> (22/07/2012).
(483) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 16ª edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1979, p. 482.
(484) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005, p. 248.
(485) SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 60.
(486) RODRÍGUEZ, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. Vol. 6, 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 347.
(487) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 22.
(488) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 123.

jurídico familiar mediante el cual una persona declara que otra persona es su hijo, es un hecho humano voluntario lícito. Según Pereira Coelho y De Oliveira(489) es el acto que consiste en la manifestación de un individuo que se presenta como progenitor de un hijo que no tenía paternidad establecida. A decir de Petrone(490) el reconocimiento es el acto a través del cual el padre atestigua la existencia de la relación de filiación natural provocando la clasificación jurídica del relativo estatus y es que, la situación de hecho, representada por el nacimiento, no es capaz de producir efectos típicos, o sea el estatus de filiación natural, ya que la ley exige que –si se quieren estos efectos– se intervenga en las formas prescritas, como un elemento constitutivo del caso, la declaración del padre (progenitor) de la existencia de la relación.

El reconocimiento es el acto jurídico familiar mediante el cual una persona declara libre y voluntariamente que otra persona es su hijo, atribuyéndose su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de esta última. Como acto jurídico está destinado a determinar por medio de la voluntad un vínculo, en este caso entre padre e hijo. Es un acto de estado familiar declarativo de paternidad, típico y nominado, que cuenta con sus propias características.

En definitiva, y en forma concreta, es el acto mediante el que se declara la filiación extramatrimonial.

VII. NATURALEZA JURÍDICA

Son varias las teorías que al respecto han sido desarrolladas, destacando las siguientes:

1. Reconocimiento confesión

Según esta tesis seguida por la tradicional doctrina francesa, el reconocimiento es un medio de prueba por el cual se deja establecido que el reconocedor engendró al reconocido; esto es, el primero confiesa haber procreado al segundo. Es una *declaración de conocimiento* o *manifestación de carácter confesorio*, una forma de declaración de ciencia. La confesión es admitir la verdad de un hecho o la existencia de un derecho apto para determinar efectos jurídicos contrarios a quien la formula y el reconocimiento no siempre es perjudicial a su autor.

Pero, como bien dice Suárez Franco(491), la confesión no es un negocio jurídico, no hay voluntad, es una mera exteriorización de un pensamiento, distinto a la aceptación (el reo no quiere la pena pero confiesa su delito).

(489) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 149.
(490) PETRONE, Marina. (voz) "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano. 1958-2004, p. 613.
(491) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, T. II, Temis, Bogotá, 1999, p. 61.

Es algo así como "Reconozco, (...) qué me queda!"

2. Reconocimiento admisión

El reconocimiento es una típica manifestación de voluntad constitutiva de un acto jurídico familiar. Esta teoría se cimenta en que el reconocedor, con su expresión de voluntad, admite que el reconocido es su hijo para convertir una relación biológica de procreación en una relación jurídica de filiación(492).

Aquí ya no hay un simple medio de prueba, pues existe un verdadero acto jurídico al tener su autor la intención de crear efectos jurídicos al afirmar que ha engendrado un hijo(493). Es algo así como "Reconozco, (...) es mi voluntad, así lo quiero!"

3. Teoría Mixta: reconocimiento confesión y reconocimiento admisión

Fue sostenida por Colín a inicios del S. XX.

Según esta teoría si el reconocimiento es un medio de prueba parecido a la confesión judicial (reconocimiento confesión) es también un acto de voluntad unilateral orientado a crear el lazo de filiación (reconocimiento admisión)(494) haciendo ingresar al reconocido en la familia del reconocedor.

4. Reconocimiento como acto de poder familiar

Para Cicu, el reconocimiento es un supuesto de excepción en el que el ordenamiento legal atribuye a la voluntad individual (del reconocedor) el poder para crear el vínculo de filiación(495). No obstante, escribe Mazzinghi, "[e]n rigor el reconocimiento del hijo extramatrimonial no es el resultado de un poder familiar, sino de un deber moral incuestionable, que está por encima de toda regulación legal"(496).

5. Reconocimiento como acto jurídico

Esta teoría sostiene que el reconocimiento es un acto jurídico destinado a lograr la creación de estado, generando efectos jurídicos tanto para la persona que reconoce como para aquella que es reconocida. Básicamente, es un acto jurídico familiar que produce sus efectos *ex lege*, de allí su carácter sui géneris, teniendo un tratamiento especial y propio y al que no se le pueden aplicar *in rígido* las normas del acto jurídico común (Libro II del Código), como bien lo aclara en nuestro medio Ninamanco Córdova(497). Más que la voluntad en sí manifestada a través

(492) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit. p. 484.
(493) Ibídem, p. 485.
(494) PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. Ob. cit., pp. 646-647.
(495) MÉNDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa y CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara. et ál. Ob. cit., p. 69.
(496) Ídem.
(497) Básicamente criticando la Cas. Nº 1602-201-Lima, que afirma que el reconocimiento de un hijo (que es un acto jurídico al no involucrar la posibilidad de autorregulación de intereses) se le aplican las normas

del reconocimiento lo importante son los efectos que se despliegan *ex vi legis*, por fuerza de la ley. La teoría contractual, según Petrone[498], que define el reconocimiento como acto de autonomía privada, imputa los efectos de voluntad, aclarando cómo, en el ámbito en la cual la voluntad es operativa, los efectos son atribuibles exclusivamente a ella; el reconocimiento puede ser por esto definido como negocio jurídico atributivo por parte del Estado de hijo natural reconocido.

6. Reconocimiento como acto declarativo

Guillermo Borda sostiene esta tesis, según la cual el reconocimiento "es una manifestación que se apoya (o la ley presume que se apoya) en una verdad biológica. Y puesto que la declaración paterna es una prueba que la ley, por distintos motivos, considera suficiente para aceptar la existencia de la filiación, le atribuye ese efecto, mientras no se la impugne judicialmente"[499].

Las más estudiadas y recurridas dentro de estas tesis:

El reconocimiento confesión y el reconocimiento admisión, son las tesis más trabajadas y de mayor aceptación. La diferencia más importante entre ambas –una y otra– está en la relevancia o preminencia que quiera darse al elemento volitivo y consecuente concurrencia de los vicios de la voluntad que serán relevantes si se trata de una declaración de voluntad, no así si existe declaración confesoria, de ser pura declaración de ciencia no haría falta capacidad de obrar alguna, bastando la simple capacidad natural de entender y de querer, o de conocer[500].

Desde nuestra postura consideramos que el reconocimiento es un acto jurídico y en cuanto tal, un acto jurídico declarativo de filiación, mas no constitutivo de esta, pues dicho lazo filiatorio ya existía entre progenitor e hijo antes de que el primero ejecute el acto, con el cual el reconocedor solo declara su existencia, no lo crea.

VIII. CARACTERÍSTICAS

Las características del reconocimiento son muy variadas.

El Código se refiere a ellas en varios artículos (388, 390, 393, 399, 400, 401). Sin embargo, se presta especial interés legislativo al establecer que el reconocimiento es un acto jurídico especial, puro e irrevocable.

---

del Libro II, las que pueden ser aplicadas por analogía. NICOMANCCO CÓRDOVA, Fort. "¿El reconocimiento de hijo es un negocio jurídico?". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 227, Lima, octubre 2012, p. 66.

(498) PETRONE, Marina (voz). "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 626.

(499) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Familia*. T. II; citado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ibídem, p. 70.

(500) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". En: Diario *La Ley*, Nº 6932, Sección Doctrina, España, 24 abril 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 1.

7. Unilateral, voluntario y espontáneo

Unilateral.- Se requiere la sola manifestación de voluntad del reconocedor[501], espontánea y libre. No del reconocido, tanto es así que puedo reconocer al hijo concebido y al muerto. La excepción, es que solo se requiere el asentimiento del hijo mayor de edad.

Solo corresponde al del padre o a la madre. No es necesaria la conformidad del otro progenitor[502] ni del reconocido, no es un acto recepticio. Es irrelevante que el reconocido acepte o no. Sobre este tema cabe preguntarnos, en el caso de la adopción:

¿Por qué si el adoptado es mayor de 10 años se requiere su asentimiento (art. 378, inc. 4) y en el caso de reconocimiento no?

Podríamos entender que la adopción implica asumir una filiación que biológicamente no corresponde, de allí la importancia de la intervención de todas las partes comprometidas, situación que no se da en el reconocimiento que es un mero acto de confesión.

Como acto personal, el reconocimiento despliega sus efectos por el mero hecho de la emisión de la declaración de voluntad del reconociente, independientemente de su aceptación, es más de su recepción por el reconocido. El declarante, reconociente, queda vinculado ipso facto, desde ese mismo momento. En todo caso estos tienen expedito el derecho de negar / impugnar dicho acto filial sobre la base de un reconocimiento inconsentido.

El Código Civil argentino hace referencia expresa que la validez del reconocimiento no requiere aceptación del hijo (art. 249), así también el Proyecto de reforma de 2012 del referido Código (art. 573).

(501) El reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad por lo que si el demandado no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento no ha existido acto jurídico; en tal sentido, si la madre consignó el nombre del demandante en dicha partida, constituye un acto de usurpación de nombre que no puede mantenerse dentro de un instrumento público. Cas. N° 2747-1998-Lima.

(502) Cierto sector del Derecho comparado exige el consentimiento del otro progenitor, incluso del tutor, en caso reconocerse hijo menor de edad (LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 290). La legislación comparada que exige el consentimiento del otro progenitor es Códigos de familia de Costa Rica (art. 84) y Panamá (Código de familia, art. 257), Códigos civiles de Alemania (art. 1595, I), España (art. 124), Italia (art. 250, 3), México (arts. 378 y 379) y Quebec (art. 528). El consentimiento requerido del otro progenitor no lo transforma en un acto bilateral, el consentimiento es solo una aprobación que condiciona la validez del acto. Crf. PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 152.

A ello habrá que aceptarse como máxima característica de la unilateralidad es el denominado reconocimiento por separado o unilateral (art. 392 hoy derogado), el que puede ser[503]:

- Unilateral stricto sensu (reconoce solo uno) generándose la familia monoparental, o;
- Unilateral doble (cada padre reconoce por acto separado e independiente, produciéndose el *reconocimiento sucesivo*).

Son dos los tipos de reconocimiento que han entrado a discutir su carácter de unilateralidad, uno es la excepción y el otro la consecuencia de un reconocimiento sin la voluntad del reconocido:

- El de mayor de edad cuando se precisa su consentimiento (art. 398)
- El de menor de edad que al llegar a su mayoridad puede impugnarlo (art. 401).

Voluntario.- La doctrina ha establecido mayoritariamente que la voluntad del reconocido es irrelevante para fijar los efectos del reconocimiento, estos se dan *ex lege* no *ex voluntate*. Su eficacia se da con independencia que el interesado lo quiera o no, quedando la posibilidad que lo niegue. En este contexto, antes de oponerse a la realización del acto en sí debe dejar sin efecto el reconocimiento realizado. Un caso especial sería cuando el progenitor (padre biológico), temeroso de una investigación de paternidad, haga reconocer a su hijo por un "testaferro" (tercero no padre), *in re* el hijo está facultado a impugnar dicho reconocimiento antes de poder iniciar la acción de investigación. En nuestro sistema, así como en el italiano, prima el principio de la voluntariedad o no obligatoriedad del reconocimiento en razón de que se cree oportuno considerar tanto las dificultades –familiares o sociales– que la mujer pueda encontrar, como la desigualdad en el trato que esta sufriría con respecto al padre natural[504].

Espontáneo.- René Pazos nos dice que "no basta una referencia accidental, tangencial o casual a la calidad de hijo. Así por ejemplo, si una persona confiere un mandato por escritura pública y señala que *confiere poder a su hijo XX* (...), esa declaración no constituye reconocimiento, por cuanto no ha sido hecha con el objeto de reconocerle, sino conferirle poder"[505], una surte de reconocimiento incidental.

(503) DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*. 3ª edición, 2ª reimpresión, T. IV, Tecnos, Madrid, 1986, p. 331.

(504) PETRONE, Marina (voz). "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 613.

(505) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 387.

8. Declarativo de estado

El reconocimiento no crea el vínculo de filiación, a contrario sensu lo prueba. Declara un estado de familia preexistente(506) de modo que tiene carácter retroactivo al momento de la concepción(507). Así tenemos que en el reconocimiento de la madre prueba el parto y en el reconocimiento del padre, la concepción. Esto es lo que presenta al reconocimiento como un acto meramente declarativo. Como sostiene Cornejo Chávez "El nombre mismo de la figura –reconocimiento– revela su mero carácter declarativo pues no puede reconocerse sino lo que ya existe. En otras palabras, no se es padre o hijo porque aquel haya reconocido a este; se es tal o cual por el hecho de la procreación: el reconocimiento carece de virtud genésica"(508).

La causa de la filiación es el hecho biológico y no la voluntad del reconociente manifestada en el reconocimiento. Un caso especial, que se da mucho en la práctica, es el reconocimiento por quien no es el padre del reconocido, lo que se conoce como adopción a la brasilera, que implica una forma de fraude tomando en cuenta que lo legal es que quien quiere ser padre de alguien que no es verdaderamente su hijo debe adoptarlo, en lugar de reconocerlo.

9. Personalísimo

Solo lo puede realizar el padre o la madre, ningún otro, siendo una facultad de estos, no un deber. El reconocimiento es un acto de voluntad soberana(509).

El reconocedor sabe del hecho de la cohabitación y de la consecuente procreación. Es, con base en ello, que procede a declarar su paternidad. Es una manifestación de voluntad individual que expresa uno de los actos más íntimos de la persona. Como aclara o, mejor dicho, enfatiza el Código Civil de Québec (art. 528), y también el de Código Civil uruguayo (art. 234), sus efectos son para quien lo realiza.

Las excepciones a esta característica se dan en los siguientes casos:

- *Reconocimiento por poder*
- *Reconocimiento por los abuelos* (art. 389).

(506) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 613.
(507) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 130.
(508) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 8ª edición, T. II, Librería Studium, Lima, 1991, p. 100.
(509) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 157.

Por estas excepciones Méndez Costa(510) considera que como acto no es personalísimo(511).

La legimitidad para reconocer solo corresponde al padre o la madre, nadie más. Es más, básicamente, el padre, la madre no tanto así, basta la comprobación del parto y la identidad del hijo parido. Con la muerte del reconociente (padre o madre) se extingue el derecho de reconocer, solo cabría la acción filial a los herederos. Tan personal es que la ley confiere una capacidad especial (art. 393) y la facultad de revelar el nombre del otro progenitor (art. 21), además lo torna intransmisible mortis causa(512).

10. Irrevocable

Una vez declarado no es posible que el autor vaya contra sus propios actos. No se puede renunciar ni transar. Una vez que me declaro padre no puedo desdecirme, retractarme, dar marcha atrás. No es admisible el arrepentimiento(513). Mi voluntad expresada fue desplegando sus efectos independientemente de situaciones ajenas o ulteriores (salvo la existencia de vicios). Indiscutiblemente, esta característica es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia(514) que constituye o del cual es presupuesto(515). El reconocedor deja de tener iniciativa alguna sobre la suerte y efectos de su declaración(516). Deriva de una cuestión de seguridad, básicamente de seguridad jurídica del estado civil de las personas, no admitiéndose los cambios de voluntad del reconocedor, estos resultan incompatibles con las condiciones de permanencia, trascendencia y estabilidad de todo estado civil. Esto lo torna en un acto perpetuo(517).

Respecto al tema de la irrevocabilidad es de citar que si se trata de un reconocimiento testamentario, este no pierde su fuerza aunque se revoque el testamento o sus demás cláusulas sean nulas. El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto familiar de reconocimiento otorgado, así lo expresan de manera especial algunos Códigos civiles como el de Guatemala (art. 212),

(510) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 78.
(511) Ídem.
(512) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal.* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 133.
(513) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 edición rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 338. RODRÍGUEZ, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. Volumen 6, 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, Saravia, 2002, Sao Paulo, p. 349.
(514) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 132.
(515) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* T. II, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 360.
(516) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. T. VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 289.
(517) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil.* Vol. 2: Direito de familia, 36ª edición, actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 460. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família.* 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006, p. 208.

Portugal (art. 1858), México DF (art. 366) y el Código de familia boliviano (art. 199). Además, nótese la singularidad del Código guatemalteco al agregar que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (art. 213). En igual sentido conjunto, que Guatemala, lo regula el Código de familia de Panamá (art. 260). Queda claro, por lo demás, que un actor no puede en vía de nulidad de acto jurídico obtener que se declare la nulidad de la Escritura Pública de reconocimiento de hijo extramatrimonial, de ser así dicha demanda debe ser desestimada.

Si bien el reconocimiento es irrevocable ello no restringe el hecho que pueda negarse o impugnarse. Veamos.

- **Negación**

La negación del reconocimiento puede ser solicitada (art. 399) por el padre o la madre que no interviene en él, por el hijo o sus descendientes si hubiera muerto o por quien tenga legítimo interés (legítimo contradictor).

Esta norma puede determinar una situación injusta, pues solo otorga legitimidad para negar a quien no participa en el reconocimiento. Sin embargo, con la admisibilidad expresa de las pruebas biológicas debiera permitirse la negación por falta de coincidencia biológica (y así debió contemplarlo la modificación del Código mediante la Ley Nº 27048). La negación de quien reconoce a un hijo extramatrimonial motivado por la conducta de la madre y siempre que la prueba de ADN descarte su paternidad. El resultado de la bioprueba demostraría el error que habría incurrido el presunto padre al reconocer como hijo a una criatura que no lo es. En todo caso puede invocarse el artículo 201 del Código que permite la anulación del acto jurídico por error(518). Jurisprudencia reciente en Brasil dice que el hecho del reconocimiento y del pago de una pensión alimenticia no impide al padre que, años depués, solicite judicialmente el examen de ADN para que la paternidad sea realmente determinada (Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça de Brasil). El sustento de la parte es que cuando realizó el reconocimiento en 1986 era inmaduro y que había sido presionado por la madre para su realización. Aceptada la acción el hijo se rehúsa a someterse al examen con base en su derecho a la integridad física, síquica y moral lo que permite al juez considerarlo como un argumento para dar validez a lo pretendido por el actor(519).

Obviamente, los denominados reconocimientos por complacencia –aquel que realiza el reconocedor consciente de su no paternidad hacia el sujeto que reconoce

(518) CORNEJO FAVA, María Teresa. "La paternidad y las pruebas científica, biológica, genética y del ADN en el Código Civil". En: *Revista Bibliotecal*. Año 1, Nº 2, diciembre de 2001, Lima, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, p. 136.

(519) Cfr. Ainda há tempo. "É possível pedir exame de DNA mesmo após registro". En: *Consultor jurídico*. 6 de julio de 2004.

como su hijo– estarían fuera de esta situación con base en la teoría de los actos propios.

- **De la impugnación**

Debemos diferenciar en el reconocimiento aquellos casos en los que existe vicio en la voluntad (error, dolo o violencia) o por no corresponder con la verdad biológica (no ser el progenitor), en estos casos no hay revocación en sentido propio porque la destrucción del acto no depende de su mera voluntad(520).

La impugnabilidad del reconocimiento no supone una excepción a la regla de la irrevocabilidad del acto por que el sujeto no cambia su voluntad sino, que por el vicio, deja de ser valorada jurídicamente la voluntad inicial. La ley peruana no determina, concretamente, las causales en que puede fundarse la impugnación pero se rige por las reglas del Título IX del Libro II, anulabilidad y nulidad del acto jurídico(521). Así tenemos que, las causales para impugnar el reconocimiento son, entre otras:

Nulidad	Anulabilidad
Falta de forma	Por existir vicio en la voluntad del reconociente: Dolo, error o violencia
El reconocedor es incapaz absoluto	Falta momentánea o circunstancial de discernimiento del reconociente
Por emplazar un estado de familia incompatible con el que ya goza el reconocido	
Cuando el reconocido es mayor que el reconocedor	

Doctrinariamente la acción de impugnación de reconocimiento tiene por finalidad establecer la inexactitud del vínculo de filiación afirmado por el reconocimiento, mientras que la acción de nulidad de reconocimiento tiene por finalidad probar que no ha sido cumplido uno de los requisitos exigidos por la ley para la validez del reconocimiento(522). Nuestra jurisprudencia ha mencionado que: "El reconocimiento de un hijo puede ser controvertido mediante la acción de impugnación de reconocimiento y a través de la acción de invalidez e ineficacia; es así que siendo un acto unilateral, es susceptible de causales de nulidad y anulabilidad,

(520) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Madrid, Dykinson, 1998, p. 58.
(521) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. T. II, 6ª edición, Librería Studium, Lima, 1987, p. 125.
(522) MAZEAUD. Ob. cit., p. 426.

pues la irrevocabilidad de dicho reconocimiento supone la existencia de un acto jurídico válido y con todos los elementos estructurales" (considerando quinto)[523].

Debe tenerse en cuenta que para la validez del reconocimiento, a parte de la forma exigida por ley, debe cumplirse con dos requisitos básicos: 1) Posibilidad biológica de la relación paterno-materno-filial que se pretende establecer (*imitan naturae*) y, 2) Posibilidad jurídica del emplazamiento en el estado de hijo extramatrimonial del reconociente[524], y ello es esencial para sus efectos jurídicos.

11. Puro y simple

Las modalidades no juegan en el ámbito del Derecho de familia al no operar el principio de autonomía de la voluntad, que es el que permite su establecimiento[525].

El reconocimiento no está sujeto a cargo, modo, plazo o condición. No pueden estipularse cláusulas que limiten o modifiquen los efectos atribuidos por ley, en todo caso no invalidan el acto, se tiene por no puestas[526]. Con Pereira Coelho y De Oliveir[527] imaginemos los siguientes casos, reconocer sin efectos sucesorios, sujetar la eficacia a la aceptación de los otros hijos, reconocer con efectos post mórtem, reconocer a condición de que el hijo sea obediente, reconocer siempre que sea mi hijo biológico o, la tanta veces mencionada cláusula, *reconozco si es que nace dentro de los 300 días siguientes a la relación sexual*. Otro caso podría ser, reconozco siempre que des a luz un hijo, no en el caso que des dos (gemelos univitelinos). Estas cláusulas al estar prohibidas nulas serán, no afectando al acto de reconocimiento.

El reconocimiento no admite limitaciones accesorias de la voluntad que hagan depender su alcance. No puede estar subordinado a nada ni a nadie. Ello pondría en peligro la estabilidad y seguridad de la filiación.

Por la propia índole de la institución, se es hijo o no. No puede alguien serlo desde tal o cual momento, desde tal hasta cierto tiempo o siempre que ocurra tal o cual evento, o con cargo de efectuar tales o cuales actos[528]. El ser hijo no depende de hechos futuros, ciertos o inciertos. Ser hijo es una situación plena y absoluta. A pesar de todo, se pregunta un sector de la doctrina[529] ¿Qué efectos tiene el acto de reconocer bajo condición? Se produce la nulidad del reco-

(523) Cas. Nº 1602-2011-Lima.
(524) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. Ob. cit., pp. 92 y 93.
(525) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 395.
(526) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 342.
(527) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*, Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 156 y 157.
(528) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 104.
(529) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 58.

nocimiento, o se tiene por no puesta la condición. La respuesta será que la condición debe tenerse por no puesta ya que el principio *Quod nullum est nullum effectum producit* deberá ser atenuado de acuerdo a las exigencias de la buena fe y las necesidades familiares, considerando válidos los actos realizados de buena fe creando una situación familiar aparente, con el fin de proteger fundamentalmente el interés familiar.

De manera ilustrativa el Código de Portugal (art. 1852) indica que el acto de reconocimiento no puede tener cláusulas que limite o modifique sus efectos, ni admite condición o término. Las cláusulas o declaraciones prohibidas no invalidan el reconocimiento, se tienen por no escritas. Por su parte, el Código italiano refiere que es nula la cláusula dirigida a limitar los efectos derivados del reconocimiento (art. 258).

12. Voluntario

Es facultativo.

Nadie puede ser obligado a declararse padre, esto es optativo, debe nacer y formalizarse. Así está determinado en el Código cuando se utiliza el término *puede ser reconocido* (arts. 388, 389, 391).

El concepto *voluntariedad* no se identifica con *potestad*. Se refiere a la presencia de los elementos del acto volitivo: discernimiento, intención y libertad que implican su validez. El reconocimiento no es un derecho es, fundamentalmente, un deber. Sin embargo, contrariamente a lo que señaló la doctrina clásica, guida por Mazeaud, la filiación extramatrimonial no reconocida de forma espontánea es reprochable jurídicamente lo que implica que sea una conducta antijurídica. Claro está, entonces, una responsabilidad por el no reconocimiento, e incluso, por el aquel tardío, implican un daño, sin la duda menor.

El reconocimiento carece de virtud genésica(530).

13. Imprescriptible

El reconocimiento puede ser hecho en cualquier tiempo, antes o después del nacimiento, incluso luego de ocurrida la muerte.

Este principio consta como norma expresa en el Código Civil de Portugal (art. 1854).

14. Solemne y formal

La formalidad impregna a este acto jurídico. La exigencia de la forma especial no es un requisito que trate de dificultar el acto de reconocimiento, sino

(530) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 100.

que tiene como finalidad evitar cualquier disputa o litigio posterior acerca de si se ha producido (o no) el reconocimiento(531). Su forma externa garantiza su propia autenticidad(532).

Declaración de semejante trascendencia debe contar con las garantías necesarias para su veracidad y formalidad.

La ley establece este requisito *ad solemnitatem* para su validez a fin que constituya título. Lo contrario implicaría su mero valor como prueba *ad probationem*.

Esta característica de la formalidad está establecida en el artículo 390.

15. Retroactivo

Tiene efecto retrooperante(533).

El establecimiento de la filiación tiene efectos *ex tunc* al momento de la concepción en mérito a su calidad de acto declarativo.

Puede realizarse en cualquier momento. El acto para ser reconocedor no prescribe.

Este efecto retroactivo produce consecuencias importantísimas. En ese intervalo si se apertura una herencia y divídase el acervo sin intervención del hijo no reconocido puede este, mediante la acción pertinente, obtener aquello que le corresponde legítimamente. Esta característica deviene del hecho de que el reconocimiento es un acto declarativo de filiación. No se es padre o hijo porque aquel haya reconocido a este.

Se es tal o cual por el hecho de la procreación(534). Esta no es ni creada ni establecida por el Derecho; es natural y, como tal, debe ser, simplemente, declarada al *preexistir*.

La retroactividad no surte efectos respecto de situaciones jurídicas establecidas ni afecta los actos cumplidos que por su propia naturaleza no pueden ser revisados(535). Por ejemplo, los actos derivados de la responsabilidad parental realizados con anterioridad al reconocimiento, como los emergentes de la administración y el usufructo de los bienes de los hijos menores de edad, o del deber alimentario, que surge desde el emplazamiento(536).

(531) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 292.
(532) SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, Tomo II, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 61.
(533) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 330, p. 352.
(534) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 100.
(535) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 130.
(536) Ibídem, p. 142.

16. Oportuno

Si bien la ley no fija términos, ni plazos, sí se encarga de establecer consecuencias en mérito del reconocimiento *oportuno* o *tardío*, según sea el caso. Así tenemos que el reconocimiento del hijo mayor de edad requiere su asentimiento (nada obsta que pueda demandar daños por ser tardío).

17. Indivisible

No es posible dividirlo, fraccionarlo. Se reconoce *in toto*, no en parte. No se admite efectos parciales o limitados, ni se admitirá efectos *pro tempore*(537).

18. Beneficioso

Al conceder un estado filial a quien lo carece por ley, el reconocimiento se torna un acto beneficioso para el hijo de allí que no se requiera el asentimiento (sobre todo del menor) en todo caso, de ser contario, está habilitada la posibilidad de impugnarlo, además que por su naturaleza no puede ser obligatorio. Sobre esto último se ha considerado que la discrecionalidad del acto del reconocimiento representa realmente un momento de fisiológica aplicación del principio de responsabilidad en la procreación. La relación parental que se instaura entre padre e hijo con el reconocimiento corresponde en concreto al interés del hijo en sí –si esta es la *ratio* del instituto– en la medida en la cual esta favorezca al desarrollo cultural en un ambiente sereno y acogedor: un reconocimiento obligatorio, en el mayor de los casos forzado, produciría efectos del todo contrarios(538).

19. Deber o derecho

El reconocimiento es un deber moral, no es una obligación, no hay compulsión para realizarlo, de allí que no pueda hablarse de un derecho del hijo de ser reconocido sino únicamente del derecho a que se declare judicialmente su filiación(539); criterio distinto manifiesta Diniz(540), cuando considera que el reconocimiento es un derecho personalísimo y Famá cuando dice que es indudable que el hijo tiene un derecho subjetivo a ser reconocido(541).

---

(537) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004, pp. 330 y 357.

(538) PETRONE, Marina (voz). "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 613.

(539) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. 3ª edición, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 62. PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 154.

(540) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002, p. 392.

(541) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 125.

IX. OBJETIVO

El reconocimiento tiene por objetivo otorgar al reconocido el estado de hijo extramatrimonial del reconocedor, con todos y cada uno de los derechos que le corresponde.

Por esta declaración el reconocedor admite haber procreado al reconocido.

Es un dar forma y contenido a la filiación cuando de por medio matrimonio no hay.

X. IMPORTANCIA

Partiendo de la premisa que no existen hijos de nadie, ni aquellos surgen de la nada, el reconocimiento permite que sin necesidad de declaración judicial una persona voluntariamente se declare progenitora de otra que no nació dentro de una unión matrimonial. De esta manera hace posible que los hijos extramatrimoniales cuenten con el estado de hijo de quienes los reconocen como tales, garantizándose el respeto, entre otros, del derecho a la identidad y de la trascendencia de esta forma de constituir familia.

XI. SUJETOS

Es un elemento esencial, a punto que, para Pontes de Miranda(542), el reconocimiento es inexistente: (i) cuando nunca existió la persona del reconocido, (ii) cuando no existe la persona del reconociente al tiempo de la concepción o estaba muerta.

20. Reconociente

Es el sujeto activo, reconocedor o recognoscente. Perfiliante.

Podemos decir que hay sujetos activos originarios, derivados y por delegación.

Padres. Los *sujetos activos originarios* del reconocimiento son el padre y la madre mayores de catorce años, sea que ejecuten el acto conjunta o separadamente y siempre que sean capaces. Se trata de la confirmación esencialmente personal(543). Son estos los legitimados. Pero, no basta ser padre, su estado civil puede o no influir.

(542) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Bookseller, São Paulo, Campinas, 2000, p. 134.
(543) Ibídem, p. 106.

- *Padre casado*, no necesita asentimiento de su cónyuge. La filiación se irradia entre él y su hijo, no alcanza al cónyuge (reconocimiento del hijo adulterino *a patre*), y;

- *Madre* soltera, puede libremente reconocer.

- *Madre casada*, no puede reconocer en tanto está activada la presunción *pater est* a punto tal que tampoco procede el reconocimiento de su hijo, al ser matrimonial (reconocimiento del hijo adulterino *a matre*)(544). Debe, primero impugnarse la paternidad para luego reconocer.

De otro lado, tal como lo señala Méndez Costa, "[l]a capacidad para el reconocimiento de hijos extramatrimoniales se caracteriza por su amplitud. Son hábiles para reconocer todos los progenitores fuera del matrimonio cualquiera haya sido su situación jurídica a la época de la concepción y cualquiera sea al momento del reconocimiento"(545).

El reconocimiento de la madre solo será necesario en caso no se hubiera realizado la inscripción del nacimiento(546).

Abuelos. Los abuelos o abuelas de la respectiva línea son *sujetos activos derivados*. Corresponde a los abuelos la capacidad de reconocer (art. 389) en caso de:

- Muerte del padre o de la madre

- Incapacidad absoluta del padre o de la madre, sean menores de edad, estén privados de discernimiento (art. 43, incs. 1 y 2).

- Incapacidad relativa del padre o de la madre, sean retardados mentales o adolezcan de deterioro mental que les impida expresar su voluntad libremente (art. 44, incs. 2 y 3) o desaparición (art. 47).

El Código del 36 solo concedía esta facultad a los abuelos paternos, reconociendo la potestad de *pater familias*, vedando la facultad a los abuelos maternos.

Terceros. El apoderado es un *sujeto activo derivado por delegación*. Como acto personalísimo, el reconocimiento prima facie no puede ser delegado por poder.

(544) El menor que ha sido reconocido por segunda vez en una nueva partida de nacimiento dentro de un matrimonio donde la cónyuge (tía del menor) lo inscribe como si fuera su hijo sin el consentimiento de su cónyuge, este puede pedir la nulidad de la partida de nacimiento alegando que no es el padre biológico del menor, pues se considera que debe prexistir la primera partida de nacimiento y la filiación materna que deriva del alumbramiento. Cas. Nº 1078-2005-Junín (27/03/2006).

(545) MÉNDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara. et ál.: Ob. cit., p. 73.

(546) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 143.

En todo caso, como dice Sambrizzi, el otorgamiento del mismo poder tiene el alcance del reconocimiento del hijo(547).

Reconocedor	**Sujetos activos**	Originarios	Padres
		Derivados	Abuelos
		Derivados por delegación	Apoderado

No son sujetos activos del reconocimiento, ni pueden reconocer:

- Los descendientes del reconociente.
- Ni su tutor.
- Ni su curador.

Ningún guardador, tutor ni curador, por más facultad expresa que tengan pueden reconocer en nombre de su guardado, por más que le favorezca y el reconocido acepte el acto.

A contrario sensu a lo expuesto, el Código Civil de Venezuela faculta, en caso de muerte del padre o madre, que el reconocimiento sea hecho por ascendientes o descendientes sobrevivientes (art. 224)(548).

21. Reconocido

Sujeto pasivo. Perfiliado.

Pueden reconocerse todos los hijos habidos fuera del matrimonio. Son sujetos pasivos cualquier hijo extramatrimonial, concebido, menor, mayor, vivo o muerto (lo que Lasarte(549) llama la *intemporalidad del reconocimiento*), capaz o incapaz siempre que carezca de una o ambas filiaciones, paterna o materna. Es decir, no todos los hijos pueden ser reconocidos, libres de filiación, paterna o materna o ambas dos, deben estar. El reconocido *debe ser* progenie del reconciente. El ascendiente reconoce a su descendiente. Sin embargo, esta regla general admite excepciones, como el caso del hijo de la mujer casada.

Se reconoce como hijo, esto es lo hacen los padres. No puedo reconocer como nieto, hermano, sobrino, primo, en fin.

(547) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 610.

(548) "**Artículo 224.-** En caso de muerte del padre o de la madre, el reconocimiento de la filiación puede ser hecho por el ascendiente o ascendientes sobrevivientes de una u otra línea del grado más próximo que concurran en la herencia, de mutuo acuerdo si pertenecen a la misma línea, y en las condiciones que establecen las disposiciones contempladas en los artículos de esta sección y con iguales efectos".

(549) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil.* Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 290.

Dicen Famá[550] y Méndez[551] que toda persona puede ser reconocida si se verifican dos condiciones especiales:

- Posibilidad física o natural de que el reconociente sea la madre o el padre del reconocido.
- Posibilidad jurídica del emplazamiento en estado de hijo extramatrimonial.

Queda en la duda si puede reconocerse un *concepturus*. El Código de Portugal lo limita (art. 1855) cuando menciona que el reconocimiento del concebido será válida si es posterior a la concepción.

XII. FORMALIDAD

El reconocimiento es uno de los medios para establecer la filiación extramatrimonial.

Es la voluntad del progenitor la que determina su configuración. Como tal es un acto directo, personal, formal, expreso, inequívoco y solemne. Su importancia y trascendencia debe constar en un documento veraz, fehaciente y, por demás, seguro que no ofrezca duda acerca de su contenido.

Por esta razón se han escogido tipos para su formulación:

- *Reconocimiento directo*: ante el registro de nacimientos, por escritura pública y por testamento, fuera de estos no puede practicarse un reconocimiento válido (art. 390).
- *Reconocimiento indirecto*: cuando el demandado en alimentos durante la audiencia aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto –el juez– enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada (art. 171, CNA).

Puede darse el caso en que el demandado al contestar su demanda acepte la paternidad pero no concurra a la audiencia. En este caso, consideramos, el juez en la audiencia única, por el solo mérito de la aceptación contenida en el escrito de contestación de la demanda y por constituir una declaración asimilada en el

(550) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 167.
(551) MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996, pp. 92 y 93.

artículo 221[552] del Código Procesal Civil, aun el demandado no haya concurrido a la audiencia única, puede disponer que se tenga por reconocido al hijo y proceder conforme manda el artículo 171 del CNA.

Este criterio debe ser aplicable, también, en los procesos penales de omisión de asistencia familiar (art. 149 y 150, CP)[553].

Cualquier otra forma de las consideradas *expressis verbis* por la ley, nos referimos a los seudoreconocimientos o reconocimientos tácitos, constituirán pruebas valorables susceptibles de provocar la declaración judicial de filiación[554], al no ser manifestaciones explícitas.

22. Escritura pública

Llamado reconocimiento escritural.

A diferencia de otras legislaciones, el Código peruano ha optado por este tipo especial de reconocimiento realizado en escritura pública, pues representa el documento que por antonomasia otorga el notario y, seguro y formal, como tal es un medio típico para establecer el vínculo filial.

Legislaciones extranjeras se refieren a *otro documento público* como forma especial de realizar el reconocimiento. Entre estos casos tenemos:

- Acta civil de celebración de matrimonio de los padres,
- Expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo,
- Capitulaciones matrimoniales, y;
- Acto de conciliación.

El literal d del artículo 58 de la Ley del Notariado[555] indica que no se requiere minuta para el reconocimiento de hijos.

La escritura pública no debe ser expresa de reconocimiento. El reconocimiento puede estar integrado o ser parte, conjuntamente, con otro(s) actos(s) jurídico(s) que conste(n) en una escritura pública. Así, puede darse el caso de una Escritura

(552) "**Artículo 221.- Declaración asimilada.-** Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa".

(553) El demandado, al rendir su declaración instructiva en el proceso penal sobre omisión de asistencia familiar, señala que el menor de iniciales Y.A, es su hijo. Por tanto la pretensión de filiación paternal extramatrimonial no debe ser denegada si existe una prueba válida que se dio en un proceso penal que determina el reconocimiento del padre. Casación Nº 182-2004 (15/02/2005).

(554) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 293. SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999, p. 62.

(555) D.Leg. Nº 1049, (DOEP., 26/06/2008).

Pública que contenga otros actos, como una de pacto antenupcial de régimen de bienes(556), anticipo de legítima, donación, considerándose, además, el reconocimiento. Si bien la eficacia del régimen de bienes se rige por una condición suspensiva –la celebración del matrimonio– en caso no celebrarse este el reconocimiento mantendría sus efectos, situación similar se darían en los otros actos jurídicos mencionados sujetos a condición la que no afectará al reconocimiento.

23. Testamento

Llamado reconocimiento testamental.

El testamento más que un acto de disposición patrimonial de última voluntad es un acto jurídico. Su contenido puede ser referido a disposición de bienes, orden de la sucesión e, incluso, disposiciones de contenido extrapatrimonial, dentro del cual encontramos al reconocimiento.

Respecto del tipo de testamento, tomando en cuenta los principios de promoción de la paternidad y de prioridad de la voluntad del reconocedor, se entiende que es cualquier testamento (Ordinario: escritura pública, el cerrado y el ológrafo, o Especial: militar y el marítimo, art. 691) pero deberá protocolizarse a fin de otorgarle el carácter de documento público empezando, desde allí, a surtir efectos.

Por su naturaleza típica los efectos del testamento quedan diferidos al momento de la muerte del otorgante, sus cláusulas tienen eficacia post mórtem. Sin embargo, con base en el principio del interés del reconocido, de la trascendencia del acto y del derecho a la identidad se admite la eficacia inmediata del reconocimiento testamentario, desde su faccionamiento. Tratándose de un reconocimiento testamentario por escritura pública queda consumado con el otorgamiento de la disposición de última voluntad. No se mantiene en suspenso hasta la muerte del testador pues ello significaría someterlo a un plazo incierto(557), lo que es contrario al artículo 395. Un tema operativo y práctico es que de darse un reconocimiento en testamento el notario deberá comunicarlo al reconocido a fin de que surta efectos. El problema se da con el testamento ológrafo o cerrado ya que recién se conocerá de su contenido al fallecimiento del testador por lo que, en este caso, el reconocimiento surtirá efectos en dicho momento(558). El hecho de la comunicación o notificación del reconocimiento al hijo consta expresamente en el Código Civil de Ecuador (art. 264.- El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo). Así las cosas, derechas como deben ser, es que los efectos del reconocimiento realizado en testamento se producen de forma inmediata,

(556) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 341.
(557) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. T. III, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 100.
(558) Ídem.

no se subordina a la muerte del testador al tratarse de una disposición extrapatrimonial ínter vivos, regida por sus propias normas(559).

El criterio a nivel local es distinto. Conforme nos indicó la notaria Cecilia Hidalgo Morán(560) en el Perú no hay una ley especial sobre cómo debe proceder el Notario ante un caso así. Se parte de la premisa de que el testamento requiere de la reserva del contenido hasta el fallecimiento del testador (independientemente que en él consten otros actos jurídicos), situación que impediría a los notarios hacer de público el reconocimiento tomando en cuenta que no debe romper con su obligación de reserva. Con este mismo criterio, Petrone(561), indica que por el hecho de estar contenido dentro de un testamento, el reconocimiento se adecua a la particular forma de emisión de la declaración testamentaria y llega a tomar relevancia jurídica externa después de la muerte de su autor: a este momento es diferida su eficacia. Podría darse el caso de un padre que hace el reconocimiento testamentario mantenga relación paternofilial con ese hijo pero que no desea comunicarlo a su familia formal, sino hasta después de su muerte a fin de que este hijo disfrute de los efectos testamentarios. Si existiera una obligación así, el Notario debería instruir a su usuario de ello, lo que a mi concepto, podría generar que en muchos casos se desanime de hacer el reconocimiento.

El hecho de que el testamento sea revocado no afecta la esencia del acto jurídico de reconocimiento realizado, el reconocimiento dentro de este es irrevocable, también en el hipotético caso de destrucción de la ficha testamentaria por parte del testador (siempre que, naturalmente, se pueda probar la existencia del acto y su contenido)(562). Así lo expresan algunos Códigos civiles como es el caso de Guatemala (art. 212), México DF (art. 366), Portugal (art. 1858) y el Código de familia boliviano (art. 199). Asimismo, si el testamento adolece de vicios que afecten su validez no deben por qué repercutir en el reconocimiento, al ser un acto jurídico independiente. En esta línea, el Código de Guatemala considera que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad (art. 213), en igual sentido el Código de familia de Panamá (art. 260).

24. Registro civil

Llamado reconocimiento por acta.

(559) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 140. Con esta misma posición Zannoni, Borda, López del Carril, Méndez Costa.

(560) Correo electrónico del 5 de setiembre de 2012.

(561) PETRONE, Marina: (voz) "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004, p. 619.

(562) Ibídem, p. 618.

El reconocimiento realizado con el apersonamiento del padre o la madre al Registro de nacimiento es el más usual y frecuente. Sin dudarlo, también es el más práctico, económico y eficaz en cuanto a que sus efectos son inmediatos. Una forma de promover los reconocimientos sería viabilizando su gratuidad(563).

Si el reconocimiento no se realiza a través de alguna de estas formas indicadas por la ley queda sometido a la probanza respectiva (*ad probationem*) no hay sanción de nulidad (art. 144). De allí que, como acto jurídico familiar, con sus correspondientes características, debe distinguirse entre aquel reconocimiento *constitutivo de emplazamiento* (que otorga un título de estado: partida de nacimiento inscrita en el Registro en el estado civil) de aquel *presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento* (que solo es un medio de prueba que permite requerir al funcionario del Registro de estado civil o, judicialmente en su caso, la constitución de un título de estado: escritura pública y testamento)(564).

En este sentido, el reconocimiento realizado ante el registro de estado civil es constitutivo de emplazamiento. Los otros tipos de reconocimiento solo generan un presupuesto suficiente para la constitución del emplazamiento.

En la práctica, contrariándose las normas legales, se requiere de que el reconocimiento sea simultáneo, es decir que lo realicen ambos padres al mismo tiempo, a efectos de impedir que el progenitor que no interviene en el reconocimiento pueda impugnar el acto. A pesar de ello el artículo 388 permite el reconocimiento unilateral o por separado, cuando se realiza por uno solo de los padres.

25. Otras formas de reconocimiento

Analizados los tipos y formas mediante los que puede realizarse el reconocimiento, no se consideran como reconocimientos válidamente efectuados los siguientes casos:

25.1. Reconocimiento no formal

Entendido como tal aquel realizado fuera de los tipos aceptados por la ley (en documentos privados, en actas de bautismo(565), hechos de palabra o verbales, videos, grabaciones, vía mail, chat, BBM).

25.2. Reconocimiento incidental

También llamado implícito.

(563) CHAVES, Marianna. <@MariannaAChaves. "Averbação de reconhecimento de paternidade deve ser gratuita: http://bit.ly/ArE5uf">, 18/3/2012, 2:34 p.m. Tweet.

(564) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* 2ª edición, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 356 y 357.

(565) La doctrina dominante y la jurisprudencia excluyen la validez del reconocimiento efectuado en un acta de bautizo (PETRONE, Marina. (Voz) "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto,* Tomo XL, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, p. 618).

Se caracteriza por la ausencia de intención directa para establecer la filiación (caso típico tenemos de aquel presunto progenitor que, en documento, cuya finalidad principal es otra, declara informalmente que una persona es su heredero –por tanto su hijo–).

Parece escasamente admisible la posibilidad de un reconocimiento incidental formal. Esto es, aquel supuesto en el que observándose las formas establecidas (v. gr. testamento) se reconoce a un hijo de modo indirecto, como pudiera ser en la institución de heredero, llamándolo hijo, sin haber sido previamente reconocido como tal (dejo mi carro de carrera a mi hijo XXX). Dado el carácter solemne del reconocimiento, a pesar de su aspecto voluntarista, y por los trascendentales efectos que conlleva, parece lo más adecuado excluir estas formas incidentales como reconocimientos efectivos.

La mejor doctrina entiende que no es admisible, por cuanto no parece que hubiera en estos casos una voluntad seria y formal de reconocer sino más bien meras expresiones afectivas; en todo caso, sería cuestión de interpretar la voluntad del testador o del otorgante(566). Se presentan como simples disposiciones testamentarias como "dejo a mi hijo B"(567).

Básicamente de la falta de claridad pueden surgir un reconocimiento incidental, que no es un acto prístino sino, por el contrario, dubitativo, en todo caso como dice Madaleno(568), puede servir como fuerte elemento de prueba en un proceso de investigación de la paternidad, de ahí la distinción entre declaración y escrito (dedicar un libro *a mi querido hijo XXX*, no implica un reconocimiento, pero si un escrito indubitado).

Es importante indicar que el Código no ha creído necesario aclarar si ha de tratarse de un reconocimiento expreso y directo o si basta el implícito o sobrentendido, situación esta que ha sido resuelta jurisprudencialmente asumiendo la última interpretación(569) tomando en cuenta el interés social. Bajo esta premisa es que el reconocimiento incidental formal, que se manifiesta en un testamento u otro documento público del cual se deduce la existencia del hijo, al instituírsele como heredero, sería perfectamente válido. Este tipo de reconocimiento incidental o implícito es tratado de manera expresa por el Código Civil de Venezuela (art. 218), por el Código de familia boliviano (art. 196) y por el Proyecto de reforma del Código Civil argentino 2012 (art. 571, b).

(566) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". En: Diario *La Ley*, Nº 6932, Sección Doctrina, España, 24 abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 4.

(567) Cfr. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Bookseller, Campinas, São Paulo, 2000, p. 109.

(568) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 562.

(569) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 119.

25.3. Expresión de reconocimiento

Aquella manifestación de voluntad, clara e inequívoca, mediante la cual se individualiza al reconocido; por ejemplo: autorización del hijo para que contraiga matrimonio, el otorgamiento de poder nombrándolo como hijo(570), autorización notarial de viaje del menor sin ser el padre.

25.4. Reconocimiento aformal

Llamado tácito o de hecho(571).

Es establecido por los actos directos del padre o de su familia y que se establece mediante la posesión constante de estado de hijo (art. 402 inc. 2), es una presunción que servirá para ejercer la acción de reclamación de estado filial.

La única utilidad práctica de estos tipos de reconocimientos sui génereis es que pueden ser utilizados como medio de prueba en un proceso de estado filial: escrito indubitado, posesión de estado (medio para consolidar el *tractatus*).

25.5. Reconocimiento ante el juez

Dice el Código brasilero que el reconocimiento puede ser hecho a través de "manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém", (art. 1609).

Sobre el particular Madaleno(572) refiere que la norma no indica cuál es el juez competente por lo que puede ser ante cualquier juez o instancia jurisdiccional (laboral y comercial).

Este tipo de reconocimiento lo tenemos consagrado en el Perú en el artículo 171 del CNA: "Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada".

25.6. Adoção à brasileira

Es la llamada adopción a la brasilera.

Se presenta en aquellos casos en los cuales asumo una paternidad sin un debido proceso y sin cumplir con la forma que manda la ley. En lugar de adoptar

(570) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. Ob. cit., p. 100.
(571) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 57.
(572) MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2011, p. 563.

(como me lo exige la norma) procedo a reconocer a un menor sabiendo que no es mi hijo pero que, finalmente, quiero que lo sea. Con base en la teoría de los actos propios el reconociente no puede, luego, desdecir el reconocimiento alegando que se trata de una falsa declaración en razón de que él fue consciente que reconocía a una persona que no era realmente su hijo. En este caso se configura un verdadero parentesco socioafectivo(573).

25.7. Reconocimiento judicial de embarazo o parto

Para Pontes de Miranda(574) el reconocimiento anticipado de la prole tiene como fundamento la incerteza de la madre de escapar con vida del propio parto, sobreviviéndole el hijo. En estos casos, la comunicación de gravidez equivale al reconocimiento del hijo, una vez que sea hecha mediante escritura pública o testamento. Con este criterio, podríamos plantear, de la mano con nuestro sistema civil (art. 2, CC), que el reconocimiento judicial del embarazo o parto podría ser una forma de reconocimiento de la filiación.

26. De la propuesta de reforma

Tomando en cuenta la liberalidad y ampliación en las formas de realizar el reconocimiento en el Derecho comparado, en el Proyecto de reforma ampliado de filiación presentado a la subcomisión de familia encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil peruano, propusimos como redacción para el artículo que establece la forma del reconocimiento lo siguiente:

> **Artículo 368.-** El reconocimiento resulta: 1.- De la declaración en el registro de nacimientos, al momento de su inscripción o posteriormente. 2.- De la declaración en un documento público o privado debidamente reconocido. 3.- De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad.

Este numeral propuesto presentaba detalladamente los medios por los que se puede hacer constar el reconocimiento. A diferencia del artículo 390 del Código, el propuesto se encargaba de detallar técnicamente las formas de establecer el reconocimiento, así la declaración hecha ante el registro de nacimiento, que si bien el Código Civil la contempla específicamente en el artículo 391, se consideró pertinente mantenerla (resumidamente) en un solo artículo, siguiendo el criterio del Proyecto de la Comisión Revisora de 1984, del Proyecto de la Comisión Revisora de 1981 y del Anteproyecto de la Comisión Revisora de 1980. Por otro lado, se estableció, como innovación, que el reconocimiento pueda realizarse en documento público o privado, dejando de lado la excesiva –y hasta onerosa– formalidad de la escritura pública pues, según ha quedado establecido, limita y restringe

(573) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 2, Direito de familia, 36ª edición, actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 420.

(574) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, São Paulo, Bookseller, 2000, p. 113.

su ejercicio. Finalmente, se mencionó que el reconocimiento puede realizarse de acuerdo a las disposiciones de última voluntad, no encasillándolo al caso exclusivo del testamento.

Al margen de la formalidad prevista para efectuar el reconocimiento, lo más importante de este es que implica un acto de responsabilidad por quien lo efectúa, indistintamente del contexto en el que haya sido concebido el reconocido, puesto que en muchos casos este es fruto de una aventura amorosa de los progenitores, sin embargo no tiene por qué pagar las consecuencias de los desatinos sentimentales de estos últimos.

XIII. REQUISITOS

Siendo el reconocimiento un acto jurídico familiar debe cumplir con los siguientes elementos de validez.

27. Voluntad

Este requisito es a la vez un elemento esencial de todo acto jurídico y en el caso del reconocimiento viene a ser la manifestación del querer, llevada a cabo por el progenitor del reconocido al sostener en su declaración que este es hijo suyo. No se requiere la manifestación de voluntad de reconocido (salvo que sea mayor de edad).

Tal como lo sostiene el profesor Vidal Ramírez(575), la manifestación de voluntad constituye la esencia del acto jurídico al punto de no ser solo un requisito de su validez sino el acto jurídico mismo. Para que este acto sea válido resulta necesario que la voluntad por la que se constituye no adolezca de anormalidad.

Dicha anormalidad se presenta cuando hay discrepancia entre lo deseado y lo ejecutado, no habiendo de este modo una *voluntad perfecta* cuya existencia exige la confluencia de tres momentos vinculados a un nexo de causalidad. "Así, en primer término, aquel que supone la valoración, el conocimiento de una realidad por el sujeto, que el ordenamiento quiere que se produzca 'correctamente'. Producida esta, tiene lugar un segundo momento, meramente interno, en el que el particular, como consecuencia de aquello que conoce, adopta una determinada intención. El tercero de los planos no supone más que la manifestación, la exteriorización de dicha intención que, en este momento, se transforma en una voluntad apta para la producción de los efectos que jurídicamente se le asocien"(576).

(575) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 93.

(576) LAMO MERLINI, Olga de. "La impugnación del reconocimiento por vicios en la declaración: aproximación a su significado en el artículo 141 del Código Civil", [*on-line*], p. 8. En: <http://eprints.ucm.es/10981/1/Lamo_Merlini-Trabajo_reconocimiento.pdf> (04/08/2012). El artículo al que se hace referencia corresponde al Código Civil español.

Estos momentos en el reconocimiento se presentan del siguiente modo:

La manifestación de voluntad en el reconocimiento de paternidad

Momento	Primer momento	Segundo momento	Tercer momento
Descripción	Conocimiento de una realidad por el sujeto (aspectos externo e interno).	Decisión (aspecto interno: adoptado con base en una convicción)	Ejecución (aspecto externo: es la manifestación de la decisión).
Aplicación	El reconocedor sabe que la persona a quien va a reconocer es su hijo.	Decide reconocerla como tal.	La reconoce bajo cualquiera de las formas legalmente previstas.

Por consiguiente, la anormalidad o vicio en la manifestación de la voluntad se presenta cuando hay una interferencia en alguno de los momentos antes señalados(577); así tenemos:

27.1. Dolo

A diferencia del error, en el cual la anomalía surge del propio sujeto celebrante del acto, en el dolo se induce al sujeto a caer en equivocación, dándose así la intervención de un factor externo que determina la decisión de aquel.

Existe discusión en doctrina sobre la improcedencia del dolo como vicio para afectar la validez de los actos jurídicos familiares a tal punto que hay quienes manifiestan que el dolo no es tomado en consideración en el Derecho de familia(578). (ver: Tomo I, Capítulo III), en especial esta se ha discutido en torno al reconocimiento. La tesis mayoritaria es ser contraria a aplicar el dolo como vicio del consentimiento en el reconocimiento. El dolo per se no faculta a impugnar el reconocimiento, su naturaleza no es útil para ello; en todo caso induce a quien reconoce a un error esencial; en tal sentido, el reconocimiento puede ser impugnado por error, no así por dolo.

En el caso del reconocimiento este vicio de la voluntad es más recurrente en hombres que en mujeres y se presenta cuando se le hace creer que es el progenitor sin que realmente lo sea por lo que, motivado por tal persuasión, lleva a cabo el reconocimiento, situación esta que no se da en la mujeres al ser la maternidad un hecho más objetivo. "Aquí nuevamente la fractura de la voluntad perfecta se produce en el primer plano, solo que ya no por una causa intrínseca atribuible al declarante, sino por una extrínseca producida por un tercero; en efecto, al tratarse el reconocimiento de un acto jurídico unilateral, el vicio no es provocado por la otra parte, pues aquí tal no existe, sino por otra persona que sin ser parte influya

(577) Ibídem, p. 9.
(578) PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de familia. Derecho de familia*. Temis, Bogotá, 2008, p. 69.

en la decisión del reconocedor"[579]. Nuestra jurisprudencia[580] admite que el derecho a la identidad implica el derecho a conocer a los verdaderos padres por lo que el reconocedor puede impugnar su paternidad con la prueba de ADN, tomando en cuenta que el reconocimiento fue viciado por el dolo de la madre quien era conciente que el reconocedor no era el padre biológico[581].

El caso más común de dolo es, como menciona Ayarza Sancho, el *dolo reticente*, que implica omitir una información esencial para el adecuado conocimiento y, por ende consentimiento de quien reconoce. "Dolo reticente que de ordinario será el de la progenitora, omitiendo la circunstancia de no ser el varón el padre biológico, hallándose este en la creencia contraria"[582].

27.2. Error

Esta anomalía se origina en la interioridad del sujeto y consiste en una equivocada comprensión o representación de la realidad externa, manifestando su voluntad sobre la base de dicha falsa representación, la que no se condice con su verdadero objetivo, pues de conocer lo que realmente existe no hubiera celebrado el acto[583].

En este vicio la fractura en la sucesión de los tres momentos ut supra indicados se da en el primero de ellos. El declarante, equivocadamente, se forma la seguridad que otra persona es su hijo, cuando realmente no lo es, siendo por ello un conocimiento tergiversado de la realidad, no habiendo coincidencia entre esta y lo que se tiene por cierto. De ahí que si el reconocedor hubiera sabido que no mantiene vínculo filiatorio con su supuesto hijo, no lo habría reconocido como tal.

De las clasificaciones que se hacen del error puede decirse que en este caso nos encontramos frente a un *error en las cualidades de la persona*, en concreto, de la persona reconocida[584]. Como dice Ayarza Sancho[585], el error ha de recaer en la persona sobre la que se realiza el reconocimiento, en mérito de sus cualidades esenciales. Está basado, esencialmente, en la falsa creencia de ser hijo propio a quien se reconoce. No parecen admisibles otros tipos de error, pues ello supondría permitir una causa torpe al reconocimiento.

(579) Ídem.
(580) Cas. Nº 968-2010-Piura.
(581) Cas. Nº 1602-2011-Lima.
(582) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". En: Diario *La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 6.
(583) RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. Ob. cit., p. 108.
(584) Ídem.
(585) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". En: Diario *La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 8.

No habría error:

- Reconocer a quién no se concibió
- Reconocer a quién dudamos sea realmente el hijo (promiscuidad sexual de la madre).

Caigo en error, cuando reconozco creyéndome padre pero luego me entero de que no lo soy.

27.3. Violencia e intimidación

Ser violentado o amenazado es una forma en la que perfectamente se vicia el consentimiento en el acto jurídico del reconocimiento.

En ambos supuestos hay privación de la libertad del agente para celebrar el acto, viéndose obligado a hacerlo. En la violencia se emplea la fuerza física para lograr que el sujeto ejecute el reconocimiento de otra persona, sin que haya una voluntad espontánea para ejecutarlo; sin embargo, por la fuerza que sobre él se ejerce efectúa el reconocimiento incluso a sabiendas de que el reconocido no es su hijo. En la intimidación el reconocedor también puede saber que no es el progenitor del hijo que se le atribuye pero por miedo a un mal futuro, inminente y grave decide celebrar el acto.

Resulta importante precisar que en el caso de la violencia, esta excluye por completo toda voluntad no pudiéndose catalogarla de vicio[586]. A diferencia de la intimidación en la cual el reconocedor sí manifiesta una voluntad, aunque esta no sea libre, sino motivada por el miedo, se presenta una interferencia en el segundo de los momentos antes estudiados, ya que la decisión de reconocer a otra persona es el resultado de una coacción y no de una libertad de acción.

El simple temor reverencial no anula el reconocimiento. Sin embargo, esto debe ser analizado en cada caso por separado, pues en muchas situaciones puede existir una presión determinante que vicie la voluntad, lo cual deberá ser apreciado por el juez al fallar tal situación ocurrida.

28. Capacidad

La capacidad en el reconocimiento es de por sí *espinosa y problemática*[587].

Como acto jurídico familiar declarativo de un estado de familia de orden filial, el reconocimiento debe ser realizado por una persona que tenga aptitud legal a efectos de generar eficacia. El reconocedor debe ser capaz de realizar el acto, estar legitimado por el Derecho para formalizar su voluntad. Dada su importancia,

(586) Ibídem, p. 107.
(587) LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de familia.* T. IV, vol. II, Barcelona, 1982, p. 652.

efectos y tomando en consideración que el reconocimiento es un acto de ciencia –pues otorgo mi paternidad a quien procreé y que por tanto conozco– la doctrina considera requisitos típicos para adjudicar una capacidad especial con el fin de realizar un reconocimiento, tendiente a favorecer el emplazamiento del niño como proyección de su derecho a la identidad(588).

En la doctrina clásica se argumentaba que la capacidad exigida para cumplir ciertos actos jurídicos no era necesaria para reconocer válidamente a un hijo ya que cada cual es capaz de hacer válidamente una confesión, solo basta con que comprenda su trascendencia(589).

La doctrina moderna(590) establece que para reconocer solo son precisas dos cosas:

- *Pubertad* - Puede reconocer quien puede procrear, y;
- *Discernimiento* - Facultad de entendimiento.

Basta tener conciencia de las relaciones sexuales fecundantes y convicción de la paternidad. Solo se necesita capacidad natural para entender y querer el acto que practica(591). Es así que la amplitud es la característica de la capacidad para reconocer(592) lo que se da en amparo de la filiación y también para su promoción y protección. En esta línea, Gomes(593) considera que la ley no exige capacidad especial para el reconocimiento, si se tiene edad para procrear, se tiene edad para reconocer y siguiendo a los franceses –Colin y Capitant, Planiol y Ripert– manifiestan que basta la aptitud natural consistente en saber lo que ese está haciendo.

28.1. Edad

El Código opta por un sistema temporal, sustentado en el tiempo, en el cual la edad determina la capacidad del reconocedor. Tener 14 años representa la capacidad para realizar un reconocimiento (menor adulto). A pesar de ser incapaz absoluto de ejercicio (art. 43, inc. 1) la ley le concede dicha facultad (art. 393).

Se rescata el principio que toda persona tiene capacidad para reconocer. No una capacidad plena sino una mínima posibilidad de querer y entender, así como una presunción de procrear(594). El fundamento para fijar la edad de 14 años obedece al criterio que es partir de la misma que se tiene pubertad (más allá que se

(588) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 145.
(589) MAZEAUD. Ob. cit., pp. 405 y 406.
(590) Este criterio ya había sido considerado por autores como ALBALADEJO y LAFAILLE.
(591) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 159.
(592) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. Ob. cit., p. 80.
(593) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 342.
(594) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 149.

alcanza un mayor grado de discernimiento). La mujer que pare un hijo antes de los 14 (menor impúber) no puede reconocerlo pero acreditado su parto y la identidad del parido, el reconocimiento posterior carecería de efectos puesto que acreditada está la maternidad. No podemos caer en el *absurdum* que pueda inscribirlo mas no reconocerlo como su hijo. Krasnow(595) manifiesta que se admite el reconocimiento antes de llegar a la edad legal si la mujer demuestra que ha dado a luz y el hombre obtiene autorización judicial previa a su manifestación unilateral de voluntad.

Debe tenerse en cuenta que el artículo primigenio del Código establecía otra edad para reconocer, los 16 años cumplidos, siendo reducida a la edad de 14.

La modificación de este artículo del Código tiene como antecedente el Proyecto de Ley 3561/97-CR que consideró la variación de la edad por los siguientes motivos:

- El alto índice de adolescentes menores de 16 años que son padres.
- La ley reconoce que la incapacidad de la mujer mayor de 14 años cesa por el matrimonio ya que este genera derechos y obligaciones.
- La incapacidad debe cesar, con mayor razón, con la procreación de un niño.
- La edad para que la mujer pueda casarse y así adquirir la capacidad especial es inferior a la del varón (14 versus 16) lo que en materia de reconocimiento genera discriminaciones.

Como podemos apreciar, este cambio se realizó debido a que existía una incongruencia con el artículo 241, inciso 1 del Código. Este último permitía la dispensa judicial del matrimonio de menores de edad por motivos graves siempre que el hombre tuviera 16 años cumplidos y la mujer 14, mientras que el texto originario del artículo 393 establecía como edad mínima del reconocedor los 16 años. La contradicción se daba en el hecho de que por un lado se permitía el matrimonio de una mujer de 14 años siempre que existieran motivos graves (que no eran otros que la gravidez, en sí el embarazo) de manera que mediante la legitimación jurídica de dicha relación sexual extramarital mediante el matrimonio su descendencia gozaría de la presunción *pater est* (art. 361) mientras que, por otro lado, se impedía que otra menor, que también mantuvo una relación sexual extramarital pero que no consiguió formalizarla mediante el matrimonio, no pudiera reconocer al fruto de su descendencia. Se produce entonces una confusión de los presupuestos jurídicos de la capacidad para el reconocimiento como para contraer matrimonio, olvidándose que son total y absolutamente distintos. Por cierto, esta mala política legislativa generaba situaciones discriminatorias en razón de que se hacía depender del estado civil de los padres la filiación de los hijos, lo que contradecía el principio de igualdad y también el hecho de que, demostrada liminarmente su

(595) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 25.

pubertad, la procedencia del reconocimiento se da por la sola voluntad del progenitor que engendró.

El Derecho comparado nos trae novedades sobre el tema. El Código Civil de México DF (art. 361) y el Código de familia de Panamá (art. 261) establecen que para reconocer un hijo se requiere la edad exigida para contraer matrimonio, mas la edad del hijo que va a ser reconocido. Este artículo se sustenta en la coincidencia que ha de requerir la ley, en este caso la del hecho de la procreación, el acto del reconocimiento y las relaciones familiares. Con esta norma se busca que quien reconozca aparente físicamente ser el padre (*naturam imitat*) situación análoga a la adopción. Sin embargo, esta ecuación es poco común en el Derecho comparado.

Las legislaciones limitan el reconocimiento por otras razones. El Código de Japón no estable edad fija, solo dice que: "El padre o madre, aun cuando fueren menores o se hallaren sometidos a tutela de mayores, no necesitarán del consentimiento de su representante legal para el reconocimiento de un hijo" (art. 780).

La norma establece una edad mínima, no máxima. Preguntamos ¿Podrá reconocer un anciano de 100 años, (...) más discutible aún o una mujer de 80?

28.2. Otros incapaces

En cuanto a los dementes, no tienen capacidad para reconocer, careciendo, en general, de capacidad para celebrar cualquier acto jurídico por el mismo hecho de ser considerados legamente incapaces (art. 44, inc. 2). Al respecto, la doctrina aún mantiene la discusión en cuanto a si los dementes pueden efectuar el reconocimiento en un intervalo lúcido, habiendo un sector tomado postura en sentido afirmativo, por tanto, como nos señala el maestro Guillermo Borda "si se comprueba de manera plena e inequívoca la lucidez del reconocedor en el momento del acto, debe atribuírsele efectos legales plenos"[596].

28.3. Adquisición especial de la capacidad por el reconocedor

La institución del reconocimiento ha replanteado y a su vez ampliado el sistema legal de adquisición especial de la capacidad (emancipación legal) que opera ipso iure (art. 46):

> "(...) Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos".

(596) BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de familia*. 12ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 267.

Nótese que se otorga una capacidad especial dirigida, solamente, para determinados actos subsistiendo la incapacidad del menor para *todos* los demás. No es una capacidad plena sino restringida de allí que no deba ser inscrita, como lo manda para otros casos el reglamento de la Reniec(597) (art. 40). Así, el nacimiento de un hijo confiere al padre menor de edad la patria potestad (relación jurídica subjetiva familiar en la que existen un complexo de derechos y obligaciones recíprocos), luego es lógico que se admita el reconocimiento por estas personas, ya que este es causa y fundamento de la patria potestad sobre los hijos(598).

Téngase en cuenta que es el nacimiento de un hijo, y no su concepción, lo que otorga esta capacidad especial a una persona para reconocer. Esto resulta incongruente, pues el concebido también puede ser reconocido. En este sentido, puede decirse que esta norma limita la posibilidad que el reconocedor menor de catorce (14) años pueda atribuir su paternidad legal a su hijo concebido; este solo podrá ser reconocido una vez que su progenitor adquiera la edad permitida que establece el Código para realizar este acto de declaración de filiación y siempre que se produzca el nacimiento. Si bien este caso citado es una excepción, no la regla, sirve para reafirmar que el reconocimiento es tanto un derecho como una obligación mediante la cual los progenitores adquieren la calidad legal de padre o madre asumiendo su responsabilidad.

Todo aquel que tiene la capacidad especial para poder reconocer puede hacer uso de cualquiera de las formas permitidas por la ley (art. 390). Sin embargo, en la práctica solo es factible el reconocimiento realizado por el menor ante el Registro de Estado Civil. A pesar de que la Ley del Notariado solo requiere documento de identidad (que es cualquiera que pueda identificar a la persona) como uno de los requisitos de la escritura pública, en muchos casos, por no querer decir todos, no se permite esta forma de reconocimiento por los propios notarios. En el caso de testamento, el Código establece una capacidad típica para testar y es aquella adquirida mediante la emancipación (art. 46), en este caso puede hacerse uso de cualquier tipo de testamento, incluso del nuncupativo o auténtico, es decir, mediante escritura pública, siempre que lo permita el notario.

29. Forma

El reconocimiento es un acto estrictamente formal, solemne.

Según el artículo 390 las formas que pueden utilizarse para realizar un reconocimiento son mediante inscripción en el registro de nacimiento, por testamento o por escritura pública. Es una enumeración taxativa, númerus clausus. Es nulo el reconocimiento que no se realice bajo cualquiera de las formas indicadas.

(597) D.S. Nº 015-98-PCM, Reglamento de inscripciones del registro nacional de identificación y estado civil.
(598) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 155.

No cabe reconocimiento verbal (en todo caso será una prueba para una acción de filiación), la mera palabra no traba la relación filial(599).

30. Objeto

Es la creación de derechos y obligaciones propias del estado de hijo. En nuestro sistema jurídico, por mandato constitucional (art. 6), todos los hijos tienen iguales derechos y deberes, indistintamente si son extramatrimoniales o matrimoniales. Una vez reconocido el hijo tendrá los mismos derechos que aquel habido dentro de una unión matrimonial, igualmente los mismos deberes respecto a sus padres. Para Lasarte el "reconocimiento tiene por objeto el hecho de aceptar o admitir la relación biológica existente entre la persona que lo lleva a cabo y aquel o aquella a quien se encuentra referido"(600). En mérito que supongo una progenitaduria, reconozco.

XIV. RELACIÓN JURÍDICA

En términos generales, el reconocimiento establece todos los derechos y obligaciones que emanan de la filiación y otros especiales; así tenemos:

Derecho de los		
Padres	**Abuelos**	**Hijos**
• Derecho a reconocer • De reconocer al hijo extramatrimonial que ha muerto y que ha dejado descendientes. • De reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada una vez que el marido de esta lo negó y obtuvo sentencia favorable.	• Derecho de los abuelos del hijo extramatrimonial a reconocerlo en caso de muerte del padre o madre o cuando los padres sean menores de catorce años.	• Derecho a ser reconocido • A que no pueda revocarse el reconocimiento. • Del hijo mayor de edad que fue reconocido que el padre o madre reconociente no lo herede ni tenga derecho a alimentos si es que él no lo consiente.

(599) Las formas de reconocimiento de acuerdo al artículo 390 del Código Civil son: a) el registro de nacimientos; b) escritura pública; y, c) testamento; de allí que el artículo 392 del Código establece que cuando el padre o la madre hiciera el reconocimiento separadamente no pueden revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo y toda indicación al respecto se tiene por no puesta, de allí que no teniendo el consentimiento o reconocimiento verbal de validez legal alguna como reconocimiento, es imposible que se dé la realización de reconocimiento alguno más allá de las declaraciones testimoniales que la demandante alega. Cas. Nº 1944-2003-Lima. No es suficiente reconocer haber embarazado a la madre del menor para que se entienda reconocido este último, es indispensable consignar la identidad del menor, pues sino lo único que se estaría reconociendo es la existencia de relaciones sexuales entre ambas personas. Cas. Nº 2534-2002-Puno.

(600) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 288.

• Del padre, madre o padres de estos en caso de fallecimiento, a reconocer al hijo extramatrimonial incluso cuando este ha muerto dejando descendientes. • Del reconociente a llevar a vivir al hijo extramatrimonial a su casa, siempre que cuente con el asentimiento de su cónyuge. • De impugnar el reconocimiento en el que no interviene.		• Derecho a ser reconocido • A que no pueda revocarse el reconocimiento. • Del hijo mayor de edad que fue reconocido que el padre o madre reconociente no lo herede ni tenga derecho a alimentos si es que él no lo consiente. • De impugnar el reconocimiento en el que no interviene. • Del hijo menor o incapaz de negar el reconocimiento hecho en su favor cuando es mayor de edad o cesa la incapacidad. • A vivir en casa de quien lo reconoció, a pesar de que el cónyuge del reconociente no dé su asentimiento.

XV. EFECTOS

El reconocimiento genera todo un complejo de derechos y obligaciones, toda una gama de derechos entre los padres e hijos(601).

Dice con precisión Lasarte que: "el reconocimiento supone sencillamente un acto jurídico del *reconocedor*, cuyos efectos jurídicos los determina y concreta la propia ley sin que el *reconocedor*, por tanto, tenga facultad alguna para establecer el alcance de su propia declaración de voluntad. No hay, pues, base negocial alguna en el reconocimiento y ni siquiera los encendidos defensores del negocio jurídico como concepto abstracto dejan de reconocer en la actualidad que el reconocimiento es un acto propiamente dicho"(602). Así las cosas, reconozco y punto. Lo demás viene solo, cae por el propio peso de la declaración. El reconocimiento genera un doble efecto: En el *campo moral*, estableciendo relaciones de parentesco entre quien reconoce y es reconocido, y; en el *campo material* creando relaciones sucesorias recíprocas entre las partes, como también obligaciones

(601) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. VI: direito de família, 7. ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 284.
(602) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 288.

alimentarias recíprocas(603). Determina una plena relación jurídica subjetiva: heredo, me heredan; me alimentan, alimento.

El principal efecto del reconocimiento es brindar al reconocido la calidad de hijo extramatrimonial del reconocedor, con todas las obligaciones y derechos que se derivan de dicha condición; sin embargo, resulta necesario hacer algunas precisiones:

- Provienen *ex lege*.

Los efectos no se derivan *ex volutate* sino *ex lege*. La voluntad por sí sola genera efectos jurídicos, estos son establecidos por la ley.

- Validez *erga omnes*

El reconocimiento surte efectos para todos: reconocedor, reconocido y terceros. Se enraíza en todos los comprometidos, conforme a la naturaleza de la institución.

Confiere la calidad total de hijo y padre, con toda la gama de relaciones jurídicas subjetivas (derechos y obligaciones; facultades y deberes; atributos y demás). Pero no solo respecto de ellos sino de todos sus familiares, ascendientes, descendientes, colaterales y afines. No sería legalmente posible que el hijo fuera extramatrimonial con relación a los padres, mas no frente a terceros; ello atentaría contra el principio de individualidad del estado civil(604).

- *El reconocimiento genera el estado de hijo extramatrimonial retroactivamente a la concepción del reconocido*

Conforme lo sostiene Borda, la retroactividad es "la solución que mejor se ajusta a la idea sustancial de la institución. Si se acepta que una persona es hija de otra, habrá que admitir que siempre lo ha sido. Sostener que no lo fue hasta el instante arbitrariamente elegido por el padre y sí después, es contrario a la naturaleza de las cosas. Y, además, conduce a soluciones injustas, como que el hijo reconocido no podría recoger una herencia deferida antes del reconocimiento. No es extraño, pues, que la doctrina, salvo contadas excepciones, se incline por la retroactividad"(605). Esta postura se armoniza con la tesis de la naturaleza declarativa de filiación en el reconocimiento, por ende, si con este solo se declara una relación que ya existía, es razonable que una vez celebrado el acto, el mismo tenga efectos retroactivos al momento en que se originó la relación filiatoria, esto es, en la concepción.

(603) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. Volumen 6, 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002, p. 348.
(604) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. Tomo II, 3ª edición, Bogotá, Ed. Temis, 1999, p. 63.
(605) Citado en MENDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara; et ál.: Ob. cit., p. 83.

- *El reconocimiento mediante testamento surte efectos inmediatos*

El reconocimiento es un acto jurídico distinto al testamento. Tiene su autonomía, no está supeditado a este, siendo sus efectos distintos y, además, inmediatos. A diferencia del resto del contenido testamentario, que surte efectos a partir de la muerte del testador, el reconocimiento tiene eficacia desde que ha sido formalizado(606), de inmediato(607), y no desde la muerte del testador(608), dicha declaración –el reconocimiento– tiene valor per se independiente del resto del testamento(609). "Su irrevocabilidad excluye cualquier duda en este sentido y, de sostenerse lo contrario, se estaría sujetando el reconocimiento a un plazo incierto, en contra de la prohibición legal de modalidades"(610).

- *Medio de prueba de la filiación extramatrimonial*.

Conforme a lo previsto en el artículo 387 del Código Civil.

- *Consagración formal para el reconocido de su derecho a tener un nombre*

El nombre conforme al artículo 19 del Código incluye los apellidos, correspondiéndole de este modo al reconocido, según el artículo 20 del citado Código, el primer apellido del padre y el primero de la madre, y con los cuales la persona reconocida se identificará frente a terceros por el resto de su vida. En el caso de reconocimientos sucesivos, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación (art. 21).

- *Herencia*

Adquieren la calidad de herederos legales.

- *Patria potestad*

La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez establece a quien corresponde, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor (art. 421). Al ser una situación voluntaria, la patria potestad la ejerce el padre que ha reconocido al hijo. Con base en el criterio de igualdad de la filiación, ya no se toma en cuenta el tiempo ni el momento en el que se realiza

(606) Ibídem, p. 84.
(607) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 3ª edición, 2ª reimpresión, T. IV, Tecnos, Madrid, 1986, p. 337.
(608) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 611.
(609) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 50 y ss. BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. T. II, 5ª edición. Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988, p. 238.
(610) Ídem.

el reconocimiento, a efectos de atribuir la patria potestad. Esta se otorga procurando salvaguardar el interés del menor, ya no del que reconoce primero (si se trata de reconocimientos sucesivos) o de ambos padres (si se trata de reconocimientos simultáneos).

En este contexto, corresponde, también la tenencia y el régimen de visitas.

- *Límite a vivir con el reconociente si el cónyuge de este no asiente*

El hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro (art. 397). Esta disposición tiene por objeto impedir que el padre reconociente pretenda imponer a su cónyuge la presencia de una persona extraña a este, so pretexto de ejercitar la facultad a que se refiere el inciso 5 del artículo 423, poniendo en riesgo la armonía doméstica(611). Esto es que, producto de la patria potestad los padres tienen el derecho-deber de tener a sus hijos cerca, en su compañía, estar con ellos, lo que se conoce dentro del régimen familiar general (no tuitivo) como la guarda. En este sentido, el ejercicio de la patria potestad requiere de manera fundamental la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar, siendo un derecho-deber de los padres de tener a sus hijos consigo. Más que preservar la paz familiar este artículo busca conservar la paz en el hogar y en la casa conyugal.

Sin duda la norma *in comento* vulnera el derecho subjetivo familiar del padre que teniendo un hijo extramatrimonial no pueda convivenciar con él, criarlo a su lado. Este artículo es un mal rezago del 360 del Código del 36. Es de tenerse presente que la mujer casada puede perfectamente reconocer al hijo que tuvo antes de su matrimonio (así lo indican expresamente algunos códigos, como es el Código de familia boliviano, art. 198) por lo que la norma es aplicable a ambos progenitores casados que reconocieron a su hijo extramatrimonial.

Nótese que el artículo no sería aplicable para el conviviente que reconoce un hijo extramatrimonial. En este caso la pareja no cuenta con el derecho subjetivo de impedir que el hijo de su pareja viva en la casa esto es, obviamente, un caso más mediante el cual se diferencia el matrimonio del concubinato.

El Código Civil de México en materia federal establece una norma similar pero indica de manera expresa que: "El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de este" (art. 372). Por otro lado el Código Civil de Guatemala considera una norma general, que subsume la nuestra, en el sentido de que: "los hijos procreados fuera del matrimonio, gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge" (art. 209). El Código brasilero, va por la misma línea y

(611) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. T. II, 6ª edición, Librería Studium, Lima, 1987, p. 123.

niega la posibilidad que el hijo reconocido viva en el hogar conyugal si no cuenta con el consentimiento del otro (art. 1611, siguiendo la tendencia del Código de 1916, art. 359)(612) norma esta, como refiere Berenice Dias(613) descaradamente inconstitucional. Norma similar la tiene el Código de Portugal (art. 1883).

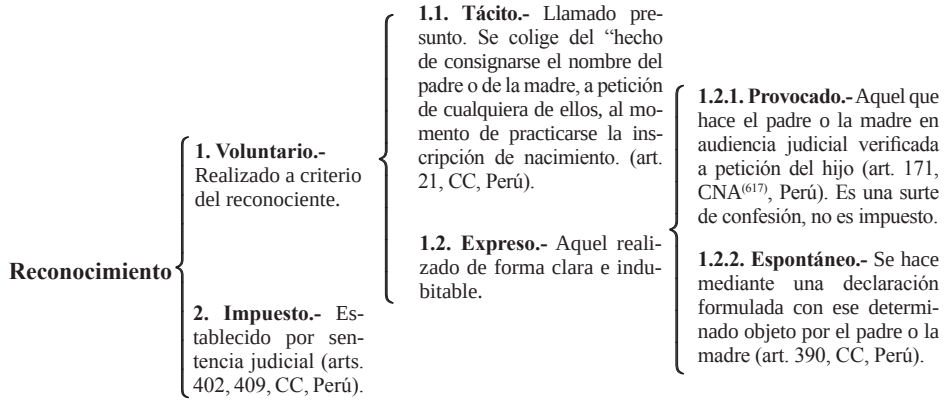
Obviamente este artículo no es aplicable para el hijo adoptado por persona casada en la medida que, para formalizar la adopción se requirió el asentimiento del cónyuge a contrario sensu la adopción no pudo haberse configurado(614).

- *Se expide nueva partida de nacimiento*

El reconocimiento obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas (art. 387)(615).

XVI. CLASES

René Pazos(616) nos refiere de forma esquemática que se presentan clases de reconocimiento, las que podrían ser adaptadas a las situaciones locales, veamos:



(612) GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2006, p. 415.

(613) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 edición rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 339.

(614) Criterio contario asume MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Bookseller, Campinas, São Paulo, 2000, p. 226.

(615) Artículo 5 de la L. Nº 29032, Ley que ordena la expedición de una nueva partida o acta de nacimiento cuando el reconocimiento de paternidad o maternidad se realiza con posterioridad a la fecha de inscripción (DOEP., 5/06/2007).

(616) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 386 y ss.

(617) Código de los Niños y Adolescentes. "Artículo 171.- Actuación. Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante.

Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvención.

XVII. TIPOS

El reconocimiento es uno, solo uno; sin embargo, varía en cuanto a la calidad de la persona del reconocido o cuando quien lo realiza no es el reconociente originario. Entre ellos tenemos los siguientes:

Por la calidad del reconocido	Hijo mayor de edad
	Hijo de mujer casada
	Hijo fallecido
	Hijo concebido
	Hijo adoptado por un tercero
	Del no hijo biológico
Por las personas que lo realizan distintas al reconociente	Poder o mandato
	Abuelos

Por la calidad del reconocido

31. Del hijo mayor de edad

El Derecho comparado no es uniforme en el tema de la regulación jurídica y los efectos del reconocimiento del hijo mayor de edad. Encontramos cuatro tipos de legislaciones claramente definidas y que se sustentan en la base de la voluntad del reconocedor (asentimiento), la verdad biológica o el interés del reconocido. Entre ellas tenemos:

1. Aquellas que no admiten el asentimiento del reconocido, teniendo que la constatación de un vínculo parental y la creación de un estado no deben depender de la voluntad del hijo.
2. Permiten el asentimiento del reconocido con la posibilidad de que el padre accione judicialmente si se le deniega el reconocimiento.
3. Exigen el asentimiento sin posibilidad de derecho de acción por parte del padre y,
4. Exigen alternativamente el asentimiento del reconocido o la posesión de estado del reconocedor por el reconocido.

Concluida su actuación, si el juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente.

Si hay conciliación y esta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto de sentencia.

Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada".

Asentimiento del reconocido	
Admiten	
Si	No
-1- Quedando el padre facultado para accionar judicialmente si se le deniega el reconocimiento.	-2- La constatación del vínculo parental y la creación de un estado no deben depender de la voluntad del hijo.
Exigen	
-3- Deniegan derecho de acción al padre	
-4- El asentimiento del reconocido o la posesión de estado del reconocedor por el reconocido	

Nuestra legislación se acomoda en esta última posición (numeral 4).

El artículo 398 del Código detalla los efectos del reconocimiento tardío en la medida que al reconociente se le aplica como sanción, el no poder gozar del derecho sucesorio ni alimentario respecto del hijo reconocido. Esta pena civil no es de aplicación si el hijo mayor de edad ha ejercido la posesión de estado del padre reconociente o que acepte el reconocimiento.

Los elementos de este tipo de reconocimiento especial son los siguientes:

31.1. Hijo mayor de edad

La norma establece ciertas diferencias de trato en cuanto a la determinación de la paternidad:

- Solo pueden hacer uso de esta norma los hijos mayores de edad.
- Los menores de edad pueden ser reconocidos en cualquier momento sin requerirse su asentimiento (situación que se contrapone con el art. 378, inc. 4 que exige el asentimiento del adoptado si es mayor de 10 años).
- Debería ser aplicado para el menor que adquirió de manera especial la capacidad (art. 46) conforme lo permiten otras legislaciones como la de Portugal (art. 1857-1).

El término utilizado por el Código es por demás amplio, pues se refiere al mayor de edad, independientemente que sea capaz o incapaz. Debemos asumir que se trata del mayor capaz. El incapaz –por su propia situación– no puede manifestar un asentimiento válido en todo caso deberá hacerlo mediante representante quien ejercerá en su nombre el derecho subjetivo a consentir el reconocimiento.

No surtirá efecto sin el consentimiento expreso o tácito del mayor reconocido(618).

Quien tiene capacidad para regir plenamente sus actos debe tener algo que decir en relación con un reconocimiento tardío o extemporáneo(619).

Un sector manifiesta que el reconocimiento no debe quedar al albedrío del hijo reconocido(620). En otras palabras no solo se requiere ser mayor de edad sino tener capacidad de ejercicio.

31.2. Asentimiento

La exigencia del asentimiento está destinada a defender contra los daños morales o materiales que pueden darse como consecuencia de un reconocimiento tardío(621).

La admisión de un reconocimiento por parte de un mayor de edad comporta la valoración de una serie de circunstancias de variada índole (moral, económica y social) que determinan la conveniencia o no de aceptar una relación paterno-filial que nace demasiado tarde(622). Esta facultad concedida al hijo mayor a dar su consentimiento implica que este tipo de reconocimiento, dada su especialidad, se presente como un acto jurídico recepticio en el sentido que para generar efectos plenos se requiere el asentimiento del reconocido. Esto vulnera el principio indicador que el reconocimiento no es una declaración de voluntad negocial sino una declaración de ciencia (de algo que conozco) que sirve para determinar la filiación, cuya eficacia jurídica deriva básicamente del hecho natural de la procreación, y no la voluntad del que reconoce(623), pero la vulneración es aceptada por la especialidad del reconocimiento.

Permitir al hijo la aceptación de su reconocimiento implica tomar en cuenta su decisión. Nadie mejor que él valora los efectos del acto jurídico familiar de contenido filial, que implica un efecto directo respecto de él. El principio del respeto al interés del hijo se fundamenta en el hecho de que así como nadie puede ser obligado a reconocer, tampoco es justo que al hijo se le imponga un reconocimiento que no desea(624) máxime si no es un reconocimiento espontáneo y oportuno sino por el contrario tardío. El reconocimiento, como generador de una relación jurídica subjetiva filial plena, otorga derechos y obligaciones a las partes, de allí que no sería adecuado irrogarle obligaciones a quien no las desea

(618) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 291.
(619) Ídem.
(620) Ídem.
(621) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 170.
(622) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 190.
(623) Ibídem, p. 189.
(624) Ibídem, p. 191.

cuando una de las partes actuó de manera dolosa o culposa en la efectivización y puesta en marcha de su obligación, esto con el fin de evitar reconocimientos inexactos o nocivos.

Es evidente que el legislador concede mayor importancia al principio de interés del hijo en el régimen de filiación, obviando a la biología, al permitir al hijo mayor de edad convertir el reconocimiento en ineficaz. Con un criterio basado en la buena fe, justo es que en determinados casos pueda operar una excepción a la ineficacia del reconocimiento del hijo mayor de edad. Ejemplo, que el padre demuestre el desconocimiento de la existencia del hijo o sobre sus legítimas dudas de su paternidad, es decir hay que llegar a establecer que no todo reconocimiento tardío es interesado, sin duda existirán sus excepciones.

31.2.1. Características del asentimiento del hijo mayor de edad

En todo caso el asentimiento del hijo mayor de edad debe cumplir con los siguientes caracteres:

1. *No solemne*

Esta es la única característica por la que se diferencia el asentimiento del hijo mayor de edad respecto de su acto de reconocimiento. Mientras que el reconocimiento es solemne y formal, el asentimiento al mismo es aformal y no solemne. Es más, puede ser expreso (cualquier documento) o tácito (posesión de estado). No debe tomarse en cuenta el silencio como manifestación de consentimiento (Quien calla no otorga, *qui tacet non consentire*) situación contraria se da en el Código de Portugal (art. 1857, inc. 4) al indicar que se puede requerir judicialmente al hijo para que preste su asentimiento, si en el plazo de 30 días no responde se presume su aceptación.

2. *No requiere forma especial o predeterminada*

Existe una libertad de forma. Debió haberse establecido que sea la misma que la del reconocimiento.

Sucede que a efectos de la inscripción o a fin de ejercitar un derecho fundado en el estado de filiación será necesario demostrar que existió el consentimiento, de allí que este debería constar en documento de fecha cierta o prestarse mediante comparecencia ante el Registro del Estado Civil[625]. El artículo 398 es incompleto, si bien se refiere a un consentimiento no establece la forma cómo debe ser este vertido en todo caso debió ser aclarado, o mejor dicho subsanado por el Reglamento de inscripciones del Reniec; en el sentido de que el mismo debía hacerse como anotación marginal lo que se presenta como una forma efectiva de probarlo.

(625) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 203.

3. *Unilateral*

Es una simple declaración unilateral de voluntad, con contenido de comunicación de *facto*(626).

El asentimiento del hijo no trasforma el acto en bilateral ni desconoce su carácter unilaral(627). Sin embargo, genera derechos y obligaciones para ambas partes, presentándose como un acto sinalagmático(628), salvo en el caso del reconocimiento de un hijo mayor de edad en razón de que este no confiere al reconciente derechos sucesorios ni derecho a alimentos, sino en caso que el hijo tenga respecto de él la posesión constante de estado o consienta en el reconocimiento (art. 398).

Son dos los tipos de reconocimiento que han entrando a discutir su carácter de unilateralidad:

- El del mayor de edad cuando se precisa su consentimiento (art. 398)
- El del menor de edad que al llegar a su mayoridad puede impugnarlo (art. 401)

4. *Personalísimo*

Solo lo puede realizar el hijo, ningún otro; siendo una facultad, no un deber.

Ab initio no procede el poder. En todo caso este sería directamente un asentimiento si consta de manera expresa. Un poder para consentir no es realmente un poder, es un consentimiento válido al constar de manera expresa. El propio poder, instrumentado, implica per se la aceptación al reconocimiento.

5. *Irrevocable*

Esta característica se sustenta en la misma esencia que la del reconocimiento, propender a la estabilidad jurídica de las relaciones familiares. Quien consiente no puede desdecirse, declinar o retractarse de su declaración, lo contrario sería ofensivo a la *dignidad social de la relación reconocida*(629). Esta característica es consecuencia de su carácter inalienable(630). Conduce a un nuevo estado civil de carácter permanente que no puede someterse al libre juego de la libertad contractual(631).

(626) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 105.
(627) RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de familia*. Ob. cit., p. 348.
(628) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. Ob. cit., p. 393.
(629) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*, Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 149.
(630) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 615.
(631) SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 63.

6. *Impugnable*

El reconocimiento puede generar una filiación de la que deriven consecuencias jurídicas negativas para el reconocido (el reconocimiento puede ser resultado de mezquinos cálculos de un padre o madre que actuaron movidos más que por un afán de proteger al hijo, pensando en mejorar su propia situación[632]) lo que implica y permite que el reconocimiento sea perfectamente impugnable. Claro debe quedar el hecho que si bien es irrevocable ello no impide que pueda ser impugnado, básicamente en dos casos[633]:

- Por no ser hijo (motivo de fondo)
- Por defecto formal en el reconocimiento (defecto de forma), para nosotros este es un caso de nulidad no de impugnación.

Ramos[634] claramente indica que solo puede impugnarse el reconocimiento voluntario, no el forzado al ser un contrasentido que quien demanda luego se desdiga, repudiándola.

La impugnación es un acto unilateral (la sola voluntad de quien lo realiza), solemne (mediante proceso) e irrevocable (realizado no puedo retractarme). Consideramos que no es personal y puede ser materia de delegación y una vez aceptado el reconocimiento como es el caso del mayor de edad) esta queda totalmente legitimada.

7. *No sujeto a plazo*

Para el asentimiento del hijo mayor no se ha señalado plazo alguno para que recaiga. Queda como un acto sujeto a la expectativa de ese asentimiento. Solo queda impedido si se hubiese producido un expreso rechazo[635]. El Código no establece un plazo para que el hijo consienta lo que genera incertidumbre y zozobra en el reconocedor, así como el no asumir plenamente las relaciones jurídicas subjetivas con quien reconoció.

La denegación del consentimiento implica que el reconocimiento carece de efectos de título de establecimiento de filiación, de manera tal que el consentimiento opera como una *condictio iuris*, condición de eficacia del reconocimiento

(632) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 396.

(633) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento": Diario *La Ley*, Nº 6932, Sección Doctrina, España, 24 abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 5.

(634) RAMOS PAZOS, René. *Derecho de familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 396.

(635) DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. 3ª edición, 2ª reimpresión, T. IV, Tecnos, Madrid, 1986, p. 332.

y no de validez del reconocimiento. Es una condición legal suspensiva potestativa el sujeto reconocido.

El problema se presentaría si habiendo sido reconocido el hijo mayor de edad este muera sin asentir. En este caso se presentan dos situaciones: a) Si tiene descendientes, el reconocimiento deberá ser aceptado por estos, y; b) Si no tiene descendientes el reconocimeinto no tendrá eficacia.

31.3. Posesión de estado

La posesión de estado –reconocida en la doctrina y jurisprudencia francesa como la prueba de carne y hueso - *test de chair et de sang*– implica para estos efectos una aceptación tácita (*facta concludentia*) del reconocimiento de allí que dicho acto jurídico familiar de estado filial genere todos sus efectos.

31.4. Sanción civil

Si bien con el asentimiento del hijo trata de evitar que el padre tardío tuviera derechos, esto podría igualmente conseguirse permitiendo el reconocimiento, sin ningún complemento, pero negando al padre los derechos que pudiesen derivar para él(636). Sin embargo se ha preferido la voluntad directa o los hechos del hijo para establecer los efectos de este tipo de reconocimiento.

Las consecuencias de la ausencia de asentimiento están determinadas por el término "no confiere (...)" que es utilizado por el Código. De esta manera la falta de consentimiento o la carencia de posesión de estado producen la "mera determinación de la filiación" mientras que el asentimiento o la posesión producen el "establecimiento de la filiación".

Expliquemos esta diferencia. Una cosa es el *establecimiento de la filiación* y otra la *mera determinación de la filiación*. Mediante la primera surge un derecho a los alimentos, a la patria potestad, un derecho sucesorio y derecho al nombre mientras que la segunda, implica solo la obligación del progenitor de velar por los hijos y procurarles alimentos, sin que produzca derecho alguno a favor del progenitor. Los efectos del artículo 398 son de mera determinación de la filiación extramatrimonial. Respecto al hijo, el reconocimiento generará efectos absolutos, no así respecto del padre cuyos efectos están supeditados a la voluntad del hijo o la probanza de la posesión de estado. De producirse el reconocimiento y existan los elemento para su validez generará efectos parciales, solo para el reconocido, no así para el reconociente.

Es de tenerse en cuenta que el padre al cual se le denegó su reconocimiento no podrá acudir en acción judicial. El hecho es que en nuestra legislación no está

(636) FERNÁNDEZ GONZALEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 186.

permitida esta acción, es más no se requiere la autorización judicial para determinados reconocimientos, como sí sucede en otras legislaciones (caso de España).

32. Del hijo de mujer casada

Se trata del hijo adulterino *a matre*. Por mandato legal el hijo nacido dentro de un matrimonio tiene por padre al marido de la mujer (art. 361), el hecho que una mujer casada dé a luz implica que active la presunción de paternidad de su marido. Esta presunción impide que un tercero pueda reconocer a aquel como su hijo al no permitirse la contradicción de dos títulos de estado (el matrimonial y el filial).

La única posibilidad que tiene un tercero de reconocer al hijo nacido en el seno matrimonial es que el marido haya negado su paternidad respecto de tal hijo y, además, haya obtenido sentencia favorable (art. 396).

Al respecto se pueden presentar dos casos, conforme nos lo hace notar el profesor Borda.

- El primero, es que el tercero haya reconocido al hijo posteriormente al registro de este como hijo matrimonial, supuesto en el cual debe prevalecer la filiación matrimonial, salvo que el marido haya ejercido acción contestatoria en cuanto a su paternidad sobre el hijo.

- El segundo, es que el reconocimiento del tercero sea previo a la inscripción del hijo como matrimonial, supuesto que debe resolverse conforme a lo resuelto por un tribunal francés: "el denunciante del nacimiento lo reconoció como hijo extramatrimonial suyo; luego resultó que la madre estaba casada, por lo cual juega la presunción de paternidad; mientras esta no sea destruida por acción de desconocimiento de la paternidad legítima, esta debe privar sobre la extramatrimonial"[637].

Queda claro que en todos los casos, mientras el marido no niegue su paternidad, la filiación matrimonial es la que se impone sobre el reconocimiento que pretenda efectuar o haya efectuado un tercero sea por medio que fuere[638].

33. Del hijo fallecido

Llamado reconocimiento post mórtem o reconocimiento póstumo.

El reconocimiento voluntario de una persona fallecida ha sido siempre visto con cautela y reserva por cuanto se consideraba que su principal motivo es heredar

(637) Citado en: BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil - Familia*. T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, N° 737.b).

(638) Aun cuando exista reconocimiento de filiación extramatrimonial por testamento, si se trata de hijos nacidos dentro del matrimonio de persona distinta del causante prevalece la filiación matrimonial y deviene en nula la clausula testamentaria. Exp. N° 857-1986. Primera Sala Civil / Corte Superior de Justicia de Lima.

al difunto(639), ocultándose intereses sórdidos(640) lo que constituye una perspectiva antifuncional del reconocimiento(641).

De esta manera, se llegó a sostener que los reconocimientos póstumos se fundan en aspectos interesados del reconocedor que no habiendo ejecutado su papel en vida del hijo intenta ahora constatar una relación paterno-filial cuando se deja un patrimonio tras él. Es por ello que la ley ha establecido requisitos y limitaciones adicionales para esta forma de reconocimiento a efectos de impedir que se realicen obedeciendo al interés espurio de heredar al difunto(642).

Códigos como el argentino indican que el reconocimiento del hijo fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula ni a sus demás ascendientes en su rama. La doctrina comparada no es unánime en cuanto a esta forma especial de reconocimiento. Hay partidarios que sustentan la validez del reconocimiento del hijo fallecido sin dejar descendientes(643). Otro sector alega que este tipo de reconocimiento solo puede realizarse cuando existen descendientes(644). Por su parte, algunos autores siguen una posición ecléctica, en el sentido de que la validez de este reconocimiento dependerá de cada caso: (i) se rechazará cuando el padre pretenda beneficiarse de la herencia o, (ii) se admitirá cuando el reconocimiento se hace para homenajear a la memoria del hijo difunto y dar satisfacción a la propia conciencia del reconocedor(645).

Nuestro Código asume la segunda posición. El artículo 394 establece que el reconocimiento se realizará siempre que existan descendientes. La idea es que el reconocimiento favorezca a alguien, en este caso beneficie a los herederos del difunto reconocido, además cierra la puerta al reconociente para que herede, evitando los reconocimientos interesados y falsas expectativas patrimoniales. Esta norma encuentra en parte concordancia con una del Código de Portugal al indicar que el reconocimiento posterior a la muerte del hijo solo produce efectos a favor de sus descendientes (art. 1856). Sin embargo, el término *solo* es clave para diferenciar ambos artículos ya que en caso muera el o los descendientes, su ascendiente (*i.e.* quien reconoció al hijo fallecido) puede heredarlo(s) ya que nuestro Código no configura en estos casos una causa de desheredación expresa, no siendo de aplicación los efectos negativos del reconocimiento del hijo mayor de edad (art. 398) por obvias razones. Sin duda el caso planteado es una excepción.

(639) FERNÁNDEZ GONZALEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 251.
(640) MAZEAUD. Ob. cit., p. 410
(641) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 361.
(642) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y otro: Ob. cit., p. 96.
(643) Así COLIN y CAPITANT, MANRESA, MASETTI, RIPERT y BOULANGER, SCAEVOLA, VALVERDE.
(644) En tal sentido CASTAN TOBEÑAS, DE BUEN, DUSI, PUIG PEÑA, STOLFI.
(645) COVIAN: "Hijos naturales". En: *Enciclopedia Jurídica Española*. Tomo XVII, p. 813.

Si bien el reconocimiento es un acto declarativo de estado filial, en este caso típico se autoriza el mismo otorgando la calidad de hijo a un sujeto premuerto con la única finalidad, como hemos dicho, que beneficie a su descendencia. Un reconocimiento póstumo sin descendencia del fallecido es ineficaz y además nulo(646), salvo que sea por interés personal del reconocedor. Sin embargo, la solución del artículo, en buscar siempre al beneficiario directo e inmediato del reconocimiento, no es siempre feliz. En otras palabras, esta regulación puede presentar situaciones absurdas y hasta insensatas. Por ejemplo, aquel hijo que por su edad no deje prole y dada su condición social carezca de bienes no se admitiría (muy a pesar de ello) el reconocimiento de su filiación(647).

El sentir del artículo 394 es múltiple:

- Acepta este tipo de reconocimiento especial.
- Tiende a favorecer el establecimiento de una filiación.
- Requiere de beneficiarios directos, los descendientes.
- Puede ser negado.
- Impedir los denominados reconocimientos por conveniencia.

Téngase presente que los descendientes no tienen por qué consentir (a diferencia de otras legislaciones), no hay una exigencia expresa al respecto. Sin embargo, los descendientes pueden negar dicho reconocimiento si no intervinieron en él (art. 399). Esto nos permite decir que existiría una exigencia tácita o indirecta a efectos de que los descendientes deban participar en el acto de reconocimiento, evitando así una futura acción de negación.

Nótese que el Código utiliza la palabra descendientes, que es plural. Al respecto podemos plantear dos hipótesis y sus consecuencias:

- No se suscitaría ningún problema si el reconocido premuerto deja solo un descendiente, en este caso procedería perfectamente el acto de reconocimiento.
- Donde sí podría plantearse un inconveniente, derivado de la pluralidad de descendientes, es en el hecho que aquel descendiente que no intervino en el reconocimiento quiera luego negarlo a pesar de que otro u otros sí intervinieron en el mismo. Por un criterio de beneficio a la filiación –del que o de los que sí participaron– no podría negarse dicho reconocimiento.

Otro tema es la existencia de los descendientes. Debe ser efectiva al momento del reconocimiento o pueden ser declarados como tales luego de un tiempo. En

(646) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña: Ob. cit., p. 257.
(647) Ibídem, p. 254.

el primer caso no hay mayor inconveniente. En el segundo caso, realizado el reconocimiento, sin la existencia de descendientes el reconocimiento no tendrá eficacia pero si luego surgen (por declaración judicial, por técnica de reproducción post mórten) el reconocimiento generará todos sus efectos.

Finalmente, debemos mencionar que una fórmula más beneficiosa y amplia hubiera sido permitir un reconocimiento póstumo cuando existan en general herederos forzosos y no solo limitarlo a los herederos del primer orden, que son solo los descendientes. Caso singular es el Código de familia boliviano que permite el reconocimiento post mórten a efectos de beneficiar al cónyuge supérstite y a los descendientes (art. 201).

La norma está pensada para el reconocimiento de púberes (menores adultos) que tengan capacidad generativa demostrada a través de una descendencia de forma que tal que los menores fallecidos no podrían ser reconocidos en la medida que no tienen descendencia. Un caso especial es el poder reconocer un hijo muerto a las pocas horas de nacido, situación esta de muerte temprana o precoz que es negada por la norma, a pesar de que pueden presentarse casos sin duda especiales. Como dice Pereira y De Oliveira(648), es claro que el régimen no fue pensado para estos casos marginales de muertes prematuras de bebés ricos; fue pensada para los progenitores omisos y gananciosos.

34. Del concebido

Estuvo consagrada *expressis verbis* en el art. 392 *in fine*, artículo derogado pero no por ello deja de ser posible el acto de reconocimiento en mérito de los efectos favorables que genera.

Para Pontes de Miranda(649) el reconocimiento anticipado de la prole tiene como fundamento: el temor del padre de morir antes de nacer el hijo o de hallarse por cualquier otro motivo (interdicción, locura, etc.) impedido de hacerlo después del nacimiento. Este tipo de reconocimiento se justifica por el deseo de asegurar el reconocimiento de la paternidad contra el riesgo o certeza de la muerte del padre durante el embarazo, o el riesgo del progenitor de desinteresarse del hijo después de un primer momento de adhesión a sus responsabilidades(650). El reconocimiento es un acto que beneficia al concebido de allí que sea un acto ejecutable y realizable en su favor, *infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* (el infante concebido se tiene por nacido siempre que sea en su

(648) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 174.

(649) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Campinas, São Paulo, Bookseller, 2000, p. 113.

(650) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 164.

beneficio), consagrándose la conocida teoría de los efectos favorables. No es necesario esperar que nazca, *conceptus, sed nondum natus* (concebido, más no nacido).

Para el caso del reconocimiento del hijo concebido las únicas formas utilizadas pueden ser la escritura pública o el testamento dado que al no haberse producido el nacimiento resultaría imposible inscribirlo en el Registro del estado civil y expedírsele un acta de nacimiento. Para ello debe identificarse plena y claramente a la madre gestante, lo que no implica un establecimiento de maternidad. Esto último es importante por que, incluso, puede reconocerse el hijo gestado por madre sustituta lo que no implica que sea ella o vaya a ser la madre legal.

La inscripción del reconocimiento queda pendiente a la expedición de la partida de nacimiento.

Sobre el tema la Ley Nº 26649[651] indica que tienen derecho a las prestaciones asistenciales "los hijos asegurados obligatorios o facultativos, menores de 18 años de edad, que no sean asegurados. El alcance de esta norma cubre la atención desde la etapa de la concepción. El hijo concebido extramatrimonial debe ser reconocido por el asegurado mediante la formalidad establecida por ley, o en su defecto, declarada judicialmente la paternidad. La atención de los concebidos se materializa en la gestante no asegurada, la que solo tendrá derecho a las prestaciones asistenciales por maternidad, entre ellas el control del embarazo o parto" (art. 17, d).

34.1. Embriones crioconservados y concepturus

Los embriones crioconservados, *ex utero* o *pro nasciturus*, pueden ser reconocidos por sus progenitores en mérito de su *status* de sujetos de derecho.

Pereira[652], además, asoma la idea que la prole eventual –*concepturus*, aquel que habrá de ser concebido– adquieran derechos sucesorias vía testamanetaria (lo que se admite en varios sistemas, Alemania, Bolivia, Italia y Colombia), a lo que nosotros agregaríamos la posibilidad que puedan ser reconocidos, *i.e.* admitir el reconocimiento *ex ante* de la concepción. El Código de Portugal lo limita (art. 1855) cuando menciona que el reconocimiento del concebido será válida si es posterior a la concepción.

35. Del hijo adoptado por tercero

En este caso partimos del hecho de que el hijo ya tiene la condición de adoptado cuando el padre biológico pretende reconocerlo –al no haber sido reconocido

(651) Modifican artículo del D. Ley Nº 22482, referido a la asistencia médica de los hijos de los asegurados obligatorios y facultativos, DOEP., 26/6/1996.

(652) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Río de Janeiro, Forense, 2004, p. 330, p. 358.

oportunamente–. En este caso es fundamental determinar si hay o no incompatibilidad entre un estado y otro, ya que de ello dependerá la validez del reconocimiento.

Borda cuando sostiene "que nada se opone a que se reconozca como hijo extramatrimonial a quien ha sido adoptado por otras personas. No hay en este caso incompatibilidad de estado que imposibilitaría el reconocimiento … Pensamos que esta solución es la correcta aun en el caso de la adopción plena, pues si bien esta hace cesar el parentesco natural, subsisten los impedimentos matrimoniales…, lo que justifica el interés del reconocedor"(653).

Efectivamente, según nuestro Código (art. 385), el menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente de haber alcanzado su mayoría de edad o a la fecha en que desapareció su incapacidad, recuperando con ello vigencia la filiación consanguínea; por lo que mal se haría en prohibir el reconocimiento del adoptado, por su padre biológico, mientras aquel aún tiene tal condición, puesto que cuando alcance la mayoría o cese su incapacidad renegará de su adopción, simplemente carecerá de la condición de hijo de alguien; en tanto que de ser reconocido, luego de ser declarada sin efecto la adopción, tendrá la condición de hijo de quien lo reconoció como tal.

El argumento práctico para validez del reconocimiento del hijo adoptado por un tercero lo tenemos del último párrafo del artículo 379 del Código al mencionar que *la partida original conserva vigencia solo para el efecto de los impedimentos matrimoniales* lo que evita uniones matrimoniales incestuosas.

36. Del no hijo biológico

Denominados reconocimiento por complacencia, reconocimiento secreto, reconocimiento falso, voluntariamente inexactos, mendaces o reconocimiento de favor.

Este tipo de reconocimiento es realizado por quien sabe que no es progenitor de la persona a quien reconoce. "Ordinariamente estos reconocimientos se hacen para gozar de un hijo que la naturaleza no ha brindado o por complacer a la madre soltera con quien se piensa contraer matrimonio"(654). Se trata de una declaración contraria a la ciencia.

Obviamente, quien realiza un reconocimiento de este tipo no puede posteriormente pedir la invalidez del acto que celebró; vicio en la voluntad no hay, al contrario existe una *voluntad perfecta*. Su intención fue precisamente reconocer a quien él mismo sabía que no era hijo suyo.

(653) BORDA, Guillermo. Ob. cit., N° 706. c).
(654) Ibídem, N° 727.

Son reconocimientos extrínsecamente correctos, pero inexactos, en cuanto su autor no es realmente el progenitor del reconocido(655). El problema se plantea por la falta de coincidencia entre la realidad registral y la biológica. Es de tenerse en cuenta que la unilateralidad y carácter no recepticio permiten este tipo de reconocimiento, reconocer a hijo ajeno con quien no se tiene ningún tipo relación genésica, primando al sola decisión del reconociente.

Como dice Ayarza Sancho(656) aunque paradójico, e intrínsecamente antitético, la verdad es que la autonomía de la voluntad tiene un papel destacado en la determinación de la filiación extramatrimonial, con fractura del principio fundamental de prevalencia de la verdad formal. La desarmonía entre la verdad formal y la verdad biológica llega a su culminación en la filiación determinada por el reconocimiento cuando la voluntad se halla viciada –especialmente– en los reconocimientos por complacencia. Se legitima a través de este tipo de reconocimiento la relación paterno filial a pesar de la falta de coincidencia de vínculo biológico entre el reconociente y el reconocido, no es verdaderamente ni el padre ni el hijo.

Estos reconocimientos son un supuesto de simulación, básicamente de simulación absoluta. En estos prima el interés sobre los efectos del acto, no el acto en sí (es un acto jurídico no deseado o bajo una apariencia se esconde otro que es el efectivamente querido). Por ejemplo, quiero que Juan sea mi hijo y, en vez de adoptarlo, lo reconozco (por la sencillez, economía y formalidad).

Este tipo de reconocimiento se haya más próximo a la reserva mental y la voluntaria discordancia entre la realidad extranegocial y el contenido de la declaración de la voluntad que a la simulación *stricto sensu*(657). Este criterio no nos parece adecuado considerando que en la *reservatio mentalis* es una forma de declaración de voluntad imperfecta o viciada(658) o intención no declarada en la que hay una divergencia entre la voluntad real y la declaración (con el fin de engañar declaro algo que en el fondo no quiero, me lo reservo); estoy de acuerdo con el contenido pero un efecto distinto deseo(659), el declarante se reserva en su interior no querer lo declarado(660). En el caso del reconocimiento por complacencia quiero el efecto y, a sabiendas de la no paternidad, reconozco generando los efectos queridos.

(655) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". Diario *La Ley*. España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p. 9.

(656) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". Diario *La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p.1.

(657) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". Diario *La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127, pp.10 y 11.

(658) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 85.

(659) LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Studium, Lima, 1987, p. 96.

(660) MOREYRA GARCÍA-SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Fondo editorial de la PUCP, Lima, 2005, p. 105.

Este reconocimiento puede tener implicancias penales, conforme dispone el artículo 145 Código Penal al tratarse de una alteración o supresión de la filiación de menor: *El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.*

Por las personas que lo realizan - Distinta del reconociente originario

37. Por poder o mandato

No hay inconveniente de otorgar poder para reconocer teniéndose en cuenta que el mismo carecerá de sentido porque tal documento es el verdadero reconocimiento de la filiación(661), siempre que sea una manifestación formal y suficiente de paternidad

Rojina Villegas manifiesta que este tipo de reconocimiento puede "llevarse a cabo por un apoderado con mandato que deberá constar en escritura pública, expreso para el acto de reconocer, o en documento privado, siempre y cuando se ratifiquen las firmas del otorgante y de los testigos, ante notario público, juez de primera instancia, menor o de paz"(662). El poder *debe ser* especial(663), indicándose claramente quién es el hijo a quien deberá reconocer el apoderado(664). "No podría darse un mandato para que se reconozca en general a un hijo. Se tiene que dar un poder para que se reconozca a un individuo determinado a quien se considera hijo"(665).

El apoderado es un simple y mero *nuntius*, i.e. mensajero de una voluntad formada y declarada (en caso este incumpla el reconocimiento ya se habría configurado). La legislación civil de Portugal permite expresamente que el reconocimiento pueda hacerse mediante procurador con poderes especiales. El representante o apoderado especial es, en realidad un *nuntius* o mero trasmisor de la voluntad de reconocimiento creada por el progenitor(666), antes de otorgarse el poder la voluntad y decisión existía, solo faltaba expresarla y formalizarla.

El reconocimiento por poder o mandato es una excepción al carácter personalísimo del reconocimiento, siendo ampliamente aceptado en la doctrina, de ahí que Llambías acertadamente sostenga que "el acto de otorgamiento del mandato puede por sí mismo implicar un reconocimiento si de sus términos se desprende inequívocamente el confiriente acepta que quien va a ser reconocido es hijo suyo, supuesto en que dado el carácter irrevocable del reconocimiento sus efectos se

(661) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. Ob. cit., p. 56.
(662) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., p. 493.
(663) BORDA, Guillermo. Ob. cit., Nº 695.d).
(664) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., p. 493.
(665) Ídem.
(666) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 289.

producirán con absoluta independencia de la circunstancia que el mandato en que conste sea revocado. Si, por el contrario, tal declaración no aparece con claridad, la revocación o extinción del mandato, por cualquiera de las causas que prevé el Código (arts. 1963 y 1970), perjudicaría la materialización del reconocimiento. La muerte del mandante, sea o no irrevocable el mandato conferido, lo deja subsistente, en razón de haber sido dado en interés de un tercero (art. 1982 C.C.), interés que debe presumirse *iuris et de jure*"[667].

Existe un sector contrario. Dice Ayarza Sancho[668] que no cabe delegación de la facultad de reconocer, ni otorgar poder o mandato con tal contenido. La decisión de reconocer no puede quedar al mero albur de persona distinta del recognoscente, bien sea como facultado a través de un poder o, incluso, vinculado a través de un contrato de mandato siempre cabría la posibilidad de incumplirlo (pudiendo ser demandado para su cumplimiento). De allí que se diga que el reconocimiento por poder es inviable pues el propio acto de apoderamiento *i.e.* la escritura de otorgamiento de poder para que un tercero reconozca en mi nombre a otro es el acto de reconocimiento en sí.

38. Por los abuelos

El reconocimiento, a pesar de su carácter estrictamente personal y voluntario, puede ser efectuado por quienes no son los directamente progenitores de la persona a ser reconocida, pero que genéticamente no son ajenos a la misma, esto es, por los abuelos, en aquellos casos en los que sea no sea posible que el progenitor o progenitora expresen su voluntad o que esta sea indubitable.

De este modo, los abuelos pueden reconocer al hijo extramatrimonial siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en el artículo 389[669] del Código Civil:

- Muerte del padre o de la madre.
- El padre o la madre se encuentre privado de discernimiento.
- El padre o la madre sea retardado mental.
- El padre o la madre adoleciera de deterioro mental que le impida expresar libremente su voluntad.

(667) Citado en MÉNDEZ COSTA, María Josefa; LORENZO DE FERRANDO, María Rosa; CADOCHE DE AZVALINSKY, Sara. et ál.: Ob. cit., p. 81.

(668) AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". Diario *La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127, p.4.

(669) Modificado implícitamente por la L. Nº 29973, Ley general de la persona con discapacidad (DOEP., 24/12/2012). Eliminando la referencia al inciso 3 del artículo 43 (si el padre o madre es sordomudo, los ciegosordo y los ciegomudo que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable).

- El padre o la madre se encuentre desaparecido.
- El padre o la madre sea menor de catorce años de edad.

En cualquiera de los casos, no es necesario que ambos abuelos de la misma línea practiquen el reconocimiento, bastando con la intervención de uno de ellos para que el acto surta efectos(670).

Los abuelos no reconocen como tales, lo hacen dando fe de que el reconocido es hijo de su hijo. No los reconocen como nietos, sino como hijos de sus hijos. En términos sencillos es una forma de reconocimiento indirecto o transversal que rompe la regla del carácter personalísimo. Su función no es la de reconocer, son meros notarios del acto procreacional de su hijo y aceptan las consecuencias en nombre de él. Cabría, a falta de abuelos de las dos ramas, la posibilidad de que puedan reconocer los bisabuelos o, a falta de estos los tatarabuelos –aunque poco probable–, pero considero que nada lo impide.

Por el momento o tiempo en el que puede realizarse el reconocimiento

39. Reconocimiento en el tiempo

De acuerdo al tiempo en el que se efectúa el reconocimiento, este puede ser antelado (del concebido), inmediato (del recién nacido), mediato (del mayor de edad) o psoterior (del fallecido).

Tiempo	Antelado	Concebido
	Inmediato	Recién nacido
	Mediato	Mayor de edad
	Posterior	Fallecido

XVIII. LIMITACIONES

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial no siempre es posible.

(670) El orden jurídico, aunque se produzca fragmentariamente, debe concebirse como una unidad ideal que tiende a regular las relaciones de vida del modo más adecuado y armónico, de tal manera que la interpretación de un precepto legal debe armonizar orgánica y lógicamente con el resto del orden jurídico. La interpretación debida del artículo 389 del Código Civil es que para el reconocimiento del hijo extramatrimonial, por fallecimiento del padre o madre o por determinados casos de incapacidad uno de ellos, basta la intervención de uno solo de los abuelos de la respectiva línea, no siendo necesaria la mancomunidad. Cas. Nº 832 - 1996- Lambayeque. Sala Civil Permanente de la corte Suprema de Justicia de la República, 30 de enero de 1998. El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o las abuelas de la respectiva línea, en caso de muerte del padre o de la madre, sin que sea necesario que ambos abuelos practiquen el reconocimiento. Cas. Nº 75 - 1996-Piura. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. 30 de diciembre de 1997.

¿Cuándo y en qué casos no se puede reconocer? La norma pone límites y restricciones. Veamos particularmente algunos casos:

40. De mujer casada

Como en su oportunidad lo indicamos, al tener el hijo de la mujer casada la condición de hijo matrimonial del marido no puede ser reconocido por otro hombre si es que previamente aquel no niega judicialmente su paternidad y obtenga sentencia favorable; en tanto ello no ocurra, dicho hijo tendrá formalmente la condición de matrimonial, aunque biológicamente haya sido procreado por un tercero ajeno al matrimonio.

La razón la encontramos en que no puede haber contradicción entre dos títulos de estado: el que se tiene por su condición de hijo matrimonial y el que se pretende establecer mediante su reconocimiento como hijo extramatrimonial.

41. De quien ya cuenta con una filiación completa

No se permite el reconocimiento que contradiga una filiación anterior (la filiación no es acumulativa). Todo aquel reconocimiento en exceso es nulo. No puedo tener dos padres y una madre (por decir). El hijo reconocido por ambos padres no puede ser reconocido por otro.

El Código brasilero, como apunta Berenice Dias, indica que *ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro* (art. 1604), prevalece el primer reconocimiento, en cuanto no fue desconstituido(671). En similar sentido el Código chileno "No surtirá efectos el reconocimiento de un hijo que tenga legalmente determinada una filiación distinta (...)" (art. 189).

42. Otros casos

No puede reconocerse:

- Si el reconociente comparte el mismo sexo de quien está ya registrado como progenitor en la partida. En el caso de sucesividad de reconcocimiento debe tenerse cuidado de que el segundo progenitor sea del sexo opuesto. Esto evita la copaternidad o comaternidad.
- Si el reconocido no puede ser hijo del reconociente, al ser su contemporáneo o mayor que él.
- A dos personas casadas entre sí.

(671) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 340.

- A quien comparte un vínculo de parentesco consanguíneo, en línea recta o en línea colateral.

Si reconozco a un gemelo univitelino, entiendo que el otro es también mi hijo. Pero el reconocimiento de uno no se extiende al otro, en todo caso es un elemento de prueba que tendría el no recocido para exigir la paternidad.

XIX. INSCRIPCIÓN Y REGISTRO

Según el artículo 44.n) de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el reconocimiento de hijos es inscribible en el Registro de Estado Civil sea que dicho reconocimiento se haga en el momento que se inscriba el nacimiento o por escritura pública o testamento.

Al respecto, según el artículo 2 de la Ley N° 29032[672], cuando el reconocimiento se produzca con posterioridad a la fecha de inscripción, el funcionario encargado, de oficio y en un plazo no mayor a los tres (3) días hábiles siguientes de efectuado el reconocimiento, debe asentar una nueva partida o acta de nacimiento, en la cual solo se consignará como dato la referencia a la partida o acta inicialmente expedida. Esta ley introdujo un texto similar en el artículo 387 del Código Civil y el fundamento de este cambio lo encontramos en la defensa del derecho a la intimidad de la persona reconocida, pues nadie más que la madre debe saber los detalles de un aspecto tan íntimo de la persona como es el establecimiento de su relación filiatoria.

XX. DIFERENCIA ENTRE DECLARACIÓN JUDICIAL DE FILIACIÓN Y RECONOCIMIENTO

La declaración judicial de filiación es un reconocimiento forzado o judicial, a diferencia del reconocimiento que es voluntario y libre.

La diferencia entre ambas instituciones jurídicas viene determinada por la voluntad del progenitor, esto es, el deseo o rechazo de aceptar a otra persona como hijo. Mientras en la declaración judicial es el poder del Estado el que *le impone* a una persona la calidad de progenitora de otra, estableciendo para efectos legales entre ambos una relación filiatoria; en el reconocimiento es la persona que cree haber procreado a otra la que espontánea y libremente *decide* reconocer a esta última, a la cual por ello mismo se la tiene legalmente como hija de la primera.

(672) Ley que ordena la expedición de una nueva partida o acta de nacimiento cuando el reconocimiento de paternidad o maternidad se realiza con posterioridad a la fecha de inscripción, DOEP., 05/06/2007.

Mientras en la declaración judicial hay una *filiación impuesta*, en el reconocimiento hay una *filiación deseada* por el reconocedor.

XXI. REVELACIÓN DEL NOMBRE DEL OTRO PROGENITOR

El derogado artículo 392 decía que en el caso del reconocimiento ante el Registro Civil y efectuado por uno de los progenitores no se permitía que el reconocedor revelara el nombre de la persona con quien había procreado al reconocido, el cual solo podía llevar los apellidos del reconocedor, conforme redacción original del artículo 21. Esta imposibilidad de revelación de *nome* radicaba en el carácter individual(673) del reconocimiento.

En Argentina similar prohibición se encuentra contenida en el artículo 250 de su Código sosteniendo Borda al respecto que "[e]sta disposición se justifica por el carácter esencialmente personal del reconocimiento; la mención del coprogenitor sería, por una parte, inútil, y por otra podría prestarse al abuso de atribuir un hijo a quien no es la madre o el padre"(674).

Efectivamente, el reconocedor o reconocedora puede, de mala fe, atribuir la maternidad o paternidad a una persona que no ha procreado al hijo que se reconoce motivado, tal vez, por intereses patrimoniales, sociales, etc.

Sin embargo, mediante la Ley N° 28720(675) se derogó el artículo 392 y se modificó el artículo 21, de modo tal que ahora el reconocedor *puede* revelar el nombre de la persona con quien, cierto o no, procreó al reconocido, el cual puede llevar el apellido de quien le reconoce, así como de su otro presunto progenitor, sin que en este caso se establezca vínculo de filiación entre el reconocido y la persona que no participa en el reconocimiento. Para estos efectos, menciona el Código, luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Trámite administrativo ante Reniec

Como bien señala el artículo 21 se deberá notificar al presunto progenitor de conformidad con el reglamento, sin embargo a la fecha este no ha sido elaborado. En mérito de ello, el Reniec consideró conveniente elaborar la Guía de Procedimiento GP-271-GRC/SGGTRC/004 estableciendo los lineamientos que deberán seguir las Oficinas de Registros del Estado Civil a nivel nacional con

(673) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 130.
(674) Ibídem, N° 714.
(675) DOEP., 25/04/2006.

relación a los distintos procedimientos registrales. En especial, para el caso de la notificación al presunto progenitor, dispone lo siguiente:

Dentro de las Oficinas de Registro del Estado Civil (entiéndase aquellas Oficinas que funcionan dentro de las Municipalidades a Nivel Nacional y que aun no forman parte del Reniec, es decir, no se encuentran incorporadas) y en las Oficinas Registrales Reniec (Oficinas que ya se encuentran incorporadas al Reniec) se deben seguir los siguientes lineamientos:

1. Luego de realizado el registro del nacimiento y se tiene conocimiento de la dirección domiciliaria del presunto progenitor, declarada bajo juramento por la declarante (madre o padre del menor inscrito), el Registrador bajo responsabilidad procederá a notificarlo en forma personal a su domicilio.

2. Si el Registrador Civil ubica el domicilio por otros medios (entiéndase dirección domiciliaria consignada en el DNI, Sunat, etc.) y se ubique dentro de la jurisdicción donde se ubica la Oficina de Registros del Estado Civil u Oficina Registral Reniec, deberá efectuar la notificación también en forma personal.

3. Si la dirección del presunto progenitor se hallare fuera de la jurisdicción de ubicación de la Oficina de Registros del Estado Civil u Oficina Registral Reniec, la notificación se realizará mediante correo certificado.

4. Si la declarante (madre o padre del menor inscrito), no señala bajo juramento la dirección domiciliaria del presunto progenitor por desconocer del mismo y no se puede conocer por otros medios, entonces la notificación se realizará a través de la publicación mediante el Diario *El Peruano* o en el de mayor circulación a nivel nacional.

Para el caso de Oficinas Consulares:

1. Cuando el o la declarante ubicados en el exterior señale como domicilio del presunto progenitor uno fuera de la jurisdicción de la Oficina Consular, la notificación se realizará mediante correo certificado.

2. Si se desconoce el domicilio, la notificación se realizará por publicación en el diario oficial *El Peruano* y otro de mayor circulación.

Los gastos

1. Los gastos por notificación en el Diario Oficial *El Peruano* y otro de mayor circulación y por correo certificado serán de cargo del declarante.

2. Los gastos por notificación personal serán de cargo de la Oficina de Registros del Estado Civil, Oficinas Registrales Reniec y Oficinas Consulares (oficinas autorizadas).

Se llevará un control de los cargos de notificación por publicación y correo certificado debidamente remitidos y recibidos a través de un registro físico a cargo de las oficinas autorizadas, en el que conste, fecha, firma de recepción conforme del o la declarante.

Cabe precisar, que la presente Guía de Procedimientos ha sido puesta en conocimiento de todas las Oficinas autorizadas a nivel nacional; sin embargo, la misma no ha sido publicada en el diario oficial *El Peruano* a pedido del Ministerio de Justicia(676).

Si el presunto progenitor se considerara afectado por la consignación de su nombre en la partida de nacimiento del reconocido, en la vía del proceso sumarísimo puede iniciar un proceso de usurpación de nombre, conforme a lo establecido en el artículo 28 (art. 3, L. 28720)(677).

XXII. RESPONSABILIDAD CIVIL POR RECONOCIMIENTO TARDÍO

Tal como lo señala Graciela Medina(678) la falta de reconocimiento de la filiación constituye una conducta antijurídica y por ello indemnizable.

En efecto, la procreación de un hijo genera obligaciones cuyo cumplimiento no queda a la discrecionalidad del progenitor, por lo que si este evade su responsabilidad resulta razonable que el perjudicado con dicha conducta reprochable sea, en la medida de lo posible, resarcido por el daño sufrido.

Sin embargo, el no reconocimiento por sí solo es insuficiente para generar responsabilidad, ya que para ello es necesario que concurran los requisitos comunes a la responsabilidad civil, como son, además de la antijuricidad, la presencia de dolo o culpa en la conducta del evasor (factores de atribución), el daño causado y la relación de causalidad entre el no reconocimiento y el daño, siendo este último requisito fundamental para establecer la responsabilidad, "pues se entiende que en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil."(679)

(676) Fue remitido al mismo a través del Oficio Nº 000842-2010/SGEN/RENIEC (14/06/2010).

(677) Los medios probatorios de la filiación extramatrimonial son: el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad o maternidad; estando a ello, no se ha practicado acto de reconocimiento alguno y si habría operado un acto de usurpación de nombre, haciendo mal a la menor mantenerla en la creencia equivocada sobre la identidad de su progenitor y afectándose el orden público. Cas. Nº 299 - 2000-Huancavelica.

(678) MEDINA, Graciela. "La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un leading case argentino y el derecho comparado", disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).

(679) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2001, p. 29.

Siendo así, revisemos brevemente cada uno de tales requisitos tomando como presupuesto de hecho el reconocimiento efectuado tardíamente por el progenitor, el cual por ser tardío se entiende que hay un espacio de tiempo en el que el reconocimiento no es efectuado. De este modo tenemos:

- *Antijuricidad*. La conducta antijurídica en este caso radica en negarse a reconocer al hijo, privándosele a este de tener una filiación determinada(680).

- *Daño*. El daño se determina en directa relación al bien jurídico o derecho protegido, por lo que al no reconocerse a una persona se está trasgrediendo su derecho fundamental de a la identidad, al negarse el estado civil, específicamente el estado de familia, para el caso el estado de hijo(681). "Por lo tanto, lo que se debe resarcir específicamente es el daño que deriva de la falta de emplazamiento en el estado de familia, falta de emplazamiento en el estado de hijo por no haber mediado reconocimiento voluntario"(682).

  El daño puede ser moral o patrimonial. El primero se configura por la falta de derecho de uso del nombre y la falta de ubicación en una familia determinada(683); en tanto que el segundo por las carencias materiales que le produjo (al hijo) la falta de padre(684).

- *Factor de atribución*. Viene determinado por la presencia de dolo o culpa, esto es, la manifiesta intención de no reconocer al hijo pese a tener la certeza de haberlo procreado, o por la omisión de una conducta debida y diligente. No existiendo culpa cuando hay duda razonable de la paternidad, como el caso del hombre que ha sido estéril por muchos años o que mantuvo relaciones sexuales con una prostituta(685).

  De la misma manera no existe factor de atribución cuando el progenitor no puede reconocer a su hijo porque este goza de la presunción de filiación matrimonial, pese a que no sea hijo biológico del marido; o, cuando se ignora por completo la paternidad.

(680) "El acto de quien pone a un hijo al mundo y luego se niega a su reconocimiento hiere los sentimientos más profundos que adornan al ser humano. La Constitución y los tratados internacionales no pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas". SC Mendoza, sala I, 29/08/95. En: LL, 1996-B-544. KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 54.

(681) MEDINA, Graciela. "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente)". Disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).

(682) Ibídem, pp. 6-7.

(683) Ibídem, p. 7.

(684) Ibídem.

(685) Ibídem.

- *Relación de causalidad*. Debe haber una relación de causa a efecto entre la conducta y el daño producido, esto es, entre la falta de reconocimiento y el daño causado a quien no se le reconoce como hijo.

De este modo, si se produjera un reconocimiento después de determinado tiempo y concurrieran los cuatro requisitos antes indicados, resulta razonable que se demande judicialmente una reparación por el perjuicio causado al hijo.

Ahora, en cuanto al tiempo a partir del cual se puede considerar a un reconocimiento como tardío, es un asunto que se debe establecer de acuerdo a las circunstancias que rodean cada caso.

BIBLIOGRAFÍA DEL SUBCAPÍTULO

- AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". *Diario La Ley*, España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 5ª ed., Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de familia.* 12ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil - Familia*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición, Librería Studium, Lima, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Tomo II, 8ª edición, Librería Studium, Lima, 1991.
- CORNEJO FAVA, María Teresa. *"La paternidad y las pruebas científica, biológica, genética y del ADN en el Código Civil".* En: *Revista Bibliotecal*, Año 1, N° 2, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Lima, diciembre de 2001,
- COVIAN. "Hijos naturales". En: *Enciclopedia jurídica Española*. Tomo XVII.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Portugal, Coimbra, 1986.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Tomo IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998.
- FERRANDO, Gilda. *Manuele di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2006.
- KRASNOW, Adriana Noemí. Filiación. *Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, vol. II, Barcelona, 1982.
- LAMO MERLINI, Olga de. "La impugnación del reconocimiento por vicios en la declaración: aproximación a su significado en el artículo 141 del Código Civil", *[on-line]*. En: <http://eprints.ucm.es/10981/1/Lamo_Merlini-Trabajo_reconocimiento.pdf> (04/08/2012).
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Studium, Lima, 1987.

- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MEDINA, Graciela. "La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un leading case argentino y el derecho comparado", disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).
- MEDINA, Graciela. "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente)", disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Direito de familia, 36ª ed., actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- MOREYRA GARCÍA-SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. "¿El reconocimiento de hijo es un negocio jurídico?". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 227, Lima, octubre, 2012.
- PARÉS MAICAS, Manuel. "La investigación de la paternidad en el Derecho catalán y en el Código civil español", disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/> (05/08/2012).
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de familia*. *Derecho de familia*. Temis, Bogotá, 2008.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação – adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PETRONE, Marina. (voz) "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.

- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. La Habana, Cultural S.A., 1939.
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* Direito de familia, volumen 6, 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 16ª edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1979.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1999.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol.VI, direito de família, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.

CAPÍTULO QUINTO

ACCIONES DE FILIACIÓN

CAPÍTULO QUINTO
ACCIONES DE FILIACIÓN

I. Generalidades. **1.** Generalidades. **2.** Concepto. **3.** Delimitación. **4.** Objetivo. **5.** Principios y características. **5.1.** Imprescriptibles. **5.2.** Inalienables. **5.3.** Personales. **5.4.** Intransmisibles. **5.5.** Indisponibles. **5.6.** Irrenunciables. **5.7.** Eficacia erga omnes. **5.8.** Declarativas. **5.9.** Eficacia en su realización. **6.** Clases. **II.** Acción de reclamación. **7.** Matrimonial. **7.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **7.2.** Legitimación activa. **7.3.** Legitimación pasiva. **7.4.** Prueba. **7.5.** Sentencia. **7.6.** Base legal. **8.** Extramatrimonial. **8.1.** Paternidad. **8.1.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **8.1.2.** Legitimación activa. **8.1.3.** Legitimación pasiva. **8.1.4.** Prueba. **8.1.5.** Sentencia. **8.1.6.** Base legal. **8.2.** Maternidad. **8.2.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **8.2.2**. Legitimación activa. **8.2.3.** Legitimación pasiva. **8.2.4.** Prueba. **8.2.5.** Sentencia. **8.2.6.** Base legal. **8.2.7.** Limitación. **III.** Acciones de desconocimiento. **9.** Paternidad matrimonial. **9.1.** Negación. **9.1.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **9.1.2.** Legitimación activa. **9.1.3.** Legitimación pasiva. **9.1.4.** Prueba. **9.1.5.** Sentencia. **9.1.6.** Base legal. **9.1.7.** Limitación. **10.** Maternidad matrimonial. **10.1.** Impugnación. **10.1.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **10.1.2.** Legitimación activa. **10.1.3.** Legitimación pasiva. **10.1.4.** Prueba. **10.1.5.** Sentencia. **10.1.6.** Base legal. **11.** Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial. **12.** Acción de impugnación de reconocimiento. **12.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **12.2.** Legitimación activa. **12.3.** Legitimación pasiva. **12.3.1.** Prueba. **12.4.** Sentencia. **12.5.** Base legal. **13.** Acción de invalidez. **13.1.** Nulidad de reconocimiento. **13.1.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **13.1.2.** Legitimación activa y pasiva. **13.1.3.** Prueba. **13.1.4.** Sentencia. **13.1.5.** Base legal. **13.2.** Anulabilidad de reconocimiento. **13.2.1.** Objetivo de la acción y procedencia. **13.2.2.** Legitimación activa y pasiva. **13.2.3.** Prueba. **13.2.4.** Sentencia. **13.2.5.** Base legal. **13.3.** Invalidez del reconocimiento por error. **14.** El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este. **15.** Incaducibilidad de las acciones de estado filial. **15.1.** Prescriptibilidades legales de las acciones de estado filial. **15.2.** Filiación, acción y transcurso del tiempo en el Derecho comparado. **15.3.** De las acciones prescriptibles a su incaducibilidad. **15.3.1.** Reclamación filiación matrimonial (arts. 373 y 374). **15.3.2.** Impugnación de la paternidad matrimonial (art. 364). **15.3.2.1.** Incaducibilidad. **15.3.2.2.** Estado actual de la cuestión. **15.3.2.3.** Posición jurisprudencial comparada. **15.3.2.4.** Criterios jurisprudenciales nacionales. **15.3.2.5.** Una simple reflexión final. **15.3.2.6.** Impugnación de la maternidad matrimonial (art. 372). **15.3.3.** Impugnación de la adopción (art. 385). **15.3.4.** Negación del reconocimiento por padre o la madre (art. 400). **15.3.4.1.** Criterios jurisprudenciales nacionales. **15.3.4.2.** Criterios jurisprudenciales en el Derecho comparado. **15.3.5.** Negación del reconocimiento por parte del hijo (art. 401). **15.4.** Criterios jurisprudenciales contrapuestos. **16.** El sometimiento a la prueba de ADN ¿Es exigible a los herederos del supuesto padre? **16.1.** La acción de investigación de la paternidad extramarital. **16.2.** El examen de ADN y la Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29821. **16.3.** Los terceros y la prueba biológica. **16.3.1.** La naturaleza especial de este caso y la inaplicabilidad de la Ley Nº 29821 ¿Qué camino seguir? **16.3.2.** La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN. **16.4.** La negativa al sometimiento por parte de terceros. **16.5.** El conflicto de intereses. **16.6.** Conclusión: la prevalencia del derecho a la identidad. **16.7.** Apostillas a la Casación Nº 4585-2007-Ica. **17.** Cosa juzgada y los procesos de filiación.

I. GENERALIDADES

1. Generalidades

La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado. Se presta especial cuidado a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del Derecho Familiar Público con la finalidad de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a determinar la relación de familia.

Las acciones de estado filial están dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto. De su resultado varían los atributos de la persona, identidad, nombre, estado, justificándose la denominación como acciones de estado. Su importancia, como dice Díez-Picazo y Gullón(685), está dada en la relevancia que adquiere en los momentos patológicos en los que se origina un conflicto o un litigio.

Nuestro Código no tiene un Título especial que regule las acciones de filiación, a diferencia de otros como el de Bolivia, Cataluña, Chile, España, Francia, Paraguay, República Dominicana, por mencionar algunos. A pesar de su importancia, las acciones de filiación están contenidas dentro de cada uno de los Títulos I y II de la Sección Tercera: Sociedad Paternofilial.

2. Concepto

Las acciones o pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real).

Dice Azpiri(686) que son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Es llevar a los estrados judiciales su determinación, es decir, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta(687).

3. Delimitación

Están dirigidas a un estado de familia especial, concreto y particular, al estado de familia filial, es decir, aquel que se circunscribe a la vinculación entre padres e hijos en virtud del hecho biológico de la procreación y de la institución jurídica de la filiación (Vide Capítulo V, del Tomo I).

(685) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 341.
(686) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 113.
(687) LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. Nº 327, Bosch, Barcelona, 1982, p. 606.

4. Objetivo

Las acciones de filiación buscan facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica. Se canalizan a través de acciones judiciales, de demandas, que procuran la identificación de los vínculos de filiación tendiendo a la investigación de la parentalidad(688). Su objeto versa sobre el título de estado de familia, sea porque se pretende comprobar un estado, y de esa manera obtener un título del que se carece, o porque ese título es falso o viciado, o para crear un estado nuevo o para modificar un estado que se ostenta(689).

Su fundamento reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación), buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

5. Principios y características

El proceso de familia, a criterio de Ferreyra de La Rúa(690), tiene sus propios principios:

- Tutela judicial efectiva,
- Inmediación,
- Buena fe y lealtad procesal,
- Oficiosidad,
- Oralidad y libertad y,
- Amplitud probatoria.

El Proyecto de Código Civil argentino - 2012 considera que el proceso en materia de familia respetará los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (art. 706). En este punto, y como criterio de análisis de perfeccionamiento, Kielmanovich(691) considera la idea de que dentro de los principios generales en el Proyecto podría: (i) incluirse el de gratuidad, (ii) que el denominado principio de *acceso limitado al expediente* debería reemplazarse por el más comprensivo de "privacidad" –por oposición al principio de *publicidad* que gobierna los procedimientos judiciales comunes–, (iii) sería conveniente la inclusión del *principio de*

(688) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 345.
(689) AZPIRI, Jorge O. *Ob. cit.,* p. 58.
(690) FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de Familia en el Proyecto". En: *La Ley*, año LXXVI, Nº 115, jueves 21 de junio de 2012, pp. 2 y 3.
(691) KIELMANOVICH, Jorge L. "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". En: *La Ley*. Año LXXVI, Nº 142, martes 31 de julio de 2012, pp. 1 y 2.

acentuación de la función conciliadora, (iv) sería de utilidad el establecimiento del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* por el que se prohíja la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno *a un mismo* elemento o relación jurídica, (v) incluirse el principio del *favor por el trámite más breve* que supone que en casos de duda acerca del procedimiento aplicable, v. gr. si corresponde el trámite ordinario o sumarísimo, se aplique el más rápido.

Además de ello, entre sus características tenemos:

Imprescriptibles, inalienables, personales, intransmisibles, indisponibles, irrenunciables, eficacia *erga omnes*, declarativas

5.1. Imprescriptibles

El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento.

La caducidad tiene especial trascendencia en materia de acciones de filiación. Su aplicación ha determinado, por ejemplo en Argentina(692), ciertos criterios interpretativos en la jurisprudencia y algunas declaraciones de inconstitucionalidad en lo relativo a los plazos de caducidad o la forma de cómputo.

5.2. Inalienables

No pueden ser limitadas ni restringidos sus efectos. Ni cedidas, ni mercantilizadas.

5.3. Personales

Solo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas. Sin embargo, la tendencia actual es liberalizar la legitimidad de obrar. Esta característica está perdiendo relevancia, no son tan *intuito personae*, al primar el interés de conocer la verdad, el denominado derecho a la obtención y difusión de la verdad(693). Así, la legitimación no se cierra del todo, se otorga para la defensa de intereses que se estiman prioritarios o preferentes(694).

La tendencia es ampliar a los legitimados (a cualquier tercero que invoque un interés legítimo). Asimismo, el *legítimo contradictor*, a quien corresponde directamente ser demandado (*el más próximo y primitivo en interés*) deja paso a terceros (herederos) que pueden ser demandados.

(692) FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de Familia en el Proyecto". En: *La Ley*, año LXXVI, N° 115, jueves 21 de junio de 2012, p. 3.
(693) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 341.
(694) Ibídem, p. 346.

5.4. Intransmisibles

No pueden ser transferidas bajo ningún título.

5.5. Indisponibles

Dice Díez-Picaso y Gullón(695) que las acciones están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. Impide que la materia pueda quedar regulada fuera de proceso judicial, de la misma forma no cabe la transacción, arbitraje, ni allanamiento, en todo caso se entiende como mero reconocimiento.

5.6. Irrenunciables

El goce natural de estas acciones limita la posibilidad que puedan renunciarse, no obstante si podrá renunciarse al derecho a ejercitarlas.

5.7. Eficacia *erga omnes*

Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación *in diminuto*, de allí se rebata la institución del hijo alimentista (termina siendo un hijo a plazo determinado). Además, como dice Sambrizzi las sentencias derivadas de estas acciones tienen efecto *erga omnes*(696).

5.8. Declarativas

Al poner de manifiesto una relación biológica no determinan sino confirman la existencia o no de un vínculo. Siendo así tienen efecto retroactivo *ex tunc*, a diferencia de las acciones constitutivas que rigen para el futuro, *ex nunc*.

5.9. Eficacia en su realización

Las acciones de filiación buscan la concreción y realización de un estado de familia de allí que sea admisible el ejercicio de medidas cautelares (alimentos y derechos sucesorios).

La medidas cautelares en el Derecho de familia presentan algunas particularidades o connotaciones propias en cuanto a su carácter instrumental, a su providencia inaudita parte, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para disponerlas de oficio, a la disponibilidad inmediata de su objeto y a la no sujeción normativa a términos de caducidad(697).

(695) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 342.
(696) SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. Ob. cit., p. 537.
(697) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 230.

6. Clases

Las acciones de estado filial tienen como objetivo adjudicar o desarticular una filiación.

Emplazar el estatus que carezco (me falta) o desplazar la establecida (no me corresponde), de allí que se denominen de reclamación e impugnación.

EM	**PLAZAMIENTO**	Adjudicación	Reclamación
DES		Desarticulación	Impugnación

Entre ellas tenemos las siguientes:

<table>
<tr><th colspan="10">Acciones</th></tr>
<tr><td colspan="3">Reclamación</td><td colspan="7">Desconocimiento</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Matrimonial</td><td colspan="2">Extramatrimonial</td><td colspan="2">Matrimonial</td><td colspan="2">Extramatrimonial</td><td colspan="3" rowspan="2">Adopción</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Paternidad</td><td rowspan="2">Maternidad</td><td>Paternidad</td><td>Maternidad</td><td colspan="2">Reconocimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">Impugnación</td><td>Impug-nación</td><td colspan="2">Invalidez</td><td>Impug-nación</td></tr>
<tr><td rowspan="2">373, 374</td><td rowspan="2">402
L. 28745
L. 29281</td><td rowspan="2">409</td><td rowspan="2">363</td><td rowspan="2">371</td><td rowspan="2">399</td><td>Nulidad</td><td>Anulabi-lidad</td><td rowspan="2">385</td></tr>
<tr><td>219</td><td></td></tr>
</table>

II. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

Se le conoce como acción de declaración positiva, vindicación de estado civil, inquisición de estado, o simplemente reinvindicación (a criterio de los franceses). Es un tipo de reconocimiento judicial(698), coaccionado(699) o forzado(700). A decir de Ferrando(701) normalmente presupone la falta de un título de estado (*macanza di un titolo di stato*).

Es una acción de emplazamiento. Se traduce en colocar a una persona en un determinado estado de familia(702). Busca establecer una filiación a quien no la tiene. La pretensión es emplazatoria.

A través de ella solicito se declare una filiación que no ostento.

(698) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 397.
(699) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 341.
(700) Por demás conocida esta estructura de cómo determinar una filiación extramatrimonial citamos como referencia a MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 104.
(701) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, Roma, E. Laterza, 2005, p. 248.
(702) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación*. Ob. cit., p. 31.

7. Matrimonial.

7.1. Objetivo de la acción y procedencia.

Se da a falta de una inscripción regular.

Krasnow[703], Fama[704] y Zannoni[705] indican que procede cuando el hijo:

- No ha sido inscrito en el Registro Civil.
- Es inscrito como hijo de padres desconocidos.
- Inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas.
- Inscripción como hijo matrimonial de otra personas.

La doctrina nacional establece que esta acción de filiación matrimonial opera cuando el hijo no tiene título ni la posesión de estado de hijo matrimonial[706] por lo que solicita ser declarado como tal, es decir, hijo matrimonial.

7.2. Legitimación activa

- El hijo, o su representante legal en caso ser menor o incapaz.
- Herederos del hijo. Según el artículo 374 la acción pasa a los herederos del hijo:
  - (i) Si periodo murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda,
  - (ii) Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado,
  - (iii) Si el hijo dejó iniciado el juicio.

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.

Consideramos que los padres, ambos dos, como parte de la relación filial, estarían legitimados de accionar, una interpretación en contario impone un tratamiento diferenciado que no responde a una causa justificada y razonable a la luz del principio de no discriminación[707]. Incluso puede trasladarse a los herederos de estos.

(703) Ibídem, p. 62.
(704) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 332.
(705) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 366 y 367.
(706) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Acción de filiación". En: *Código civil comentado*. 3ª edición, Tomo II - Derecho de familia, noviembre de 2010, p. 494.
(707) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 345.

Cabe la duda y discusión si es viable que los acreedores del hijo o cesionario de sus derechos hereditarios tengan derecho a accionar la reclamación de su paternidad, discutible pero no imposible, la pregunta es qué tan dable puede ser.

7.3. Legitimación pasiva

Conjuntamente contra el padre y la madre (*litisconsorcio pasivo necesario*). Se trata de una acción indivisible, deben ser demandados ambos padres, no de forma individual (como si sucede en la declaración judicial de la filiación extramatrimonial, paternidad o maternidad).

7.4. Prueba

Toda clase de pruebas, incluso las biológicas(708).

7.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo matrimonial con efecto retroactivo. Si es rechazada puede intentarse la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

7.6. Base legal

Código Civil, artículos 373 y 374.

8. Extramatrimonial

Se sustenta en el principio de la investigación del vínculo filial.

Otorga el derecho a quien no cuenta con una filiación establecida solicitar su establecimiento respecto de quien considere su padre o madre. Claro está que

(708) Este artículo es complementado por el artículo 1 de la Ley Nº 27048 que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 6/1/1999) en el sentido siguiente:

"**Artículo 1.-** Admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza".

Téngase presente de la misma Ley:

"**Artículo 3.-** Consecuencia de la aplicación de la prueba. En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada".

Téngase presente, además, de la misma ley:

"**Artículo 5.-** Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración [o impugnación] de paternidad [o maternidad] valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado [o demandada] deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez".

Lo que se encuentra entre corchetes son agregados nuestros.

quien acciona, o en beneficio de quien se acciona, no debe contar con una filiación establecida respecto de quien pretende demandar. En caso cuente con una filiación deberá desconocerla para que, luego que quede sin filiación, pueda plantear la acción de reclamación.

Permite determinar la filiación respecto de quien no la tiene legalmente establecida por haber nacido fuera de matrimonio y sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Se trata de una acción incaducible (art. 410) y con un criterio sancionador dado que la sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial si bien produce los mismos efectos que el reconocimiento no confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio (art. 412) pero si respecto del hijo. En lo referente a la competencia la acción puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante (art. 408).

Es exigible al padre o a la madre, en forma individual o conjunta (acumulación).

Efectos:

La sentencia que declara la paternidad o maternidad extramatrimonial tiene los mismos efectos que el reconocimiento (art. 412), básicamente dirigidos en favor del hijo. Sin embargo, respecto del padre / madre declarados judicialmente:

- No confiere derechos sucesorios ni alimentarios (art. 412). El declarado como tal no será heredero legal ni tendrá la calidad de alimentista; nada obsta –a decisión del hijo– que pueda ser legatario o conferirle una pensión de alimentos(709).
- No goza de la patria potestad sobre el hijo, esta corresponde únicamente a los padres reconocientes (art. 421). Esto no afecta el derecho de relación (visitas) que debe gozar todo menor(710).
- El hijo declarado judicialmente, por extensión del artículo 397, no podrá vivir con el progenitor declarado si es que no cuenta con el asentimiento de su cónyuge.
- Se expide nueva partida de nacimiento. La sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de

(709) Esta sanción no debiera ser absoluta debieran haber excepciones, como es el caso que el hijo asienta y declare el goce de dichos derechos en favor del padre / madre declarado como tales. Vide SIMÓN REGALADO, Patricia. "Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007, p. 50.

(710) Ídem.

nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas (art. 387)[711].

8.1. Paternidad

Podemos decir que existen dos procesos para establecer la paternidad:

- *Proceso común*.- Acreditado los supuestos sociales, presunciones (art. 402, incs. 1 al 5) o la vinculación de genética (art. 402, inc. 6, 413, Ley Nº 27048), se tramita en proceso de conocimiento ante Juez de Familia, y;
- *Proceso especial*.- Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29281, ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial, se tramita en proceso monitorio ante juez de paz.

8.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Establecer la relación paternofilial.

La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo (art. 405) con base en el interés superior (teoría de los efectos favorables aplicable al concebido, art. 2) o, incluso, luego de muerto el hijo por sus herederos (demandando la abuelidad).

8.1.2. Legitimación activa

Quien tenga legítimo interés.

El artículo 407 del Código establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde *solo* al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar[712] pudiendo la madre actuar en su representación en caso de minoridad del hijo.

Sin embargo, la Ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial permite, a contrario sensu, accionar en paternidad a "quien tenga legítimo interés", es decir, a cualquier tercero.

En este importante cambio se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar, CC) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en

(711) Artículo 5 de la Ley Nº 29032, Ley que ordena la expedición de una nueva partida o acta de nacimiento cuando el reconocimiento de paternidad o maternidad se realiza con posterioridad a la fecha de inscripción (DOEP., 5/06/2007).

(712) Cfr. LASTARRIA RAMOS, Edgard. "Titulares de la acción". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003, p. 48.

defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo. Tanto a la persona como al Estado le interesa de cada quien tenga un padre.

Por su parte Nora Lloveras(713) alega que esta excesiva amplitud en la legitimación activa puede incidir en la intimidad del padre, de la madre o del núcleo familiar(714), pero el objetivo de la ley es resguardar el interés superior del niño que es mucho mayor a todo.

Litis consorcio, (i) varios demandantes en favor de un mismo hijo o, (ii) varios hijos demandando un mismo padre.

Litis consorcio pasivo alternativo eventual, cuando el hijo no tiene la certeza de quien es su padre al haber mantenido su madre trato sexual con más de un hombre pudiendo la acción interponerse contra más de uno (probables), además se trata de un *litis consorcio facultativo*(715).

8.1.3. Legitimación pasiva

Contra el supuesto padre (reo en paternidad), o sus herederos, en caso de fallecimiento (investigación post mórtem), artículo 406. El término es plural, herederos, no es singular, por lo que debe demandarse colectivamente (interpretación *ad absurdum*), la jurisprudencia indica que los abuelos pueden ser demandados(716).

Litis consorcio, puede haber más de un hombre demandado.

8.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

(713) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y Perú, 1ª edición, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 334.

(714) Como dice Famá (FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., pp. 24 y 25). La intimidad cobra especial importancia en lo referente a la negativa a la realización de las pruebas biológicos o su actuar compulsivo, lo que en nuestro medio no tiene especial relevancia.

(715) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 464.

(716) Que tal como se encuentra establecido en el artículo 389 del Código el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea. En ese sentido, estando a que la actora propone demanda de reconocimiento a los abuelos del supuesto padre, habiendo acreditado que en vida este había prestado alimentos al menor mediante proceso que le iniciara el padre de aquella por ser menor de edad y además que el abuelo (paterno) ha reconocido en audiencia que él conjuntamente con su esposa han prohijado al menor ayudándola voluntariamente y que ello no puede sino desprenderse del hecho consciente de reconocer que era el hijo de su hijo, corresponde confirmar la sentencia de vista amparando la presente pretensión de filiación. Exp. Nº 451 -1998. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

8.1.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo extramatrimonial del hombre demandado con efecto retroactivo.

8.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 402 y Ley Nº 28745 modificada por la Ley Nº 29281, ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial.

Investigación de oficio de la paternidad

El Código de Portugal consagra la investigación de oficio de la paternidad, estableciendo que cuando sea inscrito el nacimiento de un menor solo con la indicación de la maternidad el funcionario remitirá al Tribunal el certificado de inscripción de nacimiento completo a fin de determinar la identidad del padre (art. 1864).

En la investigación de oficio de la paternidad (art. 1865), el Tribunal oirá a la madre acerca de la paternidad que atribuye al hijo (inciso 1). Si la madre indica quien es el padre o por otro medio se llega al conocimiento de su identidad, el supuesto padre será también oído (inciso 2). En caso el supuesto padre confirme la paternidad será establecido el reconocimiento y remitido el certificado de nacimiento al registro (inciso 3). Si el presumido padre no llega a recusar la confirmación de su paternidad, el Tribunal procederá a las diligencias necesarias para averiguar la viabilidad de la acción de investigación de paternidad (inciso 4). Si el Tribunal concluye la existencia de pruebas seguras de paternidad, ordenará la remisión del proceso al Ministerio Público y al Tribunal competente, a fin de dar inicio a la acción de investigación (inciso 5). La acción investigación de oficio de la paternidad es improcedente (art. 1866); si la madre y el pretenso padre fueren parientes o afines en línea recta o parientes en segundo grado de la línea colateral; (a) Si hubiera trascurrido dos años del nacimiento (b) Cuando en un proceso penal se prueba la cópula en términos de constituir fundamento para la investigación de la paternidad y esta coincide con el periodo de la concepción, el Ministerio Público instaurará la acción de investigación de paternidad (art. 1867).

Así también en Brasil, la Ley Nº 8.560/92 regula a *Investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*, según esta ley tiene legitimidad el Ministerio Público para promover la acción de oficio de investigación de la paternidad.

8.2. Maternidad

Acreditado los supuestos biológicos (parto e identidad, art. 409) o la vinculación de genética (Ley Nº 27048[717]).

Surge la discusión si puede aplicarse a la determinación de la maternidad el nuevo proceso que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial. Sobre el particular existen dos posiciones que tratan de justificar las razones de la viabilidad o no de la indagación de la maternidad extramatrimonial por medio de dicho proceso (Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29281):

- No puede ser aplicado considerándose que la analogía no opera dado que las normas procesales son de orden público.
- Sí puede ser aplicado con base en el interés superior del niño, demandándose en este caso la maternidad a través del nuevo proceso.

Nos quedamos con la segunda opción, tal como veremos más adelante.

8.2.1. Objetivo de la acción y procedencia

Establecer la relación maternofilial.

Obviamente esta acción se ejercita luego del nacimiento del hijo. Absurdo sería pretender iniciar la acción en pleno estado de gestación al estar, *in momento*, acredita la maternidad de quien es la gestante. Lo que sí sería viable es accionar luego de muerto el hijo por sus herederos (demandando la abuelidad).

8.2.2. Legitimación activa

Quien tenga legítimo interés (el art. 411 remite su aplicación al artículo 407).

8.2.3. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra la madre o sus herederos, en caso de fallecimiento (investigación post mórtem) (el art. 411 remite su aplicación al art. 406).

8.2.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

8.2.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo extramatrimonial de la mujer demandada con efecto retroactivo.

(717) Aunque el artículo 2 no modifique expresamente este artículo (solo modifica los arts. 363, 402, 413 y 415) por interpretación extensivas se entiende, también, modificado.

8.2.6. Base legal

Código Civil, artículo 409.

8.2.7. Limitación

No procede la investigación de la maternidad en caso la mujer esté casada. Frente a esta situación deberá primero contestarse la paternidad de manera que quedando libre el hijo de la filiación matrimonial pueda establecerse nueva filiación (en este caso extramatrimonial), conforme lo indica el artículo 404.

Véase como el actual artículo 402, inciso 6 menciona en su segundo párrafo que: "Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad" olvidando la frase sentencia favorable.

III. ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO

Llamadas acciones de declaración negativa o de repudio filial.

Es una acción de desplazamiento, de apartamiento, de exclusión. Consiste en separar a la persona del estado de familia que tiene[718]. Busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley. La pretensión es desplazatoria.

A través de ella solicito se desconozca una filiación legalmente establecida, sea en lo referente a la paternidad o la maternidad.

9. Paternidad matrimonial

9.1. Negación

A pesar de que el Código la denomina acción de negación trata supuestos de impugnación. Se le conoce también como desconocimiento.

La doctrina diferencia la acción de negación de la acción de impugnación.

Negación	Impugnación
Desconocimiento simple, repudio por negación o simple declaración perentoria	Desconocimiento riguroso
El hijo de mujer casada no está amparado por la presunción *pater est*	El hijo de mujer casada está amparado por la presunción *pater est*
La prueba recae sobre el hijo y la madre	La prueba recae sobre el marido

(718) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación.* Ob. cit., p. 31.

Destruye la presunción de paternidad matrimonial.	Destruye la presunción de concepción dentro del matrimonio.
Se presume que el hombre no pudo tener relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. No existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable.	Se presume que el marido no tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Existe la presunción de paternidad, hay una verdad biológica probable.
Base legal	
- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 siguientes al de la celebración del matrimonio (art. 363, inc. 1). - Cuando adolezca de impotencia absoluta (art. 363, inc. 4).	- Cuando sea imposible que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo (art. 363, inc. 2). - Cuando está judicialmente separado durante el periodo *ut supra*; salvo cohabitación en dicho periodo (art. 363, inc. 3).

Dice y aclara bien Azpiri que: "Desde el punto de vista de técnica jurídica, la acción de negación requiere tan solo la acreditación de determinadas fechas; mientras que en la acción de impugnación es necesario probar los presupuestos de hecho exigidos para que la demanda prospere" (719). En nuestro medio se utilizan como sinónimos, tanto acción de negación como acción de impugnación. Como dice Berenice Dias(720) el uso del verbo *contestar* en el sentido de *impugnar* implica ir dejando de lado la concepción jerarquizada de la familia centrada en la patriarcalidad, en *pater familia, pater patratus.*

9.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial. El estado de hijo matrimonial desaparece (desplazamiento) adquiriendo el estado de hijo extramatrimonial (emplazamiento).

Busca excluir la paternidad matrimonial, subsistiendo la maternidad que pasaría a ser extramatrimonial y con la posibilidad de reclamar la filiación paterna al verdadero padre. El padre extramatrimonial no puede valerse de esta acción, en todo caso debe recurrir a la impugnación del reconocimiento(721).

Como todas las demás y tratándose de una pretensión debe ser promovida vía acción(722).

(719) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 253.
(720) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 352.
(721) La ley no concede al padre de un hijo extramatrimonial la acción de negación de paternidad, reservándose al marido dicho derecho en caso de no creerse el padre del hijo de su mujer. Exp. Nº 5-1986, Cuzco.
(722) El marido que no se crea padre del hijo de su esposa debe ejercitar judicialmente su pretensión en un proceso contencioso vía acción contestatoria dentro de un plazo legal, como prescribe el artículo 364 del

9.1.2. Legitimación activa

- **El marido** (arts. 363 y 367). Sustentado en el monopolio masculino de la legitimidad para obrar, una suerte de hegemonía en el derecho de acción. El marido es dueño el útero de su mujer (cualquiera sea el semen que se aposente, el marido lo adquiere, ya que es el dueño del vientre de su mujer[723]). Solo él puede ser el juez de su paternidad y de la conducta de su mujer. Es una facultad, una prerrogativa del hombre *poder* negar el hijo de su mujer, ad nútum[724].

Incapacidad, por el carácter personalísimo de la acción el curador del interdicto marido no puede accionar salvo –como refiere un cerrado sector de la doctrina[725]– como consecuencia de la imposibilidad que haya procreado al supuesto hijo. *Caso*: Si el marido fuera incapaz y su mujer su curadora, por conflicto de interés y al tratarse de una acción personal ella no podría accionar, autodemandarse.

Ausente, similar análisis que el de la incapacidad.

- **Herederos y ascendientes**. En caso de muerte del marido pueden iniciar la acción o continuar el proceso iniciado (art. 367). Los ascendientes pueden ejercer la acción por incapacidad absoluta (art. 43) en los supuestos de privación de discernimiento (inc. 2) o incapacidad relativa (art. 44) en los supuestos de retardo o deterioro mental (incs. 2 y 3, respectivamente), conforme lo indica el artículo 368[726]. Obviamente, un heredero negado a accionar sería la propia mujer.

Contemporáneamente con criterio democrático y con base en los principios constitucionales (igualdad –no discriminación–, protección de la familia) se deja paso a nuevos intérpretes, nuevos actores, como es el caso del:

- **Hijo**, ab initio resulta inmoral reconocerle esta facultad, una forma de admitir el derecho de acusar a su propia madre de adúltera sirviéndole solo de ventaja económica respecto de su padre biológico[727]. Finalmente puede ser decisión del hijo pero el marido puede perdonar a su mujer lo que implica una contraposición. Desde una óptica equitativa, negarle al

Código. La negación de paternidad del padre en testamento no tiene eficacia legal por sí. Cas. Nº 204-1996-Huánuco.

(723) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 58.

(724) La acción de contestación de la paternidad y la de impugnación de la maternidad corresponde exclusivamente al padre y la madre respectivamente, y además debe ejercitarse dentro de los plazos de caducidad. Expediente Nº 200-96-Lima, 14 de enero de 1997.

(725) Vide FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 440.

(726) Modificado implícitamente por la L. Nº 29973, Ley general de la persona con discapacidad (DOEP., 24/12/ 2012). Eliminando la referencia al inciso 3 del artículo 43 (si el padre descendiente es sordomudo, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable).

(727) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 74.

hijo matrimonial posibilidad para que impugne y reconocerse al hijo extramatrimonial que reclame su filiación (art. 407) es discriminatorio.

Incapacidad, similar situación analizada en el caso del marido al tratarse de una acción personalísima con el agravante que sus curadores sean el padre y la madre siendo *in re* la solución el nombramiento de un curador especial(728).

El Derecho comparado(729) concede al hijo, con base en el reconocimiento de la verdad biológica, el derecho de impugnar la paternidad haciendo coincidir el vínculo jurídico con el bilógico.

- **Herederos del hijo**, nos referimos en especial a sus descendientes que pueden estar interesados en impugnar la filiación matrimonial con la finalidad de reclamar la que biológicamente le corresponda. Está en juego su real identidad y su inserción dentro de una familia con la que no existe un vínculo biológico verdadero(730).

- **Madre**, por principio y tradición está vedada pues resulta inmoral invocar su propio adulterio(731) y por lo tanto el deber de fidelidad emergente del matrimonio(732), además habría incurrido en una injuria grave respecto de su marido al hacerle creer que era padre del hijo que ella había tenido(733).

Teorías que le niegan el derecho de acción consideran que no se trata de un acto discriminatorio, sino de una limitación al derecho de accionar que obedece a razones de política legislativa(734), sin embargo la doctrina comparada viene siendo más accesible a su legitimación no tanto así la jurisprudencia (como es el caso de Argentina(735)).

Considera Famá(736) que la legitimación procesal es una cuestión constitucional (debido proceso y derecho a la tutela judicial efectiva) que debe ser visto desde una mirada de género que impide seguir viendo a la mujer sometida, subordinada, ignorándola y silenciándola.

(728) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 457.
(729) Códigos civiles: España (art. 137), Francia (art. 333), Italia, (art. 235), Uruguay (arts. 219 y 220, Portugal (art. 1839), Québec (art. 531), Suiza (art. 256), Código de familia: Costa Rica (art. 72), El Salvador (art. 151), Panamá (art. 281).
(730) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 244.
(731) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 261.
(732) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 459.
(733) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 235.
(734) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 435.
(735) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 461.
(736) Ibídem, p. 461 y ss.

El Derecho comparado reconoce expresamente a la madre la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial(737).

- **Padre biológico**, con obvio y evidente legítimo interés al saberse progenitor debe reconocérsele el derecho de acción a fin de establecer la identidad biológica del menor lográndose una coincidencia con el vínculo jurídico. La doctrina se ha trifurcado entre quienes la niegan, la aceptan y, otros, establecen criterios eclécticos.

El Derecho comparado reconoce expresamente al padre biológico la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial(738). Nuestra judicatura ya se ha pronunciado al respecto:

- El juez tiene el deber de resolver la incertidumbre jurídica haciendo efectivo derechos sustanciales en búsqueda de la paz jurídica, teniendo presente el interés del menor de conocer la verdad biológica y tener una identidad real no relativa, en consecuencia la presunción de paternidad es abatida teniendo la menor como padre al demandante(739).

- La regla que establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, no tiene carácter absoluto, ni puede oponerse a la realidad, pues esta presunción *iuris tantum* ha sido enervada mediante el reconocimiento de la paternidad del hijo de la demandada por persona distinta al marido(740).

- **Terceros con legítimo interés moral**, no es padre biológico sino el simple vecino que quiere develar la identidad del hijo de un tercero. Es el caso de ajenos a la relación pero con motivación quieran accionar en defensa de intereses comprobados.

- **Terceros con legítimo interés económico**, entendemos que si la motivación es personal no habría problema pero si revela el interés patrimonial (por ejemplo acreedores del marido/padre que quieren reducir la cantidad de herederos o alimentistas) no debiera admitirse en razón que su interés en meramente patrimonial contraponiéndose al contexto *in personae* de la filiación.

(737) Códigos civiles: Colombia (art.216), Francia (art. 333 y 334), Italia, (art. 244), Portugal (art. 1839), Québec (art. 530); Código de familia: Panamá (art. 281).

(738) Cuba (art. 81), España (CC., art. 134) y Panamá (Código de familia, art.281) con amplia libertad. Francia (CC., arts. 333 y 334) y Québec (CC., art. 531) en la medida que exista posesión constante de estado; Portugal quien se crea padre puede impugnar a través del Ministerio Público (CC., art.1841). Alemania, es el caso más preciso cuando permite la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico en caso de no existir, ni haber existido, relación socio-familiar entre el padre legal y el hijo (BGB § 1600 (1), 2, Reforma de 2004).

(739) Sentencia de Vista, Exp. Nº 990-2002, Segundo Sala Especializada de Familia Lima, 06/08/2002.

(740) Expediente Nº 1903-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia de Lima, 14/08/1998.

- **Administración Pública**, en Alemania[741], como menciona Albert Lamarca

(741) En el *Bundesgesetzblatt* del 18 de marzo de 2008 se publicó la *Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad* del 13 de marzo (*Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*). Los parágrafos afectados del BGB son los §§ 1600, 1600b y 1600e, que quedan redactados del siguiente modo:

§ 1600 Legitimados para impugnar

(1) Están legitimados para impugnar la paternidad:

1. El hombre cuya paternidad consta según el § 1592, números 1 y 2, y el § 1593,

2. el hombre que asegura bajo juramento que ha cohabitado con la madre del hijo durante el periodo de concepción,

3. la madre,

4. el hijo, y

5. la autoridad competente (autoridad legitimada para la impugnación) en los supuestos del § 1592, número 2.

(2) La impugnación conforme al apartado 1, número 2, presupone que entre el hijo y su padre no existe ninguna relación sociofamiliar en el sentido del apartado 1, número 1, o no ha existido en el momento de su muerte y que quien impugna es el padre biológico del hijo.

(3) La impugnación conforme al apartado 1, número 5, presupone que entre el hijo y el reconociente no existe ninguna relación sociofamiliar o que no ha existido en el momento del reconocimiento o de su muerte y mediante el reconocimiento se consiguen requisitos jurídicos para el permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor.

(4) Existe una relación sociofamiliar según los apartados 2 y 3, si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, en el momento determinante asume responsabilidad material por el hijo o la ha asumido. Concurre una asunción de responsabilidad material si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, está casado con la madre del hijo o si ha convivido con el hijo durante un largo periodo de tiempo en una comunidad domperiodoica.

(5) Si el hijo ha sido engendrado mediante inseminación artificial del semen de un tercero, consentida por el hombre y la madre, periodoos no están legitimados para impugnar la paternidad.

(6) Los gobiernos de los Länder están autorizados para determinar por decreto las autoridades según el apartado 1, número 5. Los gobiernos de los Länder pueden ceder por decreto esta autorización a las más altas autoridades competentes del Land. Si no está fundada una competencia territorial de la autoridad conforme a estas disposiciones, la competencia se determina según la sede del juzgado que es competente para la acción.

§ 1600b Plazos para impugnar

(1) La paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de dos años. El plazo comienza desde el momento en que el legitimado tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad; la existencia de una relación sociofamiliar, en el sentido del § 1600, apartado 2, primera alternativa, no impide el transcurso del plazo.

(1a) En el supuesto del § 1600, apartado 1, número 5, la paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de un año. El plazo comienza cuando la autoridad legitimada para la impugnación tiene conocimiento de los hechos justificantes de la creencia que concurren los requisitos para su derecho a la impugnación. La impugnación está excluida, a más tardar, una vez transcurridos cinco años desde la eficacia del reconocimiento de la paternidad para un hijo nacido en territorio federal; en otros casos, a más tardar, en cinco años tras la entrada del hijo.

(2) El plazo no comienza hasta el nacimiento del hijo, ni hasta que el reconocimiento ha devenido eficaz. En los supuestos del § 1593, inciso 4, el plazo no comienza hasta la firmeza de la decisión, mediante la cual se determina que el nuevo marido de la madre no es el padre del hijo.

(3) Si el representante legal de un menor no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el menor puede, una vez que ha alcanzado la mayoría de edad, impugnarla por sí mismo. En este supuesto, el plazo

Marquès[742], se reconoce el derecho de impugnar la paternidad a las autoridades administrativas competentes en aquellos casos reconocimientos aparentes (de favor o por complacencia) cuando entre el hijo y el padre reconociente no exista una relación sociofamiliar (responsabilidad material del padre por el hijo) o bien no haya existido periodo en el momento del reconocimiento, siendo el reconocimiento solo un vehículo para conseguir los requisitos legales para la obtención del permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor[743].

9.1.3. Legitimación pasiva

Si la interpone el marido lo hará conjuntamente contra el hijo y la madre (art. 369), la misma regla se aplica para los herederos del marido. Se trata de una acumulación subjetiva necesaria o legal, se demanda conjuntamente a dos personas.

---

no comienza hasta que el menor llega a la mayoría de edad y puede tener conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad.

(4) Si el representante legal de un incapaz de obrar no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el legitimado para la impugnación puede, una vez desaparecida la incapacidad de obrar, impugnarla por sí mismo. El apartado 3, inciso 2, rige por analogía.

(5) El plazo se suspende mediante el inicio de un proceso conforme al § 1598a, apartado 2; el § 204, apartado 2, rige por analogía. El plazo también se suspende mientras el legitimado está impedido para impugnar mediante intimidación de forma contraria a derecho. En lo demás se aplican por analogía los §§ 206 y 210.

(6) Si el hijo toma conocimiento de unas circunstancias debido a las cuales las consecuencias de la paternidad no le son exigibles, comienza de nuevo para el hijo, en ese momento, el plazo de impugnación del apartado 1, inciso 1.

§ 1600e Competencia del juzgado de familia; legitimación activa y pasiva

(1) El juzgado de familia decide sobre la determinación o la impugnación de la paternidad

1. por acción del hombre contra el hijo,

2. por acción de la madre o del hijo contra el hombre,

3. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 2, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1600, apartado 1, número 1, o

4. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 5, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1592, número 2.

Si ha fallecido una persona contra la cual debía dirigirse la acción en el caso de la impugnación conforme al § 1600, apartado 1, números 2 o 5, la acción debe dirigirse solo contra la otra persona.

(2) Si han fallecido las personas contra las cuales debería dirigirse la acción, el juzgado de familia decide a petición de la persona o la autoridad que, a tenor del apartado 1, estaría legitimada para interponer la acción.

(742) LAMARCA I MARQUÈS, Albert. "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB". En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*. <www.indret.com, julio 2008> (20/07/2012).

(743) Ídem.

En caso existan conflicto de intereses entre los derechos del hijo y la madre, se nombrará curador especial (art. 606, inc. 1).

Si la acción es ejercida por el hijo accionará contra el padre y madre. En caso de fallecimiento de alguno de ellos contar sus herederos.

Si la interpone la mujer lo hará contra su marido/padre e hijo.

Si la interpone el padre biológico tercero lo hará contra el padre e hijo.

9.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

Carga de la prueba (art. 370)

Recae sobre el marido en los casos de imposibilidad de cohabitación –preso e incomunicado, en sala de cuidados intensivos– (art. 363, inc. 2), impotencia absoluta (art. 363, inc. 4). En el caso de nacimiento prematuro (inc. 1) está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento y por separación judicial (inc. 3) copia certificada de la partida de nacimiento.

Recae en la mujer probar que a pesar de existir separación judicial cohabitó con su marido (art. 363, inc. 3 *in fine*) haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o las causales de improcedencia contempladas en el artículo 366.

Si partimos de la idea que la acción es libre, la carga de la prueba corresponderá al actor, indistintamente quien sea periodo.

9.1.5. Sentencia

De prosperar quedará sin efecto el vínculo legal filiativo con el marido de la madre. El hijo deja de ser matrimonial y pasa a ser extramatrimonial de la madre. Puede reclamar su filiación o ser reconocido por su verdadero padre.

9.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 363.

9.1.7. Limitación

No procede la acción en los siguientes casos:

- Respecto del concebido (art. 365). Se sustenta en la teoría de los efectos favorables (art. 1) tomando en cuenta que, como sujeto de derecho

especial, no le conviene quedarse sin padre. Luz Monge(744) considera que las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la impugnación antes del nacimiento se articulan por cuatro razones (i) la acción contestatoria se opone a la regla *infans conceptus pro natu habetur*, (ii) las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento, (iii) la inutilidad de la acción, (iv) la imposibilidad de contestar una filiación inexistente. Algunos Códigos, como el argentino, permiten la acción de impugnación preventiva de paternidad(745).

- Si el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al matrimonio o cuando existe separación judicial: Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo; si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, y; si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paternofilial (art. 366, incs. 1, 2 y 3).

Todos y cada uno de estos casos van de la mano con la teoría de los actos propios.

(744) MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". Ob. cit., pp. 479 y 480.
(745) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 250 y 251.

Acción de clarificación de la paternidad

En Alemania(746), como menciona Albert Lamarca i Marquès(747), la Ley de 26 de marzo de 2008 crea una pretensión autónoma, denominada *acción de la clarificación de la paternidad*, que permite la realización de las pruebas biológicas al padre, madre y al hijo, debiendo los implicados consentir a la investigación genética por lo que se permite la toma de las muestras necesarias. En caso el hijo sea

(746) El *Bundesgesetzblatt* de 31 de marzo de 2008 se publicó la *Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación* (*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*). Los parágrafos del BGB afectados son el § 1598ª (nuevo), el § 1600b y la introducción de un nuevo apartado 2a al § 1629:

§ 1598a Pretensión al consentimiento a una investigación genética para la clarificación de la filiación biológica

(1) Para la clarificación de la filiación biológica del hijo pueden:

1. El padre tanto de la madre como del hijo,

2. la madre tanto del padre como del hijo, y

3. el hijo tanto de uno como del otro progenitor reclaman qué periodos consientan a una investigación genética de la filiación y toleren la toma de una muestra genética idónea para la investigación. La muestra debe ser tomada conforme a los principios reconocidos de la ciencia.

(2) A petición de uno de los legitimados para la clarificación, el juzgado de familia debe sustituir un consentimiento no prestado y ordenar la tolerancia a la toma de una muestra.

(3) El juzgado debe suspender el proceso si y en la medida en que la clarificación de la filiación biológica pudiera causar un perjuicio considerable al bienestar del hijo menor de edad que, también tomando en consideración el interés del legitimado a la clarificación, fuera inexigible para el hijo.

(4) Quien ha consentido a una investigación genética sobre la filiación y ha entregado una muestra genética puede reclamar del legitimado para la clarificación, el cual ha causado una investigación sobre la filiación, la consulta del informe sobre la filiación o entrega de una copia. Sobre los litigios relativos a la pretensión según el inciso 1 decide el juzgado de familia.

§ 1629 Representación del hijo

(1) La patria potestad comprende la representación del hijo. Los padres representan al hijo conjuntamente; si se debe emitir una declaración de voluntad frente al hijo, es suficiente la emisión frente a uno de los padres. Un progenitor solo representa al hijo en la medida en que ejercita solo la patria potestad o se le ha cedido el derecho a decidir, según el § 1628. En caso de peligro inminente cualquiera de los padres está legitimado para ejercitar todas las acciones legales que sean necesarias para proteger el bienestar del hijo; el otro progenitor debe ser informado sin demora.

(2) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo si, según el § 1795, está excluido un tutor de la representación del hijo. Si corresponde a los padres la patria potestad conjunta, aquel bajo cuya guarda se encuentra el hijo, puede hacer valer pretensiones por alimentos que corresponden al hijo frente al otro progenitor. El juzgado de familia puede retirar la representación al padre y a la madre a tenor del § 1796; esto no rige para la determinación de la paternidad.

(2a) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo en un proceso judicial conforme al § 1598a, apartado 2.

(3) Si los padres están casados entre sí, uno de ellos puede hacer valer las pretensiones por alimentos del hijo frente al otro solo en nombre propio, mientras viven separados o está pendiente entre ellos un pleito matrimonial. Una decisión judicial obtenida por uno de los padres o un acuerdo judicial entre ellos produce también efectos a favor y en contra del hijo.

(747) LAMARCA I MARQUÈS, Albert. "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB". En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*. <www.indret.com>, julio 2008, (20/07/2012).

menor de edad deberá autorizar el otro progenitor y, si periodo no coopera en la clarificación deberá procederse a la sustitución judicial del consentimiento ante el juzgado de familia.

Esta pretensión representa la concreción legal más sencilla del derecho constitucionalmente protegido al conocimiento de la filiación. La existencia de la pretensión, a su vez, justifica la admisibilidad en un procedimiento de impugnación de las pruebas realizadas con el consentimiento del representante legal del menor, que de otro modo podrían no tener validez. El juez puede desestimar la pretensión si el interés del menor lo exige, en supuestos especiales en función de las condiciones de convivencia o de desarrollo personal del menor. Con ello se pretende asegurar que el ejercicio de la pretensión no lleve a resultados indeseados sin tomar en consideración al menor. Estos serían los de situaciones emocionales complejas, donde los resultados de una clarificación de la filiación pudieran llevar a consecuencias en este orden muy graves, como sería el peligro de suicidio del menor(748).

Es una acción independiente de la impugnación de paternidad. Con todo, el legislador considera que con el establecimiento de esta pretensión se combinan el derecho a conocer la filiación y el derecho a la autodeterminación informativa, de forma que los interesados disponen de una posibilidad de clarificar la filiación con independencia de un procedimiento de impugnación(749).

10. Maternidad matrimonial

10.1. Impugnación

Llamada impugnación de estado de hijo legítimo o contestación del estado legítimo(750).

Se presenta en aquellos casos en los que se ostenta la calidad de hijo matrimonial de una mujer que biológicamente no lo es. No existe un vínculo de filiación entre ellos, el hijo y quien como su madre aparece no lo son como tal. Es menos frecuente que la impugnación de la paternidad. Sin embargo, es más necesaria e importante que otras acciones ya que, si falta el vínculo de la madre resulta más complejo determinar la paternidad.

El desplazamiento de la maternidad matrimonial produce ipso facto la caída de la presunción de paternidad matrimonial. Dice Zannoni(751) que al destruirse el

(748) LAMARCA I MARQUÈS, Albert. "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB". Ob. cit., p. 8.
(749) Ibídem, p. 11.
(750) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. Ob. cit., pp. 467 y 468.
(751) Ibídem, p. 467.

emplazamiento con la madre ya no operará la presunción de paternidad, si la madre fuera mujer casada, y entonces quedará también destruido el presunto vínculo entre el hijo y el marido de quien aparecía como su madre, sin serlo.

10.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Dejar sin efecto el emplazamiento materno y, correspondientemente, al hijo nacido fuera o dentro del matrimonio. La calidad de madre queda sin efecto así también como la del hijo (desplazamiento), de matrimonial pasa, el hijo, a extramatrimonial.

La acción plantea supuestos relacionados con los delitos de alteración del estado civil(752) permitiéndose repudiar este tipo de filiación en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo (art. 371).

Tales son los casos de:

- Parto supuesto, una mujer que finge preñez a fin de quedarse con el hijo de una parturienta. Hay solo una mujer que da a luz mientras que la otra aparenta –embarazo y parto– a fin de quedarse con el niño. Una mujer aparece inscrita como madre de un niño cuando en realidad no ha dado a luz(753). Siempre hay un dolo. *Aparenta madre quien no parió.*

- Suplantación del hijo verdadero, es el caso de sustitución, se trata de un cambio; puede ser por error o dolo. Se atribuye la maternidad de un hijo a una mujer que no fue quien lo parió. Aparece como madre legal una siendo otra la biológica. Hay dos mujeres que dan a luz y un cambio de los niños recién nacidos, que se da por negligencia del establecimiento médico o por una maniobra dolosa(754) (por muerte o defecto del niño nacido, beneficiándose a la mujer que parió un *non nato* o discapacidades). *Aparenta madre quien parió a otro.*

(752) **Código Penal - Capítulo II - Delitos contra el estado civil**

Artículo 143.- Alteración o supresión del estado civil. El que, con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas.

Artículo 144.- Fingimiento de embarazo o parto. La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al artículo 36, inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito.

Artículo 145.- Alteración o supresión de la filiación de menor. El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

(753) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 537.

(754) Ídem.

Originariamente, el Código planteaba solo estos dos supuestos de allí que se dijera que la acción solo fuera procedente en los dos casos específicos anotados[755] –taxativos–, situación que fue ampliada por la Ley Nº 27048 al permitir que en la impugnación de maternidad se admita la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

No es necesario plantear la redargución (declaración de invalidez) del acta de nacimiento[756].

10.1.2. Legitimación activa

- *Únicamente* a la presunta madre (art. 372), cursivas nuestras para mostrar el énfasis del Código. Es quien aparece en la partida como madre, no quien parió, la biogénetica (quien gesta y luego pare pero legalmente no es la madre). La fórmula del Código argentino es más clara "la maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo" (art. 261), o el Código español cuando dice "la mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo" (art. 139). El término presunta confunde, la verdad quien demanda es quien aparece como madre legal sin realmente serlo. Debe quedar en claro que la madre solo puede accionar si no fue cómplice de la maniobra dolosa que lleva a atribuirle falsamente su maternidad[757].
- Herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si aquella lo dejó iniciado (art. 372). No pueden accionar, ni siquiera en casos de incapacidad de la madre (a pesar de que en la impugnación de paternidad si se permite el artículo 367, situación que es un criterio discriminante).

Nuestra jurisprudencia, a tono con el Código, ha manifestado que: "Corresponde únicamente a la presunta madre, y a sus herederos y ascendientes solo pueden continuar el juicio si aquella lo dejó iniciado, pues la *legitimatio ad causam* es requisito fundamental para el ejercicio del derecho de acción"[758].

En Código argentino (art. 262) la legitimación es amplia (madre, marido, hijo, herederos de estos y terceros). Hay que tender a legitimación amplia, incluso cualquiera que legítimo interés invoque. Como dice Lasarte[759] hay una cierta conformidad doctrinal en ampliar la legitimidad al padre, hijos y herederos de la madre.

(755) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 341.
(756) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 270.
(757) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 540.
(758) Cas. Nº 2577-2004-Lima, 19 de mayo de 2005.
(759) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 308.

10.1.3. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre (art. 372). Se trata de una acumulación subjetiva necesaria o legal, se demanda conjuntamente a dos personas.

10.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas(760).

La pericia de virginidad resulta por demás efectiva.

10.1.5. Sentencia

De prosperar la acción el hijo queda sin madre y, consecuentemente, sin padre. Queda habilitado para reclamar su filiación a sus verdaderos padres.

Puede darse el caso que no sea hijo de la mujer pero si del marido lo que si fuera demostrado en el proceso el hijo quedará con la paternidad en su carácter de extramatrimonial(761).

10.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 371.

Diferencias entre las acciones tratadas

Negación de paternidad	Impugnación de maternidad
El hijo no es del marido	El hijo no es de la mujer que aparece como madre

(760) Este artículo es complementado por el artículo 1 de la Ley Nº 27048 que modifica diversos arts. del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 6/1/1999) en el sentido siguiente:

"**Artículo 1.-** Admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza".

Téngase presente de la misma Ley:

"**Artículo 3.-** Consecuencia de la aplicación de la prueba. En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada".

Téngase presente, además, de la misma ley:

"**Artículo 5.-** Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración [o impugnación] de paternidad [o maternidad] valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado [o demandada] deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez".

Lo que se encuentra entre corchetes son agregados nuestros.

(761) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 272.

Negación de paternidad	Impugnación de maternidad
Corresponde al marido (363 y 367)	Corresponde a quien como madre aparece (372)
Herederos y ascendientes pueden: - Inciarla si el padre muere, o; - Continuar el proceso si está iniciado SUCESIÓN PROCESAL	Herederos y ascendientes pueden: - Continuar el proceso si ella lo dejó iniciado SUCESIÓN PROCESAL
La acción se interpone conjuntamente contra el padre y la madre	La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciera como padre (372)

11. Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial

Si al matrimonio unes posesión y el título de estado, la filiación que de periodo se deriva en inatacable se torna. Matrimonio + posesión + título = filiación inexpugnable.

Esta fórmula se muestra inalterable desde el Código del 52 (art. 233) pasando al del 36 (art. 313), sin mayor explicación en la doctrina nacional, solo siguiendo sus precedentes legislativos e históricos sustentados en el Derecho Romano(762).

La lógica se sustenta que existiendo matrimonio, conducta del padre/madre y documento que acredite el *nexum filli* nada más fuerte que ello existe para consolidar una filiación. Quien pretenda acabarla, contra la familia y el matrimonio se estrella, situación inadmisible para el Derecho.

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 (art. 376).

De esta forma se faculta al juez a declarar improcedente (no inadmisible(763)) cualquier acción que busque variar o modificar la filiación matrimonial.

12. Acción de impugnación de reconocimiento

Llamada contestación de reconocimiento o impugnación propiamente dicha.

(762) Vide APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo X, Taller de Linotipia, Lima, 1942, pp. 295 y 296.

(763) Como lo alega BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Inimpugnabilidad de la acción de filiación matrimonial". En: *Código civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007, p. 376.

El Código del 36 la llamaba impugnación (art. 363), el del 52 decía que el reconocimiento podrá ser disputado (art. 240).

12.1. Objetivo de la acción y procedencia

Esta acción busca el desplazamiento de estado ante la falta de concordancia entre el vínculo jurídico derivado del acto del reconocimiento y el vínculo biológico entre el reconocido y el reconocedor(764).

El acto del reconocimiento no se ajuste al vínculo biológico(765). Esta acción ataca el *contenido* del reconocimiento o *el presupuesto biológico que lo implica*(766) de allí que se diga que lo impugnado es la paternidad o la maternidad (resultado obtenido –falso–) no el reconocimiento que es el medio de establecer la paternidad(767), ataco el efecto no el acto.

El reconocido no fue procreado por el reconocedor, no es su progenitor, solo aparece como padre legal debido al acto de voluntad de periodo último. El reconocimiento operó como un acto voluntario, asumiéndose el deber de reconocer a los hijos extramatrimoniales, *ex professo*, desconociéndose la verdadera paternidad. Krasnow(768) manifiesta que dejar librada la determinación de la filiación extramatrimonial a un acto voluntario, no sujeto a diligencias previas, puede dar lugar a situaciones que aparten lo biológico de lo jurídico, básicamente cuando quien reconoce no es el progenitor siendo, pare estos caso, el recurso legal la impugnación del reconocimiento.

Sentenciado que fuera el caso no se puede volver a reconocer.

12.2. Legitimación activa

Es una legitimación amplia (art. 399):

- Por padre o por la madre que *no interviene en él* (término que genera duda y confusión)
- Por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto,

(764) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación.* Ob. cit., p. 91.
(765) Si bien el reconocimiento es un acto voluntario no sujeto a modalidad e irrevocable ello no significa que sea inmutable ante la evidencia científica que determina que el demandante - reconociente no es el padre, por lo que debe procederse a excluir su nombre de la partida del menor. Cas. Nº 2833-2003-Huancavelica.
(766) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 477.
(767) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Ob. cit., p. 181.
(768) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación.* Ob. cit., p. 77.

- Por quienes tengan interés legítimo, como es el caso de los hermanos(769). Este interés puede ser moral (verdadero padre biológico) o patrimonial (quienes invoquen derechos sucesorios)(770). Consideramos que existe una limitación en estos casos de legitimación a terceros con legítimo interés cuando pretendan poner eliminar efectos sucesorales por medio de la impugnación y hay un menor de por medio, tal como indica el Código Civil del Distrito Federal de México (art. 368 *in fine*) considera que "en ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella a un menor reconocido".

12.3. Legitimación pasiva

Contra quienes opongan al impugnante el reconocimiento.

12.3.1. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas que descarten que no es el progenitor.

12.4. Sentencia

De prosperar el hijo queda, según el caso, sin padre o madre. El desplazamiento tiene efecto retroactivo a la fecha del reconocimiento(771).

12.5. Base legal

Código Civil, artículo 399.

13. Acción de invalidez

Llamada acción de invalidez, según sea el caso, puede ser de nulidad o anulabilidad del reconocimiento.

13.1. Nulidad de reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico familiar unilateral, formal, expreso, inequívoco y solemne y, como tal, puede estar afecto a vicios al momento de su otorgamiento.

(769) La condición de hermanos asegura el carácter personal, propio y legitimo interés para impugnar el reconocimiento de la maternidad hecha por una tercera persona que no es la madre biológica de la menor y que cuyo hermano de la menor es el demandante conforme al artículo 399 del Código Civil. Cas. Nº 5003-2007-Lima.

(770) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 553.

(771) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 280.

13.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Ataca la invalidez sustancial que impide la eficacia del acto jurídico**.** El reconocimiento no se ajusta a los elementos del acto jurídico. El reconocedor puede ser progenitor pero el reconocimiento, no cumple con los parámetros legales.

Se refiere a la aplicación de los principios relacionados a la invalidez del acto jurídico.

Sentenciado que fuera el caso se puede volver a reconocer.

Tales son los casos de:

Respecto del reconocedor:

- Falta de manifestación de voluntad. Como acto jurídico, el reconocimiento debe estar libre de toda anomalía que lo haga defectuoso. Siendo la manifestación de voluntad aceptar un hijo resulta necesario que dicha voluntad se exprese sin vicio. Solo puede ser eficaz una voluntad libre y pura, es decir, *voluntad perfecta*.
- Incapacidad, estar afecto de algunas de las causales establecidas en el artículo 43 del Código.
- Imposibilidad del objeto del reconocimiento: resulta inverosímil que el reconocedor sea el padre del reconocido, verbigracia *por edad*, el reconocedor es un anciano (en centenario respecto de un recién nacido), es menor impúber (12 años) o no hay relación cronológica que sustente la relación parental entre el padre e hijo (el reconocedor 20 y el reconocido 16); *por sexo*, mujer/hombre que reconozca hijo de otra mujer/hombre.

Respecto del reconocido:

- Reconozco a quien cuenta con una filiación: Hijo de mujer casada, hijo adoptado. Existiendo una filiación establecida no se puede contar con otra (resulta imposible que el sistema jurídico reconozca simultáneamente dos filiaciones respecto de una misma persona(772)). Dos filiaciones de una misma línea no pueden darse (salvo la homoparentalidad), tener dos padres o dos madres. Otro caso sería la incompatibilidad entre el estado de hijo que se le reconoce y el que gozaba hasta ese momento(773).

Respecto del acto:

- Inobservancia de la forma prescrita, verbigracia reconocer por documento privado (declaración jurada con firma legalizada), mediante

(772) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 305.
(773) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 273.

testigos o por un simple acto verbal, por quien se atribuya la calidad de mandatario sin poder suficiente (aunque estos casos serían propiamente de inexistencia).

13.1.2. Legitimación activa y pasiva

De acuerdo a las normas de nuestro Código civil la nulidad puede ser alegada por aquel que tenga legítimo interés o por el Ministerio Público (art.220).

13.1.3. Prueba

Aquellas que permitan fundamentar y acreditar el vicio que afecta el acto.

13.1.4. Sentencia

De prosperar se desplaza al hijo de tal estado quedando sin filiación pudiendo reclamarse judicialmente la filiación o habilitarse a un nuevo reconocimiento.

13.1.5. Base legal

Código Civil, artículo 219.

13.2. Anulabilidad de reconocimiento

Es esencial para la validez del reconocimiento que no esté afecto de alguno de los vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación, dolo o con reservas), el consentimiento debe ser libre y pleno.

13.2.1. Objetivo de la acción y procedencia

A pesar de tener todos los elementos esenciales existe un vicio de la voluntad que afecta uno de sus elementos y que lesiona el interés tutelado. Ataca el vicio coetáneo o antecedente al reconocimiento que no reviste la gravedad de los que producen la nulidad desde el punto de vista del interés público.

La invalidez se genera si es que las causales de anulabilidad son invocadas y acreditadas, mientras tanto el reconocimiento conserva su plena validez y eficacia. Nos encontramos frente a un acto que pese a adolecer de un defecto es eficaz, entendiéndose por eficacia la aptitud del acto "para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan"(774). En este caso, por el acto de reconocimiento se tiene al reconocedor como progenitor del reconocido, surtiendo dicho acto plenos efectos en tanto no se declare judicialmente su invalidez. Su "ineficacia es producida por vicios intrínsecos al acto"(775). Ello coloca al acto anulable en una situación de riesgo pues se encuentra amenazado de destrucción al tener una

(774) CASTRO Y BRAVO, Federico de. Citado por RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*. Ob. cit., p. 11.
(775) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 16.

invalidez diferida o *pendiente* que puede convertirse en actual cuando el sujeto legitimado para ejercer la acción de anulabilidad logre que periodo sea establecida mediante sentencia judicial(776), supuesto en el cual el acto es nulo desde su celebración (art. 222) por lo que la invalidez del reconocimiento opera retroactivamente, teniéndose a dicho acto inválido como si nunca hubiera sido celebrado, "quedando extinguidos los efectos queridos y pretendidos"(777).

Sentenciado que fuera el caso se puede volver a reconocer.

Tales son los casos de:

- Vicios de la voluntad, error, dolo, violencia o intimidación.
- Incapacidad, estar afecto de algunas de las causales establecidas en el artículo 44 del Código.
- Simulación

13.2.2. Legitimación activa y pasiva

De acuerdo a las normas de nuestro Código civil la anulabilidad solo se peticiona de parte (art. 222). A contrario sensu a decir de Borda(778) esta acción está abierta a todos, reconocedor, reconocido y demás interesados.

13.2.3. Prueba

Aquellas que permitan fundamentar y acreditar el vicio que afecta el acto.

13.2.4. Sentencia

De prosperar se desplaza al hijo de tal estado quedando sin filiación, pudiendo reclamarse judicialmente la filiación o habilitarse a un nuevo reconocimiento.

13.2.5. Base legal

Código Civil, artículo 221.

13.3. Invalidez del reconocimiento por error

El error es ignorancia (falta de conocimiento, *no lo sé*) y error per se (falso conocimiento, *supongo que es así*) dos estados intelectuales (*del alma*) distintos pero, jurídicamente, similares (en uno y otro caso el agente celebra un negocio que no concluirá como cierto, o que celebraría en condiciones distintas(779)). Por su parte, el reconocimiento es un acto trascendental. Solo se reconoce aquello que

(776) Ibídem, p. 31.
(777) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Ob. cit., p. 515.
(778) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 274.
(779) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Requisitos del error". En: *Código Civil comentado*. Tomo 1, 3ª edición, abril 2011, p. 201.

tenemos conciencia que es nuestro. El reconocedor sabe del hecho de la cohabitación y de la consecuente procreación y es con base en ello que declara paternidad manifestando su voluntad individual que expresa uno de los actos más íntimos de la persona(780). De allí el término de la institución, reconocer.

El reconocimiento por error es una pretensión de regular aplicabilidad y recurrencia en los estrados judiciales y se resuelven con las normas generales del acto jurídico (de allí que los juzgados civiles sean los competentes). En materia de reconocimiento por error debemos tener presente el conocimiento del mismo, error excusable o inexcusable.

Error excusable. Cuando existe razón o motivo para caer en el error. Puede ser alegado.

- Juan convive con María y esta tiene un hijo. Si Juan lo reconoce lo hace en el entendiendo de que es su hijo, obvias son las razones (permanencia y habitualidad en relación). Juan tiene razón para errar considerando que frente a esta circunstancia es normal la creencia de la exclusividad de la relación (fidelidad). El error es viable, por tanto invocable.

Se trata de un error justificable, al estar rodeado de elementos que tornan abstracto y teórico exigir una determinada conducta al sujeto como sería, *in re,* cuando la pareja ha dado a luz, siendo lo razonable y lógico deducir su paternidad(781).

Error inexcusable. El error proviene de negligencia del agente, por su mero descuido o torpeza. No puede ser alegado.

- Juan tiene sexo ocasional con María producto del cual nace un niño. Si Juan lo reconoce no puede obviar que la relación fue furtiva, choque y fuga *ut vulgum dicitur*, debiendo buscar elementos que le permitan corroborar su paternidad antes de reconocer, a contrario sensu su error no podría invocarse a posteriori(782). El error es inviable, por tanto no es invocable. *A símili* aquel hombre que reconoce a un hijo a sabiendas que la mujer mantiene relaciones sexuales con terceros(783)

En este caso el reconociente debió haber tomado la diligencia de cerciorarse *ex ante* del reconocimiento si era *su* hijo, a contrario sensu no podrá invocar su torpeza ni falta de diligencia en este acto tan crucial. Como dice Azipiri(784), en

(780) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Re-Conociendo mi verdad (Punto final al caso Zaraí)". En: *El Comercio.* 20 de octubre de 2002, p. A-3.
(781) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 574.
(782) DI LELLA, Pedro. "La nulidad de reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del niño". JA 2002-II-521. Cit. FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 572.
(783) Ídem.
(784) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad.* Ob. cit., p. 282.

caso de no haber efectuado las diligencias necesarias para aclarar la existencia del vínculo, en forma previa al reconocimiento, la posterior comprobación de la falta de relación no será suficiente para que el propio reconociente invoque el vicio del consentimiento, en la medida que su proceder no habrá sido diligente. Dadas las cuestiones afectivas del reconocimiento, el error será inexcusable solo en la medida que se hubiera actuado de culpa grave, no cuando hubo una mera negligencia justificada por las circunstancias fácticas que lo rodean(785).

En materia de reconocimiento no hay apuro ni emergencia, con diligencia debo actuar, a fin de resguardar y permitir la eficacia de este acto jurídico familiar. Aquel que dudas tenga acerca del vínculo que pretende establecer deberá hacer cesar esa incertidumbre antes de efectuar el reconocimiento, mediante pruebas pertinentes(786). La trascendencia del acto, declararme padre, amerita una reflexión para llevar a cabo un actuar acorde a Derecho. La simple duda de paternidad al momento de efectuarse el reconocimiento, en un contexto determinado, no impide que la persona pueda invocar el error si es que no existen elementos precisos y concordantes que lleven a encuadrar este obrar como negligente(787).

Reconocimiento previa comprobación de la paternidad

Ahora bien y (…) ¿Qué pasa con quien antes de reconocer quiere cerciorarse de su paternidad?

Hay dos posibilidades:

i) Que la madre le permita la indagación o,

ii) Que no se lo permita.

En el primer caso no hay mayor problema. Verifica su paternidad y reconoce. En el segundo caso, a falta de voluntad de la madre cabría una acción legal para obtener su realización de la prueba de paternidad(788), procedería una *acción meramente declarativa*(789) o una *medida autosatisfactiva*(790).

(785) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 575.
(786) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 282.
(787) FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 574.
(788) AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 282.
(789) La acción declarativa de certeza es un medio de obtener directa y únicamente la declaración por el Poder Judicial de que existe un derecho del actor o de que no existe un derecho del demandado (FAMÁ, María Victoria. *La Filiación.* Ob. cit., p. 251).
(790) Ibídem, p. 573. La procedencia de la realización del examen genético como medida previa al reconocimiento ante la duda de la paternidad ha sido tratada en dos precedentes. Ambos fallos presentan situaciones fácticas similares. Se trata de dos supuestos padres extramatrimoniales que dudan sobre la posible paternidad de un niño. Sin necesidad de arribar al ámbito judicial, se prestan a llevar adelante la prueba de ADN y, en caso de arrojar este un resultado positivo, proceder al reconocimiento correspondiente. En los dos casos, ante la negativa infundada de las madres de someterse junto con sus hijos a la realización de la prueba, se ven obligados a solicitarlo en sede judicial (FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 251).

Diferencias entre la impugnación y nulidad de reconocimiento

Impugnación	Nulidad
Controvierte el presupuesto biológico, el contenido	Ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios relacionados a su eficacia
Reconociente no es el progenitor	Reconociente puede ser el progenitor
No se puede reconocer	Se puede volver a reconocer

14. El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este(791)

Las acciones de desconocimiento buscan dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley.

Se trata de una pretensión desplazatoria, limitativa de estado filial, i.e. implica el destroncamiento de vínculo parental y, con ello, no solo la restricción de derechos en relación a los padres legales sino, fundamentalmente, la eliminación de estos por lo que resulta imprescindible la intervención del niño o adolescente en su calidad de principal afectado, oyendo su posición (deseo e intención) a efectos que el magistrado obtenga la mejor apreciación de los hechos materia de controversia y litis.

Los fundamentos que puede esgrimirse son:

- Principio de afectividad
- Derecho a la identidad
- Derecho al debido proceso
- Interés superior del menor.

Además de ello, debe tenerse en cuenta que en estos casos es preciso considerar una capacidad especial de los menores de edad en su calidad de *filius* para intervenir en los procesos de contradicción de su filiación, *a símili* lo que sucede en la adopción cuando se requiere que el mayor de 10 años asienta de su adopción (art. 378, 4 del CC), el menor capaz de discernimiento responde por sus actos ilícitos (art. 458 del CC), el mayor de 14 puede recurrir contra los actos de su

(791) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia periodoe". En: *Encuentro jurisdiccional de jueces especializados y mixto en materia civil y familia*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 19 y 20 de noviembre de 2012.

tutor (art. 530 del CC, art. 99 del CNA) o remover a su tutor (art. 557 del CC), el niño y adolescente puede solicitar la remoción de la familia en la que se colocó (art. 107 del CNA), además, principalmente, tomar en cuenta la *capacidad especial* que consagra el CNA (art. IV).

Por su parte, el Código Procesal Civil faculta al juez a ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial (art. 194), los menores de 18 pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley (art. 222).

15. Incaducibilidad de las acciones de estado filial

Las acciones de reclamación directas, aquellas accionadas por el propio sujeto, son imprescriptibles; las indirectas, accionadas por terceros, prescriben. Las acciones de desconocimiento son, siempre, prescriptibles. Sin embargo, actualmente, la tendencia es a la uniformización las primeras con las segundas, hacia la incaducibilidad de ambas.

Sea cual fuera el tiempo, así como puedo reclamar puedo, también, desconocer una filiación. A todas las acciones de estado filial se les debe aplicar la nueva tendencia en el Derecho comparado y jurisprudencial en la que el plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del hijo como es el derecho a la filiación y el derecho de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

De forma que las acciones de estado filial, todas, son incaducibles. No obstante el Código sigue considerando plazos límites para la acción, como veremos en el siguiente punto.

15.1. Prescriptibilidades legales de las acciones de estado filial

El Código Civil plantea seis casos en los que las acciones de filiación son caducibles o, como prefiere indicarlo, prescriptibles:

RECLAMACIÓN	IMPUGNACIÓN			NEGACIÓN	
Filiación Matrimonial (arts. 373 y 374)	**Paternidad matrimonial (art. 364)**	**Maternidad matrimonial (art. 372)**	**Adopción (art. 385)**	**Reconocimiento por el padre o la madre (art. 400)**	**Reconocimiento por el hijo (art. 401)**
Para el hijo es imprescriptible La acción pasa a los herederos del hijo: - Si murió antes de cumplir 23 años sin haber demandado. - Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado. - Si el hijo dejó iniciado el juicio. En los dos primeros incisos, los herederos tendrán 2 años para interponer la acción.	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.	La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. (…)	El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. (…)	El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.	El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.
2 años	**90 días**		**1 año**	**90 días**	**1 año**

Los tiempos para accionar varían.

Tratándose de desconocimiento. Es de 90 días aplicados a los padres o 1 año aplicado a los hijos, según sea el caso.

Tratándose de reclamación de la filiación matrimonial. De ser accionado por los herederos estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en incapaz y muera en el mismo estado antes de dicha edad. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en estos casos los herederos tendrán 2 años para accionar.

15.2. Filiación, acción y transcurso del tiempo en el Derecho comparado

Conforme a lo sostenido, los plazos para accionar han quedado sin efecto revirtiéndose a una situación de incaducibilidad. Brasil es el mejor ejemplo para sustentar el ocaso de la caducidad en las acciones de filiación (art. 1601, del CC). Pero esto no es en unánime, los criterios en el Derecho comparado son variados

en cuanto a los efectos el transcurso del tiempo en la acción de estado filial, pudiendo identificar cuatro modelos:

a) *Directos en cuanto a la caducidad*.- Los que establecen la caducidad que, valgan verdades, son la mayoría (Chile).

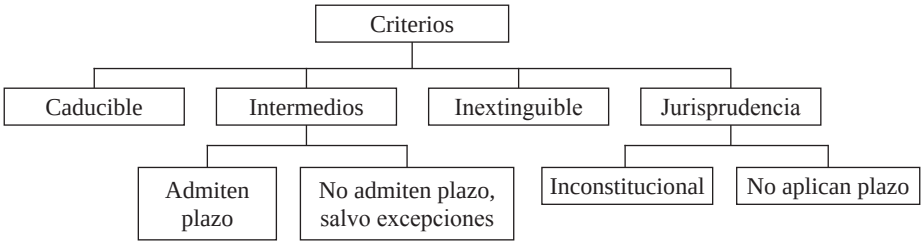
b) *Directos en cuanto a la inextinguibilidad*.- Los que no contemplan un plazo, declarando inextinguible, incaducible, la acción (Brasil).

c) *Intermedios*.- Admiten la caducidad solo en ciertos casos.

- Los que admiten el plazo desde que se tiene conocimiento directo de la no paternidad (Código de familia de Cataluña - 1998 artículo 106, 1, el marido puede ejercer la acción en el plazo de dos años desde la fecha que tenga conocimiento o del descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación).
- Los que no admiten plazo salvo alguna excepción (Código de familia de Costa Rica - 1973, artículo 73, la acción puede intentarse en cualquier tiempo, salvo que el hijo estuviere en posesión constante de estado de hijo siendo el plazo de caducidad de un año).

d) *Regulados por la jurisprudencia*.- Las decisiones judiciales marcan la pauta.

- Los que declararon inconstitucional las normas de limitación del plazo para accionar por el máximo Tribunal modificando el criterio del Código Civil (España).
- Los que no aplican el plazo por considerarlo inconstitucional resolviéndose cada caso en concreto (Argentina).



15.3. De las acciones prescriptibles a su incaducibilidad

15.3.1. Reclamación filiación matrimonial (arts. 373 y 374)

Respecto del hijo la acción es imprescriptible. Este la reclama cuando así lo desee sin que el decurso del tiempo afecte su legitimidad.

De ser acción incoada por los herederos estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en incapaz y muera en el mismo estado antes de dicha edad. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en estos casos los herederos tendrán 2 años para accionar.

Si el hijo muere después de cumplido los 23 años y siendo capaz, nadie podrá intentar la acción presumiéndose, *jure et de jure*, que su silencio significó una renuncia tácita de su derecho, no intentado la acción pues estaba convencido que no era hijo matrimonial de los posibles demandados(792).

La pregunta es ¿por qué 23 años?, la verdad no hay base doctrinaria al respecto el antecedente que tenemos es que el Código del 36 y el del 52 establecían la edad de 25 años (arts. 310 y 228, respectivamente).

15.3.2. Impugnación de la paternidad matrimonial (art. 364)

La decimonónica regulación legal de la determinación y establecimiento de la filiación estuvo basada en un sistema presuncional en el que la certeza de los vínculos parentales fue objetada. El matrimonio justificó que el marido sea padre de la prole de su compañera legal, correspondiéndole en exclusividad negar su estado de ascendiente. Los vínculos familiares, y en especial los filiales, gozaron continuamente de una protección exclusiva es por ello que, en consonancia con los principios de integridad familiar (no dejar en suspenso el aspecto patrilineal *in illo tempore*) y del *favor filii* (no es bueno un niño sin padre) se fijó un plazo a fin de que el padre accione la negación de la paternidad del hijo parido por su mujer, criterio que se tomó y aplicó para las demás acciones de impugnación y negación del estado filial.

Son 90 los días que fija la ley peruana para la acción. Con el mismo planteamiento del Código de 1852 (art. 223) y del 1936 (art. 302), que se ampararon en el Digesto (Lib. XXV, Tit. III, Ley 1, §14)(793), el artículo 364 Código Civil establece un plazo de caducidad cuyo cómputo se inicia desde el día siguiente: 1) Al parto, si estuvo presente en el lugar o, 2) A su regreso, si estuvo ausente. Presente, ausente, términos con hondo contenido subjetivo. Diríamos: *Presente* (en la casa, en la clínica, en el distrito), básicamente se relaciona con la capacidad de respuesta para constituirse al lugar de los hechos (regreso inmediato). *Ausente*, imposibilidad de regresar por lejanía (regreso mediato).

Independiente del derecho de pernada y del *ius prima noctis*, el fundamento es que existiendo matrimonio, fidelidad de por medio, corresponde al marido estar al tanto de lo acontecido sexual y biológicamente por su mujer, situación

(792) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., pp. 45 y 46.
(793) Como afirma APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Ob. cit., p. 282.

para nada fidedigna. Estos supuestos, creados con antelación al cinturón de castidad (Edad Media) se basan en la ausencia física del marido que era común antiguamente en épocas de campañas, conquistas, guerras y viajes prolongados (en fin), llevando al hombre prácticamente a abandonar a su mujer por largos periodos que sumaban meses y hasta años. La ilegitimidad por el ausentismo del marido no pudo seguir siendo desconocida. Entonces, había que proteger el regreso del hombre y su reinserción a la familia que había quedado en manos de la mujer con los instrumentos legales convenientes en caso encontrarse con descendencia que no le perteneciese, todo ello sin poner en peligro la estabilidad familiar frente a sus excesos o indecisiones. La teoría y la ley fueron construidas de esa forma. Siguiendo la doctrina clásica, el plazo para impugnar la paternidad matrimonial estaba dirigido a proteger los intereses de la prole, la intangilibidad de la paz doméstica(794), que la paternidad no sea incierta en el tiempo así como el envilecimiento de la prueba(795), lo que generó una suerte de indisolubilidad de filiación a símili del matrimonio(796), sumándose el rango imperativo de la norma insuflada por el interés del menor de contar con una filiación carente de contingencia alguna.

La presencia sitial del marido es lo que fija el cómputo del plazo. Situación bastante absurda para nuestros días si tomamos en cuenta el progreso de los medios de comunicación, del transporte y, sobre todo, por la veracidad filial a través de la prueba genética. Frente a esta coyuntura Espinoza Espinoza plantea una interrogante y se aproximada a una respuesta "¿por qué el plazo de caducidad de la pretensión contestatoria está en función de la 'presencia' del marido? Simple y llanamente, debido a que de esa manera se encuentra en una posibilidad objetiva de constatar si, efectivamente, es (o no) el padre. Entonces, forzosamente se tendrá que llegar a la conclusión de que el inicio del plazo no debe entenderse solamente a partir de la presencia física del marido, sino desde que se configura una situación en la que objetivamente se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica"(797). Este último planteamiento compenetrado con la verdad biológica es lo que apoya nuestra tesis como iremos sustentando.

Toda acción de estado filial debe sustentarse en una realidad, no a una eventualidad, considerando como esencial la verdad genésica. Esta es la tendencia contemporánea que sigue el Derecho comparado. Un primer aproximamiento se dio con el Código Civil alemán que, mucho más renovado en su momento, estableció una fórmula abierta: el plazo de 2 años para accionar la impugnación comienza a contarse "desde que el impugnante tenga conocimiento de las circunstancias contrarias

(794) FRANÇA R., Limongi. *Instituções de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paolo, 1999, p. 268.
(795) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*, Ob. cit., p. 113.
(796) POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 5ª edic. (renovada), Ed. Laterza, marzo Roma, 2003, p. 200.
(797) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". Ob. cit., pp. 94 y 95.

a la paternidad" BGB (art. 1600b), posición seguida por el Código portugués (art. 1842, 1, a). Para nada toman en cuenta la ausencia, alejamiento, ni falta de presencia del consorte, tan común en aquellos lejanos tiempos, como indicáramos.

15.3.2.1. Incaducibilidad

Como explicita Nery y De Andrade en el sistema brasilero la acción de investigación de paternidad es perpetua(798), *imprescritível*(799) e *incaducável*, según propias palabras en un mail aclarativo, lo que determinó el hecho que el Supremo Tribunal Federal do Brasil emita una Súmula (resumen de sentencias repetidas sobre una misma materia) respecto al tema puntualizándolo de la forma siguiente:

Súmula N. 149: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança"(800)**.**

Precisamente, con el nuevo Código Civil brasilero se suprime el plazo decadencial para el ejercicio de la acción para contestar la paternidad(801), independientemente que el padre esté presente en la casa donde se produjo el nacimiento, esté ausente o no se le haya ocultado el nacimiento(802), lo que se presenta como una verdadera novedad en el Derecho comparado sudamericano. En efecto, el artículo 1601 consagra: "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação".

De este modo, se desploman los vetustos presupuestos del derecho brasilero anterior arraigados en principios sociales y culturales totalmente superados por la biociencia de manera que en cualquier momento el marido puede impugnar la paternidad del hijo parido por su mujer bajo el sustento que "la verdad de la paternidad genética no puede estar subordinada a un plazo", a decir de Venosa(803).

El tema, si bien es una novedad en el nuevo Código Civil brasilero, en otrora fue expuesto por el tratadista Pontes de Miranda quien había avizorado, de alguna

(798) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código civil comentado*. 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 20/05/2006, Ed. Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006, p. 310.

(799) "A paternidade seria, assim –em má hora lembrando a fórmula stammleriana– uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico jus variandi" Vide NICOLAU JUNIOR, Mauro. "Investigação de paternidade procedente –coisa juzgada material– prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade - exame de dna negativo. Qual prevalece?". En: *Rivista de Direito privado*. Nº 8, outubro-dezembro 2001, p. 267.

(800) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. Ob. cit., p. 1081.

(801) DINIZ, Maria Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p.383.

(802) Con similar referencia Cfr. RIZZARDO, Arnaldo. *Directo de familia*. Ob. cit., p. 430.

(803) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Ob. cit., p. 263.

manera, la posibilidad de que la acción de filiación no prescribiera ni precluyera en tiempo alguno(804). Es más, Lucía Teixeira Ferreira(805) nos dice que la imprescriptibilidad se encontraba prevista, desde 1990, en el *Estatuto da crianza e do adolescente* (art. 27)(806), y que su tratamiento expreso en el actual Código destaca y enfatiza el razonamiento asumido por el 4º Turno del Tribunal Superior de Justicia que, a partir de la década de 1990, se apartó diametralmente del plazo caducible del inciso 3(807) del artículo 178 del Código Civil de 1916. Basándose en este criterio de la verdad biológica Nelson Nery(808) cita, oportunamente, que cuando el examen hematológico excluye expresamente la paternidad, tal hecho constituye una realidad intransponible para superar la presunción legal de paternidad. A ello le sumamos la postura cada vez más arraigada acerca de la improcedencia de la cosa juzgada en los procesos de filiación hasta la actuación de la prueba genética(809).

En esta línea José Roberto Moreira Filho(810) menciona que la imprescritibilidad de las acciones de estado filial son reconocidas de forma macisa por la mayoría de la doctrina y, principalmente, por la jurisprudencia brasilera (Como ejemplo los considera Resp. 765479, Resp. 681837, Resp. 485511, todos del Tribunal Superior de Justicia)(811). Respecto del citado autor, Moreira Filho, resulta interesante atender a su posición personal sobre este tema. Se sustenta en el hecho de que la filiación descansa en tres pilares básicos: biológico, jurídico y socioafetivo(812) (relacionamiento integral). En este sentido, fundamenta que

(804) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Ob. cit., p. 79.

(805) TEXEIRA FERREIRA, Lúcia Maria. *In Novo Código Civil: Do Direito de Familia* (Coord.: Heleiosa Maria Daltro Leite), pp. 203-205. Cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. Ob. cit., p. 330.

(806) "Artículo 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça".

(807) "Artículo 178. Prescreve: ... § 3o Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 344)", Código Civil brasilero de 1916.

(808) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. Ob. cit., p. 898.

(809) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Ob. cit., pp. 168 y 169.

Además de posiciones jurisprudenciales interesantes en ese sentido: "Diferentemente seria a minha conclusão se, em vez da evidente malícia no comportamento da parte, ficasse claro que a paternidade, embora reconhecida na sentença, não correspondia à realidade, isso demonstrado em exame com grau absoluto de incerteza. A regra da coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa –nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade– que o registro seja a negação da realidade". Criterio del Ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar en Resp. Nº 196.966-DF, seguido luego por Eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira en Recurso Especial Nº 226.436-PR. Cit. por BENTO DA SILVA, Wesley Ricardo. *A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade*. En: http://jus.uol.com.br (Elaborado 12/2004).

(810) Comunicación personal via mail (6/10/2006), Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/MG, Profesor de Direito de Família e Sucessões da PUC/Minas, Brasil.

(811) Vide <www.stj.gov.br> (oct. 2006).

(812) MOREIRA FILHO, José Roberto. "Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito". En: <www.jus.com.br> (oct. 2006).

las acciones de investigación y negatorias de paternidad y maternidad solo podrían ser ejercidas cuando resulte evidente que el actor desconoce su ascendencia, descendencia o niega su calidad parental; entonces, al no formarse el vínculo socioafectivo la decisión judicial que falle el aspecto parental debe representar siempre *el mejor interés para las partes*. Véase que la visión del profesor mineiro no es absolutista, simplemente justifica el ejercicio de la acción de desplazamiento cuando el vínculo paterno filial carezca del relacionamiento integral.

Y es lógico, sino respóndanse ustedes:

¿Por qué la ley debe hacer prevalecer una relación jurídica cuyo sustento real es la sangre y el sentimiento?

¿Qué hacer si no hay el afecto?

Será que lo biológico y lo afectivo están ganando terreno a la ley.

15.3.2.2. Estado actual de la cuestión

La aplicación del artículo 364 de la norma nacional protege la integridad familiar y preserva la paternidad del hijo matrimonial, no obstante ello viola los derechos del padre imponiéndole un estado parental que no le corresponde, además veta de manera plena la posibilidad de una filiación verdadera del menor, afectando derechos sustanciales como es el derecho a la filiación real y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos amparados en la ley. No es la idea mantener vínculos vacíos de afecto y ejercicio, ello conduciría a consolidar una ficción que no se corresponde con el espíritu de la ley(813). Afirmar lo contrario es una hipocresía. Aparte, es hora de empezar con la observancia del principio de transparencia en la determinación de la filiación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica(814).

15.3.2.3. Posición jurisprudencial comparada

El primer paso dado para declarar inextinguible de las acciones de filiación fue dado por la jurisprudencia. No fue travesía sencilla, por el contrario se caracterizó por una serie de (in)decisiones que fueron transcurriendo de norte a sur, de lo formal, a lo biológico y a lo social, como los caracteres que construyen los nexos de parentesco. Partiendo de uno, llegando a otro, retrocediendo en algunos casos se fue fijando una nueva tendencia en el desconocimiento del estado filiatorio. Fíjense.

(813) KRASNOW, Adriana N. "La presunción legal de la paternidad matrimonial". En: *La Ley*, 25/09/2005, además en: <www.mpd.gov.ar> (octubre 2006). La autora trata en especial la improcedencia del plazo de caducidad en aquellos casos del cese de la presunción legal de la paternidad matrimonial pero que muchos de sus criterios asumimos.

(814) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. "El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación". Ob. cit.

- Uno de los primeros pasos: San Francisco (Córdoba) - Argentina

Ante un Juzgado de San Francisco (Córdoba) el marido de la madre del menor interpone acción de impugnación de la paternidad matrimonial. La parte demandada, litisconsorcio pasivo de la madre y el menor, dedujo excepción de prescripción. El actor planteo la inconstitucionalidad de los párrafos 2 y 3 del artículo 259(815) del Código Civil. El juez de primera instancia en diciembre de 2001 hizo lugar a la demanda, rechazó la excepción de prescripción interpuesta y declaró la inconstitucionalidad de la norma impugnada(816).

- Decisión más clara y determinante: España

El Tribunal Supremo de España, el 13 de junio de 2002, declaró la inconstitucionalidad del artículo 137(817) del Código Civil que establece el plazo tenía el hijo para impugnar su paternidad. Asimismo, el 3 de diciembre de 2002 decretó que no cabe considerar caducada la acción de impugnación de paternidad (art. 136(818) del Código Civil) sustentándose que la imputable demora o dejación del actor para iniciar la impugnatoria (9 años después del nacimiento) no dependía directamente del padre quien se entera de la carencia filial con los hijos de su mujer luego de la sentencia de separación matrimonial(819).

- Siguiendo la línea trazada: Córdoba - Argentina

En un caso resuelto en el 2002 en Argentina por la Cámara de Familia de Córdoba(820) se promueve acción de impugnación de la paternidad matrimonial a

(815) "**Artículo 259.-** La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por periodoe, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido".

(816) Vide <www.mpd.gov.ar> (oct. 2006). Cit. Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de 3ª Nominación de San Francisco, 11/12/2001.

(817) "**Artículo 137.-** La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos".

(818) "**Artículo 136.-** El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento".

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero".

(819) Esta sentencia toma como base dos resoluciones judiciales anteriores la STS del 30/1/1993 y la STS 23/3/2001.

(820) Cámara de Familia, 1ª Nominación, Córdoba (Argentina), 23/10/2002. En: *La Ley*. 2003-C, p.299.

pesar de haberse producido la caducidad prevista en el artículo 259 del Código Civil argentino, planteándose la inconstitucionalidad de dicha norma. En los hechos el accionante alega que contrajo matrimonio con la codemandada el 22 de setiembre de 1978 y el 28 de agosto de 1982 nace su hijo. El 20 de junio de 1989 se disuelve el matrimonio por divorcio. Ante la duda de la filiación se somete a la prueba biológica que lo excluye como padre. La codemandada niega el resultado afirmando que la acción está prescrita y que respecto del niño ha existido posesión de estado al mismo tiempo que la investigación extrajudicial de paternidad carece de valor científico. El actor discute la constitucionalidad del artículo 259 cit., refiriéndose a la limitación temporal; sobre el particular considera que se vulneran su: 1) derecho de defensa; 2) el principio de igualdad ante la ley; 3) los derechos patrimoniales que se derivan de la filiación como son los alimentos, los derechos sucesorales y la asunción de responsabilidad frente a los actos de los hijos; 4) el derecho de identidad del presunto hijo y, 5) el estado civil que involucra al orden público. La madre manifiesta que no corresponde la declaración de inconstitucionalidad por tratarse de una norma de orden público y que se afecta la identidad del hijo que es construida –hasta el presente– en función de su emplazamiento filial. ¿Cómo se resuelve? Ahí viene lo interesante (...) la Cámara de Familia hizo lugar a la demanda, declarando la inconstitucionalidad de la norma impugnada y, también, hizo lugar a la pretensión del hijo de continuar con el uso del apellido.

A grosso modo, la Cámara fundamenta la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil argentino al contradecir normas constitucionales y Tratados Internacionales impidiendo al padre accionante el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, lo que es arbitrario e importa una restricción al derecho al acceso a la justicia. El ejercicio de las facultades reconocidas por el derecho de familia suponen el respeto a la libertad que, no siendo absoluto, admite límites genuinos. Además, el plazo impuesto impide sin fundamento el ejercicio de los derechos por lo que no resulta razonable reconocer al marido y presunto padre la potestad de indagar solo por un término y negársela una vez transcurrido si la necesidad de conocer la verdad aparece con posterioridad a su conocimiento. Se viola el principio de igualdad pues tal restricción de accionar en un plazo determinado no la tiene el hijo, solo es impuesta al padre. Las pruebas biológicas demuestran con alto grado de certeza la verdadera filiación por naturaleza que representa el sentir de la comunidad y advierte como repugnante a la justicia mantener en la familia –por disposiciones ajenas– a sujetos involucrados por una falsedad evidente de una filiación. Subyace en este razonamiento con carácter prístino la calidad de padre versus la de progenitor dándosele mayor relevancia a este último. De esta manera, la Cámara considera que la norma cuestionada por inconstitucional no puede ser sustentada con argumentos como la protección de la unidad familiar, la paz doméstica o el valor institucional de la familia legítima si se advierte que se trata de verificar si las relaciones se asientan en vínculos

de *sangre reales* al presentarse el problema entre quienes se encuentran ligados por *vínculos jurídicos*[821].

Compartimos la posición de Ferreira de la Rúa[822] sustentando que la Cámara efectúa un interesante análisis sobre el derecho la identidad que es planteado desde ángulos subjetivos diversos y resuelto en forma original con sólidos fundamentos jurídicos que entroncan las reglas de equidad; también nos sumamos al profesor cordobés Tavip[823] en el sentido que el plazo de caducidad, tal como se analiza en la sentencia, es claramente arbitrario y contrario a las disposiciones constitucionales por lo que se hace bien en fallar tomándose como raíz del tema el derecho a la identidad como esencial de la persona.

No obstante, las posturas a favor y las argumentaciones en pro de la defensa de la realidad biológica sustentadas en el fallo cordobés no han calado del todo, los criterios son variados. Ejemplo de una posición en contra es el aporte de Krasnow quien sostiene respecto del fallo que "liberar de un plazo de caducidad a todas las acciones de filiación, puede afectar uno de los fines del derecho: la seguridad jurídica (…) abrir las puertas al planteo de una acción de filiación en todo tiempo, conduciría en muchos casos, a poner en riesgo el interés superior del niño frente a la inestabilidad de su emplazamiento filial (…)"[824]. En todo caso la autora argentina plantea como posible solución la ampliación de los plazos de caducidad en todas las acciones de filiación. Lo encantador de este criterio es que si bien la autora muestra su desacuerdo es conciente que la prueba de la realidad biológica merece un replanteo del criterio presuncional y de la estructura de la filiación.

- Nuevamente al origen: España (sustentado posiciones)

Para precisar aún más este enfoque jurisprudencial en pro de la incaducibilidad del plazo para accionar la impugnación de la paternidad matrimonial regresamos a España y comprobamos que el Tribunal Constitucional mediante STC 138/2005[825], siguiendo la tendencia anteriormente citada, declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil.

---

(821) Vide FERREIRA DE LA RÚA, Angelina. "Un fallo que declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad". Ob. cit., pp. 299 a 307.

(822) Ibídem.

(823) TAVIP, Gabriel Eugenio. "Acción de impugnación de la paternidad matrimonial, plazo de caducidad y planteo de inconstitucionalidad". En: *Revista Semanario Jurídico de Córdoba*. Nº 1.393, 26 de diciembre de 2002.

(824) KRASNOW, Adriana N. "La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional". Ob. cit., p. 837.

(825) **España, STC 138/2005, del 26 de mayo de 2005, Inconstitucionalidad del artículo 136, párrafo 1 del Código Civil (caducidad en la impugnación paternidad matrimonial).**

Con la misma posición la STC. 156/2005, de 9 de junio de 2005, ha declarado inconstitucional el párrafo primero del mismo artículo por las mismas razones que la STC 138/2005, de 26/05/2005 (BOE Su-

En este norte declara que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del artículo 136 del Código español descansa sobre presupuestos distintos que las acciones de impugnación contempladas en los artículos 138(826) y 141(827) del Código Civil, lo que justifica que el legislador haya establecido un diferente *dies a quo* para el cómputo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad, tomando en cuenta las distintas formas de determinación de la filiación. Además, el artículo 136 cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo cuando transcurrió un año desde la inscripción registral de la filiación sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 Constitución española) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. Y es que si bien la imposición al marido de una paternidad legal que responda a la realidad biológica no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 Código Civil), que siendo inicialmente iuris tantum (ATC 276/1996, del 2 de octubre, f.j. 4) sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*. Esto resulta incompatible con la norma constitucional española de facilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) en su dimensión de acceso a la jurisdicción.

- Revitalizando criterios: Mar del Plata - Argentina

El Tribunal de Familia de Mar del Plata, en marzo 2005, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la Asesora de Incapaces contra la Resolución por considerar que el plazo previsto por el artículo 259 del Código Civil debe computarse a partir de que el actor tomó conocimiento de la realidad biológica del niño, de forma que rechazó el planteo de caducidad opuesto por la madre ante la acción de impugnación de paternidad promovida por su cónyuge(828).

- Posición clara y determinante: Buenos Aires - Argentina

---

plemento Tribunal Constitucional núm. 162, de 08/07/2005, pp. 122-126). La sentencia resuelve de este modo la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4203/2003, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Gandía, por supuesta inconstitucionalidad del primer párrafo de este artículo, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por posible contradicción con el artículo 24.1 CE. El TC había admitido a trámite esta cuestión de inconstitucionalidad mediante providencia del 16 de setiembre de 2003 (BOE núm. 235, de 01/10/2003, p. 35636).

(826) "**Artículo 138.-** Los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atendrá a las normas contenidas en esta sección".

(827) "**Artículo141.-** La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquel, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año".

(828) Vide <www.mpd.gov.ar> (oct. 2006). Cit. Tribunal de Menores Nº 1 de Mar del Plata, 21/03/2005.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires), en mayo de 2005, falló que aun cuando haya transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 259 del Código Civil no corresponde rechazar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial incoada por el padre legal del menor, si en el marco de dicha acción se realizó un estudio de ADN del cual surge que aquel no es hijo del actor. Dejar en manos de la Defensoría de Menores e Incapaces la promoción de un nuevo proceso de impugnación sobre la base de la prueba presentada en el anterior, no solo atenta contra el derecho a la identidad y el superior interés del niño, sino también contra los principios de celeridad y economía procesal(829).

15.3.2.4. Criterios jurisprudenciales nacionales

Algunas decisiones judiciales en nuestro medio se orientan a favor del carácter inextinguible de la acción de negación de paternidad.

Por ejemplo:

> "Que, encontrándose en discusión la filiación biológica del niño, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide y la justicia resuelva la incertidumbre generada a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura, máxime si existe el imperativo que en toda decisión que adopte el Estado peruano, particularmente el órgano jurisdiccional se debe tomar en consideración el interés Superior del Niño (...) por lo que en presente proceso deben agotarse las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios (...), debiendo disponer la juez de la causa en el estadio correspondiente se ordene se practique la prueba de ADN respectiva (...) declararon NULA la resolución ... mediante la cual se declara improcedente la demanda propuesta por don XXX contra doña YYY sobre Contestación de Paternidad, en razón de que ha caducado el derecho del recurrente en amparo de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil; ORDENARON a la Juez de la causa renovar al acto procesal correspondiente (...)"(830).

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema la que decreta:

> "NOVENO: Que, en el caso concreto al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio contestado por quien aduce no tener la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que APROBARON la resolución consultada de fojas ciento cincuenta su fecha tres de diciembre

(829) Vide <www.mpd.gov.ar> (oct. 2006). Cit. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 03/05/2005.
(830) Corte Superior de Justicia de Lima Sala Especializada de Familia, Exp. Nº 3041-2004-Lima. Contestación de Paternidad.

> del dos mil cuatro, que en el caso de autos deja de aplicar el artículo 364 del Código Civil al preferir la norma constitucional contenida en el artículo 2, inciso 1 de la Carta Magna (...)"[831].

Asimismo:

No es de aplicación lo dispuesto en el art. 364 del Código Civil por cuanto una aplicación extensiva importa la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho de filiación el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad[832].

Otra:

Se aplica la caducidad contemplada en el artículo 364 de la norma sustantiva, por tanto improcedente la acción contestatoria, sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pudiendo determinar la filiación del menor a través de la prueba de ADN[833].

Los argumentos que orientan esta decisión judicial, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, son clarísimos y van en nuestra dirección, pudiendo ser perfectamente aplicados a todas las acciones de estado filial establecidas en el Código Civil peruano en los que se establece un plazo de caducidad para accionar[834].

El problema es que no hay unanimidad de criterios en los casos judiciales. Esta posición, al no ser secundadas por otras instancias, en lugar de uniformidad logró deformidad de criterios en la materia en litis. Debe reconocerse que el asunto al tratarse de intereses personales, familiares y de contenido social merece una especial discusión siendo la doctrina y la jurisprudencia la encargada de orientarnos, fijando y afinando el criterio final, sea a favor como sustentamos en el presente ensayo o, según el caso, en contra[835].

---

(831) Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta Nº 149-2005-Lima (14/02/2005).

(832) Resolución Nº 1307-A del 30/12/2004, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Especializada de Familia

(833) Cas. Nº 2274-2004-Lima.

(834) Mayor referencia Vide VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: "Plazo para negar el reconocimiento". En: *Código civil comentado*. Ob. cit., p. 400.

(835) Debe reconocerse que en la jurisprudencia comparada existe un criterio en contra como es el caso del fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén en junio de 2006 que falla declarando que Corresponde rechazar la impugnación de paternidad en tanto el actor dejó transcurrir largamente el plazo señalado por el artículo 259 del Código Civil, no obstante que el mismo señala haber tenido dudas en todo momento respecto a su paternidad pues, dicho plazo de caducidad no es un capricho legislativo, dado que la conformación del orden familiar requiere cierta estabilidad en las diversas formas de emplazamiento de sus integrantes, por lo que dejar liberada indefinidamente la posibilidad de que el padre cuestione su carácter de tal, sin limitaciones temporales, lesionaría claramente tal estabilidad (del voto

15.3.2.5. Una simple reflexión final

La ley civil peruana en el artículo 364 del Código Civil establece un plazo breve para impugnar la paternidad en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables, artículo 1 del CC) que es utilizada vía excepción(836). Resulta recomendable modificar el sistema proponiendo que todas las acciones de estado civil sean *incaducibles* sincerando el sistema, tal como se hizo en la propuesta integral de Reforma al Libro de Familia(837) que en su artículo 240 señaló que: "Las acciones de estado de familia son imprescriptibles e irrenunciables, la ley regula expresamente los casos de extinción de las mismas vía caducidad".

Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio y al interés del menor que es aquello en que se asienta el plazo de caducidad de la acción negatoria de paternidad, no es menos cierto que las relaciones personales y familiares han evolucionado. Los problemas de paternidad deben ser resueltos en forma objetiva. Deliberar acerca del interés del menor y su identidad no es del todo concluyente, dado que tenemos al frente los derechos del padre a saberse y reconocerse como tal en mérito al *nexum sanguinis*. La solución a cada uno de los casos que se presenten debe ser acorde con su esencia; bien cita Espinoza que una solución salomónica puede ser amparar las pretensiones contestatorias de paternidad manteniéndose los apellidos de los menores implicados(838). Innegable verdad. Además de todo es esta la solución que avecinó la jurisprudencia cordobesa, desde el 2002, de forma que la identidad ganada, la historia vital y el proyecto de vida del hijo no pude afectarse con el desplazamiento de su filiación(839).

Con las presunciones y su improbanza no había mayor problema –quedaba la duda– pero qué sucede si el examen genético descarta la paternidad del cónyuge y, a mayor desconsuelo del marido cornudo el plazo caducó, se le pasó. ¿Cómo podrá vivir ese hombre a quien la infidelidad y hasta la propia ley le jugaron una mala pasada? El Código Civil peruano fue y sigue siendo pensado sobre premisas desfasadas; niega la realidad en que vivimos. Se tropieza día a día con relaciones y

---

en disidencia del doctor Videla Sánchez). Vide "Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén". Sala I, 06/06/2006, Publicado en: *La Ley Patagonia*. 2006 (agosto), p. 474.

(836) Si extemporáneamente se propone la excepción de prescripción alegándose el artículo 364 del Código Civil, que prevé que la acción para negar hijos matrimoniales prescribe a los 90 días del parto y dado que las excepciones se proponen conjuntamente, y en el plazo previsto para cada vía procedimental, habiendo precluido la oportunidad para invocarlas deben ser declaradas infundadas. Casación Nº 488-2005-Cuzco. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Publicada, DOEP., 31/07/2006.

(837) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 351 y ss.

(838) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol.10, Nª 74, Lima, noviembre de 2004, pp. 94 y 95.

(839) "La falta de norma legal expresa que autorice la conservación del apellido aun después de demostrada la falta de filiación paterna no es obstáculo para su procedencia, pues se satisface el mandato constitucional de respetar los derechos fundamentales y se asientan en causas válidas que, por otra parte, no ocasionan perjuicio al progenitor demandado". Cámara de Familia, 1° Nominación, Córdoba (Argentina), 23/10/2002.

conductas modernas que jamás imaginó; rehúsa reconocer una modificación o dar cabida a aguas más movidas que serán de paz a futuro (no solo en este caso). Para eso están los jueces, al menos esa es la idea, para que analicen los casos, piensen, y hagan justicia no para uno (o unos) sino para todos. No habrá ley perfecta, jamás, no la esperen.

De qué vale un plazo que para nada reafirmará los lazos familiares si la filiación está en disputa justamente por haber extraviado uno de sus tres elementos (legal, biológico o social). Un término para accionar, cuando existe la forma de demostrar el *nexum filii* implica graves límites a derechos como el acceso a la justicia, la defensa, la igualdad, la identidad aparte de comprometer derechos patrimoniales y de propiedad generados como consecuencia del establecimiento del parentesco.

15.3.2.6. Impugnación de la maternidad matrimonial (art. 372)

La acción, según el artículo 372, se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude, es decir, el parto supuesto o la suplantación del hijo.

Los herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si la madre lo dejó iniciado.

Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero, artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

15.3.3. Impugnación de la adopción (art. 385)

El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. El plazo es de 1 o 2 años que se computará desde que adquiere su mayoría de edad o cese de su incapacidad.

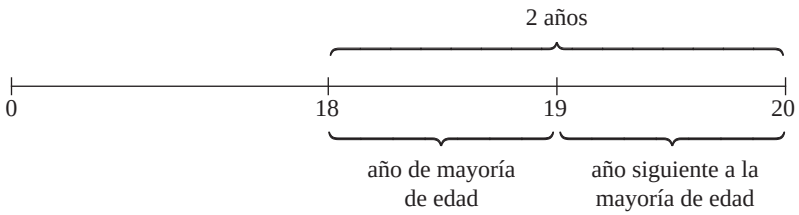
No es este un verdadero caso de revocación, es decir, uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad; en este caso no está revocando su voluntad sino manifestando, ahora, la que realmente tiene(840). Su carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible

(840) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 80.

de revocación y de anulación –actos y sanciones– que son impensables en la filiación biológica(841).

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se compute dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:



El Código de familia boliviano establece que la impugnación de la adopción puede realizarse dentro de los dos años siguientes a su mayoridad o cese de incapacidad.

Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

15.3.4. Negación del reconocimiento por padre o la madre (art. 400)

El Código Civil de 1852 establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido sin un plazo de caducidad (art. 240). A diferencia de ello el Código del 36 consagró un plazo para poder accionar de tres meses (art. 364), 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. Con base en un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares la ley determina un plazo para su ejercicio, conforme lo ampara y trata la doctrina.

(841) MEDINA, Graciela. *La adopción*. T. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 12.

El padre o la madre que no interviene en el reconocimiento, los descendientes y quienes tengan interés legítimo gozarán de un plazo de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto para negar el reconocimiento.

Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Es así que dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarle(842) al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado.

Si bien la ley ha establecido en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables) un plazo breve para impugnar el reconocimiento, la propuesta de modificación del Código Civil ha considerado modificar este artículo proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible(843). Esta propuesta ha sido considerada con base en el Derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo considera la imprescriptibilidad de la impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado, Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida que las acciones de estado de filiación, sea de reclamación como de impugnación, son imprescriptibles más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.

El sustento es que el plazo considerado en el artículo subanálisis genera una posición jurisprudencial que ha determinado la inaplicación del artículo 400 del Código Civil que se inserta propiamente en un sistema cerrado de paternidad sustentado en presunciones, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, cual es el conocimiento de la relación biológica de la filiación. La aplicación del artículo 400 implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

15.3.4.1. Criterios jurisprudenciales nacionales

La Sala Especializada de Familia(844) consideró que con base en el interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios

(842) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 126.
(843) ARIAS-SCHREIBER PEZET. Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis*. Ob. cit., p. 111.
(844) Exp. Nº 860-2002-Lima, Impugnación de reconocimiento paternidad.

probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez se practique la prueba de ADN, por lo que se **declara nulo** el auto que falla improcedencia de la demanda.

Esta Resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema[845] con la finalidad que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del artículo 400 –por preferirse la norma constitucional, artículo 2, inciso 1–, era correcto, fallando la instancia suprema con la **aprobación** del auto en mención que declara inaplicable al caso el artículo 400, sin afectar su vigencia.

15.3.4.2. Criterios jurisprudenciales en el Derecho comparado

En España se presentó demanda de nulidad del reconocimiento de una menor y la cancelación en el Registro Civil del apellido paterno manifestándose que no era el padre biológico, lo cual fue plenamente determinado y de lo que recién se dio cuenta por declaración de su mujer en el previo proceso seguido de separación matrimonial. En primera instancia se declaró fundada la demanda, porque "no se pretende despojar al reconocido de un *status filii* por una mutación de los deseos del reconocedor. Se trata, en puridad, de desvelar la inexistencia de un requisito objetivo (el de la paternidad) que debe concurrir al reconocimiento, en la medida en que este afirmaba una realidad biológicamente inexistente". Siendo revocada en segunda, porque el demandante no puede "desdecirse de lo que de forma tan solemne y libre manifestó en su día ante el Encargado del Registro Civil, obligándose a las consecuencias de comportarse como padre de la reconocida aceptando ser tenido como tal aun sabiendo que biológicamente no lo era". Presentado el recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, mediante sentencia Nº 12-06-2004, falló ha lugar el recurso de casación considerando que debe primar la verdad biológica sobre la formal, toda vez que la realidad sería "clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y solo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aún más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución" y, en atención a ello, confirma la sentencia de primera instancia. STC del 12/06/2004: Impugnación de filiación paterna, reconocimiento de hijo contra la realidad biológica[846].

En Brasil de acuerdo al Código Civil de 1916 "(...) prescreve em quatro anos a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar (art. 178, § 9o, VI); o filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, dentro nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou emancipação (art. 362). Contudo, afirmou o Superior Tribunal de Justiça a imprescritibilidade

(845) Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta Nº 2858-2002-Lima.
(846) <www.laley.net> (05/11/2004).

das pretensões à declaração da paternidade e à anulação do registro de nascimento falso. A autora, no caso, era filha de mãe solteira. Três meses após seu nascimento, Afonso reconheceu a paternidade. A autora propôs ação, afirmando a falsidade desse reconhecimento, constante do Registro Civil, dizendo-se filha de Pedro, já falecido. Repelida a preliminar de decadência, a ação foi julgada procedente(847). Este criterio determinó que el nuevo Código de Brasil de 2003 considere la imprescriptibilidad de las acciones de filiación.

Asimismo, otro criterio nos dice que el hecho del reconocimiento y del pago de una pensión alimenticia no impide al padre que, años después, solicita judicialmente el examen de ADN para que la paternidad sea realmente determinada(848). El sustento de la parte es que cuando realizó el reconocimiento en 1986 era inmaduro y que había sido presionado por la madre para su realización. Aceptada la acción el hijo se rehúsa a someterse al examen con base en su derecho a la integridad física, síquica y moral lo que permite al juez considerarlo como un argumento para dar validez a lo pretendido por el actor(849).

15.3.5. Negación del reconocimiento por parte del hijo (art. 401)

A diferencia de la negación del reconocimiento por parte del padre o la madre (arts. 399 y 400) que no interviene en él que es de 90 días, el hijo tiene un plazo mayor para negar su reconocimiento que es dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad.

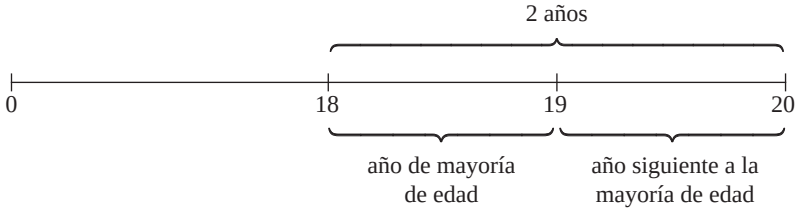
Este plazo es de un dos años que se computará desde que adquiere su mayoría o a cesa de su incapacidad.

El Código Civil de México en materia federal establece una norma similar pero indica de manera expresa que el término que tiene el hijo para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento: y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (art. 378, concordado con el art. 377).

Citemos nuevamente el ejemplo antes mencionado: Juan fue reconocido siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que el pueda negar el reconocimiento se compute dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a negar el reconocimiento el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

(847) STJ, 3ª Turma, Esp. 254.165, Nancy Andrighi, relatora, j. 26/06/2001.
(848) Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça de Brasil.
(849) Cfr. Ainda há tempo. É possível pedir exame de DNA mesmo após registro. En: Consultor jurídico, 6 de julio de 2004.

Con un esquema quedará más claro:



Este plazo mayor se explica por sí solo. Nadie más interesado que el propio hijo en velar por la legitimidad de su reconocimiento. De modo que si es él mismo quien lo impugna, afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírselo, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre a quien no es[850], este criterio es mucho más aventajado en la legislación comparada, por ejemplo en Argentina la acción de impugnación del reconocimiento por parte del hijo es imprescriptible.

El plazo indiscutiblemente es uno de caducidad, no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión[851].

Queda preguntarse si los descendientes del hijo premuerto gozan de periodo de plazo. A diferencias de otras legislaciones la nuestra no permite esta posibilidad por lo que encuentra vedado dicha facultad a los descendientes quienes contarían con el plazo menor de 90 días que consagra el artículo precedente.

De acuerdo al estudio del artículo 400 del Código Civil peruano y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

15.4. Criterios jurisprudenciales contrapuestos

El carácter inextinguible de las acciones de estado filial son una realidad en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada.

Pero no faltan los criterios contrapuestos, como la Casación Nº 2390-2004-Ica[852] que valida el plazo de caducidad para accionar la contradicción de la paternidad.

(850) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. Ob. cit., p. 127.
(851) Ídem.
(852) *El Peruano*, 31 de julio de 2006.

"**Sétimo.-** Que, tal como se puede apreciar, la Sala Revisora se ha limitado a aplicar el artículo trescientos sesenticuatro del Código Civil conforme aparece de su texto claro y expreso, esto es, que el plazo para la caducidad de la pretensión Contestatoria de Paternidad se computa '(...) desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente'*;* premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad; debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud al avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación debida de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada".

16. El sometimiento a la prueba de ADN ¿es exigible a los herederos del supuesto padre?(853)

16.1. La acción de investigación de la paternidad extramarital

En materia de filiación, el Derecho siempre dio valor a las presunciones sustentándose en las dificultades naturales en la asignación de la paternidad o maternidad y por los obstáculos basados en los prejuicios históricos originarios de la hegemonía de la familia patriarcal y matrimonializada(854).

Por el interés en la preservación de la estructura de la familia siempre existió una resistencia en admitir la identificación de la descendencia resultante de relaciones extramatrimoniales. Con el paso del tiempo, se admite el derecho de investigar su paternidad a los hijos extramaritales pero con sujeción a pruebas tan fuertes y robustas que resultaba imposible poderlas conseguir. Esta postura se

(853) Punto desarrollado conjuntamente con Marianna Chaves. Maestrista en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa; Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa Posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI - Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual y la Universidad de Lisboa; con estudios de posgrado en Derecho de la filiación, adopción y Protección de Niños e Adolescentes por la Universidad de Lisboa; Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia, www.ibdfam.org.br); Miembro de la International Society of Family Law.

(854) En este sentido, Cfr. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 195.

centra en la tesis que, en las relaciones ocasionales o concubinales –incluso si la concepción coincide en dicho periodo– no existe una presunción de la paternidad natural aunque el consenso general, en aquellos días, fue siempre la certeza de la maternidad (855).

Incluso en momentos actuales de pleno desarrollo de la genética en el que puede identificarse con certeza la verdad biológica la ley sigue utilizando presunciones(856), vale decir que las exigencias para la búsqueda de la identificación de la filiación, en el Derecho Comparado en general, tienen un rito ordinario, con una amplia gama de pruebas(857).

Como en la mayoría de Código del mundo, del cual no es ajeno el Código Civil peruano (Vide arts. 361 y 362) se da relativo prestigio a la presunción legal de paternidad: el padre es el marido de la madre. Por la presunción *pater is est* prevalece la verdad simulada sobre la verdad biológica. Es sencillo percibir y rápido determinar que las normas relativas a las relaciones paterno-filiales favorecen a que los hombres evadan sus obligaciones –legales y morales– concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos tenidos fuera del matrimonio. Esta tendencia es evidente en el Código Civil peruano cuando consagra la afirmación que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio se considera hijo matrimonial (presunción de paternidad marital) incluso si la madre declara lo contrario o es condenada como adultera (reafirmación de la paternidad).

En el momento en que vivimos, los sistemas tienden a adoptar un modelo menos restrictivo, demostrando un aumento de la fuerza del principio de la verdad biológica y el derecho fundamental a la identidad personal. Esta evolución, como lo advirtió Pinheiro(858), fue producto de los fallos judiciales y el reconocimiento

(855) Cfr. MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 96. Si habla en "aquellos días" es porque ahora sabemos que la definición de la maternidad –desde el nacimiento– no es del todo científicamente fiable. Para una lectura más profunda sobre el tema Vid. REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 482 y ss.

(856) Como curiosidad: estas presunciones existen incluso dentro de la Ley islámica. En particular en Marruecos, Argelia y Túnez, la legitimidad de la filiación se basa en pruebas de consanguinidad del padre. Si esto se hace durante el matrimonio o en un determinado periodo de tiempo después de su disolución (como existen en varias jurisdicciones) se infiere que su diseño fue matrimonial. Así, la ley establece la presunción *iuris tantum* que se basa en el monopolio de las relaciones sexuales de la mujer con su marido, característica de la Ley Islámica. Vide MOTILLA, Agustín; LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Colex, Madrid, 2002, p. 95.

(857) DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. "A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Perú e sua perspectiva de aplicação no Brasil". In: *Jus Scriptum*. Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, JAN/MAR, p. 120-133, Lisboa: NELB, 2008, p. 122.

(858) En este sentido se expresa PINHEIRO, Jorge Duarte. "Investigação da paternidade - 'direitos e abusos'", in Parentalidade - análise psicojurídica/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.), Juruá, Curitiba, 2009, pp. 77-90.

posterior de la norma de forma que la evolución a un modelo menos restrictivo de establecimiento de la paternidad no-matrimonial determinó sus cambios por las propias exigencias sociales, siendo la determinación de la filiación un tema por demás sensible.

Si bien por un lado, para los hijos matrimoniales existe una presunción de paternidad, los hijos nacidos fuera del matrimonio dependían del reconocimiento o la declaración judicial. En este último caso, para alcanzar el veredicto, el calvario judicial era terrible en razón que el *juicio* estaba lleno de vericuetos y no incorporaba la exigencia de las pruebas genéticas.

Con el objetivo de mitigar este problema, a lo que sumaba el gran número de hijos sin padre y como consecuencia la cantidad de madres solteras, el 8/1/2005 se promulga la Ley Nº 28457 que establece un mecanismo procesal y probatorio más accesible para determinar judicialmente la paternidad, reduciéndose las medidas, actuaciones procesales, plazos, etc.(859) en defensa de uno de los derechos humanos más sustantivos que existen, la identidad, tomándose en cuenta que no existía procedimiento que facilitara la tramitación efectiva de la pretensiones filiatorias(860).

16.2. El examen de ADN y la Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29821

Esta ley es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta(861) y viene siendo eficazmente utilizado en la determinación de la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, exigencia de beneficios de la Seguridad Social, en el establecimiento de derechos triviales y la averiguación de la gemeralidad(862).

(859) Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". En: *Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, Jan/ Fev/ Mar 2006. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar>. Acceso en: 20 de julio de 2009.

(860) Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponible en: <http://www.scielo.br>. Acceso en: 20 de julio de 2009.

(861) Sobre la exactitud de las pruebas de ADN, el pediatra y médico experto en genética molecular, Salmo Raskin, afirma que el análisis de ADN en la determinación de paternidad es la más exacta que existe a día de hoy. La posibilidad de una prueba de ADN en PCR. en detectar a un hombre que está siendo falsamente acusado de ser el padre biológico es superior a 99,99 %. Si no se excluye de ser el padre biológico por la prueba PCR, la probabilidad que sea el padre biológico varía de 99,99 % a 99,9999 %, según los casos. En la práctica, tomando las precauciones necesarias para controlar la calidad de la prueba, se presenta como una prueba totalmente exacta. Un resultado de la exclusión significa con 100 % de certeza que el presunto padre no es el padre biológico. El resultado inclusivo de paternidad viene con la probabilidad que el presunto padre es el biológico con números hasta 99,99 %, qué claramente son la solución de todas las controversias. RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br>. Acceso en: 25 de Julio de 2009.

(862) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética.* Ob. cit., p. 223.

Indiscutible es que el Derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea. No es posible olvidar los avances en la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos. En consecuencia con este criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia están mejor protegidos(863).

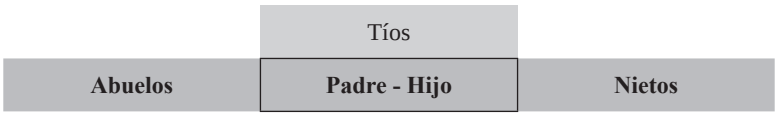
Este adelanto se consignó por el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos fundamentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente. De ahí que la nueva ley exija, a fin de canalizar la oposición, el sometimiento al examen de ADN, entendido como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez. Sin embargo, la ley, injustificadamente, solo prevé el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, dejando fuera la menos frecuente –pero no inexistente– búsqueda de la identidad de la madre, que debe ser buscada por el procedimiento establecido en el Código Civil y el Código Procesal Civil(864).

El proceso especial que crea esta ley es más rápido y presenta una solución ajustada a la cuestión de la paternidad extramatrimonial. Es el desvío a todos y cada uno de los obstáculos que tiene el extenso y costoso procedimiento de reconocimiento judicial de la paternidad que, enhorabuena, viene quedando de lado.

16.3. Los terceros y la prueba biológica(865)

Si bien padre e hijo son las partes naturales vinculadas en el proceso de determinación del nexo filial, en casos especiales se requiere la intervención y participación de terceros como son los presuntos abuelos, hermanos, tíos o primos quienes aportarán elementos biológicos para sentenciar correctamente. La intervención de estos terceros, no cabe duda que, facilitará la investigación del nexo filial en discusión en ciertas causas.

Las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es:



(863) Vide FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Ob. cit., p. 188.

(864) Cfr. DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. "A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Peru e sua perspectiva de aplicação no Brasil". En: *Jus Scriptum*. Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, Jan/Mar, p. 120-133, NELB, Lisboa, 2008, p. 128.

(865) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Ob. cit., pp. 198 a 200.

Hermano

Siendo esto así, en situaciones que puedan presentarse como desaparición, ausencia, investigación de la paternidad post mórtem, aparición de caracteres genéticos *ex novo* o frente existencia de genes silentes es necesaria la participación de los terceros familiares en la investigación biológica de la paternidad a fin de poder afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio(866).

En el caso de análisis genéticos transversales el grado de efectividad disminuye. Si, disminuye, pero esto no le resta trascendencia como elementos de prueba que puede utilizar el juez al momento de fallar una paternidad demanda a los herederos.

16.3.1. La naturaleza especial de este caso y la inaplicabilidad de la Ley Nº 29821. ¿Qué camino seguir?

A pesar de todos los avances que la Ley Nº 29821 representa, la misma resulta inaplicable al caso materia de análisis al exigir la presencia física y viva del presunto padre (art. 2) para que el ADN sea realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Además, la Ley no refiere nada de la obligación de familiares u otros al sometimiento. Siendo esta cuestión materia de cuestionamiento a la fecha.

Al respecto tenemos que dos situaciones especiales se presentan para la aplicación de la Ley Nº 29821 al caso *sub examine*:

- Investigación de la paternidad post mórtem.- El proceso de la investigación de la paternidad post mórtem a través de este trámite resulta complicado. La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial que no se encuentra dentro de los establecidos en el proceso dictado en la Ley Nº 29821, además, siendo demandados los herederos nos preguntamos:

(866) En Alemania, Austria y Rusia se establece que cada vez que sea necesario se procederá a la investigación racial, hereditaria y sanguínea de los abuelos, interesados y testigos, así lo menciona Fairén Guillén. En el caso especial de los abuelos, la doctrina y jurisprudencia Argentina ha establecido que: "Algunas sentencias destacan que la prueba es relevante aunque se haya practicado en los presuntos abuelos y no en el padre, sobre todo si los primeros no tuvieron otros hijos varones y el niño acusa la posible herencia de antígenos presentes en la abuela, lo que descarta que sea hijo del abuelo" (especial mención en la nota a pie de página Nº 9 remite al Voto de Zannoni, Cám Nac. Civ. sala A 25/11/1986, ED 123-107 o en: La Ley 1987-C-69 o JA 1987-IV-378). Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R.: "El valor de la prueba genética en el Derecho argentino". En: *El Derecho ante el proyecto genoma humano*. Vol. IV, Fundación BBV, Madrid, 1994, p. 176. Asimismo, en el año 1995 se declaró la paternidad del difunto Carlitos jr. Menem respecto de la menor Antonella al haberse comprobado mediante un análisis de ADN la relación genética entre la menor, sus abuelos (Zulema Yoma y Carlos Menem) y su tía (Zulemita Menem). Cfr. "Antonella, la nieta del presidente Menem" (Diario *Expreso*, Lima, 22 de octubre de 1997, Sección A, pp. 24 y 25).

¿Cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley?

¿Cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?[867].

- Investigación transversal de la paternidad (en terceros).- Siendo demandados los herederos sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco resulta impertinente el proceso consagrado en la Ley Nº 29821 en razón que no se trata de una investigación directa de la paternidad, por el contrario, aquella se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes[868] frente a lo cual debería iniciarse un proceso de conocimiento, de acuerdo a lo estipulado en la normativa del Código Civil y el Código Procesal Civil.

16.3.2. La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN

Para la solución adecuada hay que volver al Código Civil.

El artículo 402 señala en su inciso 6 que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

De la exégesis de este artículo podemos establecer que para la aplicación de prueba de ADN puede requerirse no solo al presunto padre sino, también, a quienes puedan llevar a conocimiento de la verdad biológica buscada.

A diferencia de la Ley Nº 29821, este artículo del Código Civil tiene una fórmula más amplia y permite una mayor línea de acción sobre quienes pueden ser demandados en este asunto, aparte de la típica fórmula: presunto padre - madre - hijo. Además, el artículo 406 pone fin a las dudas y devaneos a la pregunta planteada en el sentido de si los herederos pueden o no ser demandados en la ausencia del padre. La respuesta es rápida y sin mayor duda: Los herederos sí pueden ser demandados, diciendo a la letra el dispositivo citado que: "La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto". El sustento es que el derecho a la investigación de la paternidad y a conocer el propio origen biológico no acaba con la muerte del presunto padre, siendo un derecho personalísimo la norma prevé la transmisibilidad de su accionar. Se trata de derechos de acción perpetua cuya acción es incaducible, el transcurso del tiempo no afecta su trascendencia.

(867) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El proceso de filiación extramatrimonial*. Ob. cit., p.119.
(868) Ibídem, p. 120.

Este es un caso especial, sui géneris. Además de la muerte del presunto padre, no hay restos para indagar la genitoridad. Ante la ausencia de familiares en línea ascendente y colateral del supuesto padre, se decidió realizar la pericia genética respecto de sus descendientes y su correspondiente viuda, incluyéndose esta última a pedido del laboratorio encargado de realizar la pericia. Hay que tener en cuenta que el juez está investido constitucionalmente de las facultades indispensables para solicitar la participación de cuantas personas considere necesarias para la realización el examen de ADN, en virtud de sus facultades legales, *escudriñando* en los límites de su oficio (como alguna vez no se si leí o escuché).

Una cuestión que podría plantearse: ¿Por qué las hijas y la viuda? Las hijas, como una cuestión de lógica: tienen el 50 % del ADN del padre fallecido. Para la participación de la viuda existe una razón plausible. Desde la comparación de su carga genética con la de sus hijas, se puede determinar el ADN del padre fallecido y, por lo tanto, comparar con el del demandante, por un proceso de eliminación. Así pues, el examen conduce a la determinación de la paternidad con un alto grado de certeza.

Es de precisarse que la confesión ficta presente en el punto 6 del artículo 402 del Código Civil, referente a la negativa al sometimiento del examen genético, puede ser aplicada a los herederos por razones de pura lógica y razonabilidad, ello en virtud de la precisa conexión entre el artículo 402 y 406 del Código. Si bien el artículo 402, inciso 6 representa una norma que ciñe la comparación del perfil del ADN única y exclusivamente con el padre, como progenitor y responsable directo, nada obsta que existan responsables indirectos, como es el caso que representan y asumen los herederos. Es así que lo normado en artículo 413 es de perfecta aplicación de manera genérica al artículo 406 cuando se dice: "En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza". Presentada o decretada la prueba, el no cumplimiento ameritará una consecuencia procesal, en este sentido el apercibimiento es también aplicable para los terceros requeridos al sometimiento. La colaboración con el juez y éxito del proceso es de las partes en general. Por lo tanto, la *ficta confessio* de las normas en análisis recae sobre los herederos de los fallecidos cuando estos tienen la calidad de parte demandada y se nieguen voluntaria e injustificadamente a someterse al examen de ADN.

Siendo los "herederos" posibles demandados de acuerdo a las normas civiles casos como este no pueden quedar sin respuesta ni solución.

16.4. La negativa al sometimiento por parte de terceros

Los efectos jurídicos de la negativa serán disímiles en relación a la persona de quien provenga, sea el padre, sea la madre, sea el hijo, sea el abuelo, sea

el hermano, sea el tío, sea el primo, etc. Este sentir lo estableció el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, resolviendo que: "(...) no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretenso padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente en una acción de filiación post mórtem"(869).

Hecho singular se presenta cuando es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto o un hijo para determinar la paternidad de su medio hermano) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal) o a una persona que carece de relación filial (la viuda en un proceso de declaración de paternidad post mórtem interpuesto contra su marido).

En cada uno de estos casos podemos deducir supuestos, indicios o presunciones relacionales de filiación especiales por dicha negativa.

16.5. El conflicto de intereses

En el caso estudiado es patente el conflicto de derechos fundamentales.

Por un lado, tenemos el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos y de la identidad del demandante y, por otro la supuesta afrenta al derecho a la libertad e intimidad de los demandados incluso, podría añadirse, al derecho a la intangibilidad física.

En primer lugar, es conveniente destacar el hecho que el solicitante sea mayor de edad es indiferente, constituyendo una alegación falaz. Todos y cada uno de nosotros como sujetos tenemos el derecho a conocer nuestra identidad personal y este derecho es imprescriptible. El origen genético y la identidad representan facultades tan inherentes que el paso del tiempo no puede afectarlas. Es carente de base legal impedir al sujeto investigar su origen ancestral siendo su restricción una forma de atentado a la dignidad humana.

Otra vez, la cuestión es: En ausencia del padre, ¿los herederos responden? Sobre el particular la ley es clara. El artículo 406 del Código Civil establece que la acción se dirige contra el presunto padre o sus herederos.

Con respecto a la integridad física que podría violar lícitamente el derecho al exigir el sometimiento, siendo la prueba de ADN inofensiva y sin trascendencia invasiva –al requerirse técnicamente solo una cantidad mínima de líquido, secreciones del cuerpo, hilados de pelo– no podemos hablar que ello representa un daño al cuerpo o afrenta a la sacralidad del cuerpo humano. Absurdo sería el

(869) Cámara 1ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22/12/1994. Cit. *Revista de Derecho privado y comunitario*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Nº 11, p. 338.

sustento de la parte que alegue tener belonofobia, miedo a las agujas, en fundamento a su negativa.

Cualquiera de los tipos de actos que son necesarios para la realización de las pruebas de ADN –incluido el pinchazo de un dedo para recoger la sangre– no alcanzan el núcleo del derecho a la integridad física. Incluso, en el caso de considerar que se trata de una restricción del derecho a la integridad física, este hecho es absolutamente adecuado y proporcionado al implicar una intervención mínima, siendo su objetivo obtener una decisión judicial sobre la filiación que coincida con la realidad, una decisión que es requerida por el interés superior de la persona a conocer su identidad personal(870).

La defensa de la integridad física también puede ser vista como un desacierto cuando se enfrenta con el interés que emerge de esta acción a fin de determinar si, en los casos de investigación de paternidad, la *verdad material* –que significa que la verdad objetiva, real o verdadera– no es una verdad presumida, no es una verdad que es el resultado de elaboraciones mentales(871), por lo que debe prevalecer el máximo atributo familiar de la persona relacionado con la aclaración de su entroncamiento.

En caso de conflicto de intereses, ¿qué derecho debe prevalecer? … El derecho a la libertad, … la inviolabilidad física … el derecho a la identidad de la persona. Lo importante es ofrecer la mayor eficacia posible, de acuerdo con las circunstancias del caso, al correspondiente valor y, sobre todo, al derecho fundamental protegido por la ley en cuestión. Por lo tanto, si no hay una colisión de derechos opuestos debe darse la máxima eficacia al derecho más sensible.

En caso de colisión o choque de los derechos fundamentales se puede entrar en un verdadero debate filosófico. A menudo, los derechos fundamentales tienen la forma de principios que se caracterizan por su vacío, que representan órdenes o mandatos de optimización. Se plantea la cuestión, ¿qué optimizar? o, en todo caso, ¿a cuál de todos se puede optimizar el bien protegido? Como Canotilho dice, no existe una norma o criterio para la solución de conflictos de derechos. Un equilibrio y/o armonización del caso es, a pesar de las posiciones peligrosas decisorias, una necesidad no eliminable(872). En caso de choque es necesario, para producir un equilibrio entre los valores en cuestión, evaluar las razones para uno y para otro con el fin de encontrar la solución más apropiada al caso.

(870) Este es el entendimiento de SILVA, Paula Costa e. Apud. PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I, 3. ed. Lisboa: aafdl, 2007, p. 114. Cabe destacar que la doctrina se refiere al interés superior del niño pero es importante recordar que cualquier persona, niño o adulto tiene el derecho a conocer su identidad.

(871) Cfr. REZEK, Francisco. "O direito à identidade", in A família além dos mitos / coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 42.

(872) CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 1233.

Considera Díez-Picazo[873] que en este caso existe el riesgo de caer en el subjetivismo puro lo que lleva a decidir con arreglo a las preferencias personales de la intérprete. Para evitar este peligro, la técnica de ponderación se debe ajustar a tres requisitos. En primer lugar, siempre es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de las características del caso tanto en los aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos. En segundo lugar, una vez se observe que no existe una solución fuera de la colisión es necesario determinar cuál de los valores es más digno de protección. Una vez más, a fin de evitar la tentación de subjetivismo es necesario recordar que se trata de decidir cuál de los intereses es digno de protección en abstracto. En tercer, y último lugar, cabe señalar que el método de ponderación no ofrece respuestas en términos de "sí" o "no", en todo caso es más sensato tender a aproximaciones como "más" o "menos".

No se está hablando de la jerarquía en abstracto de los derechos fundamentales. Sin embargo, en caso de colisión debemos hacer un balance y, si no es posible armonizar los derechos en cuestión, existirá una prevalencia de un derecho en relación con los demás. Sobre esta cuestión, Alexy afirma que la solución a la competencia de derechos es de proceder, en primer lugar, a examinar y tratar de armonizar los principios. Si el choque no se resolvió, en un segundo momento debería establecerse una relación de precedencia o prioridad entre los principios a la luz de las circunstancias del caso[874].

16.6. Conclusión: la prevalencia del derecho a la identidad

Con el objetivo de consagrar la dignidad humana, es apropiado entender que el derecho a la identidad anula el derecho a la intimidad o la inviolabilidad física.

La doctrina mayoritaria y la ley refieren en primer plano que el padre debe someterse al examen de ADN. En ausencia de la posibilidad de obtener material genético del mismo es perfectamente razonable demandar a sus herederos o cualquier persona relacionada genealógicamente que pueda llevar al conocimiento del origen genético y de la identidad del demandante.

Es absolutamente absurdo sostener que no puede exigirse el sometimiento de la pericia de ADN a los familiares del presunto padre cuando este haya fallecido y, a mayor abundamiento, sea imposible tomar muestras de su cuerpo al haber sido este incinerado.

(873) DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Ob. cit., pp. 47-48.
(874) ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 51-52.

Hay quienes defienden la inviolabilidad del cuerpo, después de todo nada más íntimo y personal que este. Sin embargo, en algunos casos, esta posición debe retirarse para garantizar otros derechos como el derecho a la identidad personal que asegura, en última ratio, no solo los intereses individuales sino también sociales y los intereses públicos. Después de todo, cada persona debe conocer y haber reconocido su identidad en favor suyo y de todos.

Por las razones anteriormente expuestas, entendemos que la decisión de la Corte Suprema a través de la Casación Nº 4585-2007-Ica, del 28 de julio de 2008, tomó el camino correcto para hacer valer los valores consagrados en la Constitución y en el Código Civil de donde se desprende la prevalencia del derecho a la identidad y la posibilidad, expresamente indicada en este último, de demandar a los herederos del presunto padre y exigirles el sometimiento a la prueba genética, sin perjudicar ninguno derecho, sea el derecho a la libertad, al debido proceso o a la inviolabilidad física, garantizando el derecho del demandante a conocer sus orígenes genéticos y su identidad, derechos ambos personalismos, imprescriptibles, inalienables, inherentes a toda persona.

Lástima que el fallo no haya sido unánime.

16.7. Apostillas a la Casación Nº 4585-2007-Ica

El reconocimiento judicial de filiación extramatrimonial puede ser dirigido contra los herederos si el padre fallece; siendo estos lo que deberán formular oposición y practicarles la prueba de ADN debido a que los genes son trasmitidos de padres a hijos de los cromosomas del óvulo y espermatozoide, además, no existe dispositivo legal alguno que prohíba que se realice la comparación de huellas genéticas de la demandante con las demandadas (herederas).

> **CAS. Nº 4585-2007-ICA**. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**; vista la causa número cuatro mil quinientos ochenta y cinco - dos mil siete; en audiencia publica de la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley, en discordia; con el voto del Vocal dirimente señor Vocal Supremo Pajares Paredes, emite la siguiente sentencia: **1. MATERIA DEL RECURSO**: Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno, su fecha diecisiete de julio del dos mil siete, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas trescientos cincuenta y cuatro, su fecha catorce de noviembre del dos mil seis, declara fundada la demanda interpuesta por doña Mirtha Alida Rubini Espinoza con lo de más que contiene, sobre filiación extramatrimonial. **2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO**

PROCEDENTE EL RECURSO DE CASACIÓN: Mediante resolución de fecha diecinueve de octubre del dos mil siete, corriente a fojas treinta y cuatro del cuaderno de casación, se ha declarado procedente el recurso de casación propuesto por la codemandada doña Graciela Piccone Gotuzzo Ruda de Rubini por las causales relativas a la interpretación errónea y contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso. **3. CONSIDERANDO**: **Primero.-** Que, debe analizarse en primer lugar la causal adjetiva, pues debido, a su naturaleza y a los efectos que produce, si mereciera amparo carecía de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva. **Segundo.-** Que, examinado el error *in procedendo* denunciado, es del caso señalar que en materia casatoria si es factible ejercer el control casatorio de las decisiones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso; teniéndose en cuenta que este supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio. **Tercero.-** Que, la impugnante en su escrito de casación denuncia la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, manifestando que la prueba del ADN no está prevista ni autorizada por el artículo 402 del Código Civil, denunciando también que dicha prueba no fue ofrecida por la demandante con respecto a doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini, a quien oficiosamente se comprendió en el apercibimiento. **Cuarto.-** Que, al respecto, cabe señalar que el artículo 402, inciso 6 del Código Civil determina que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada, cuando se acredita el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. **Quinto.-** Que, de otro lado, aparece de la audiencia de saneamiento y conciliación de fojas ciento sesenta y siete a ciento setenta que la prueba de ADN ofrecida por la demandante fue admitida por el a quo disponiéndose su actuación; apareciendo también de la propia audiencia que se declare infundada la oposición formulada por las demandadas respecto del citado medio de prueba, habiéndose asimismo declarado improcedente la apelación interpuesta por los fundamentos que aparecen del acta en cuestión. **Sexto.-** Que, en lo que se refiere a lo dispuesto por el juzgador de primera instancia para que la prueba del ADN comprenda a doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini, es del caso señalar que el artículo 194 del Código Procesal Civil autoriza el juez ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes; debiendo tomarse en consideración en el presente caso, que a fojas ciento ochenta y cuatro el laboratorio "Bio Links" requirió al Juzgado tomar las muestras biológicas de la madre de las emplazadas. **Sétimo.-** Que, a mayor abundamiento, resulta de aplicación en el caso de autos la previsión que contiene el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil que determina que

el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica. **Octavo.-** Que, la sentencia de primera instancia ha sido confirmada por sus propios fundamentos por la Sala Civil Superior, por ello es un hecho establecido por las instancias de merito los fundamentos puestos por la actora en su escrito de demanda, concluyendo ambas que la demandante es hija de don Gino Guido Rubini Drago. **Noveno.-** Que, siendo esto así, es evidente que no existe contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez que las demandadas no han cumplido con asumir la carga de la prueba respecto de los hechos que sustentan su contradicción. **Décimo.-** Que, por lo anteriormente expuesto, no se ha evidenciado la causal casatoria adjetiva propuesta, advirtiéndose que el Colegiado Superior al expedir la recurrida se ha ceñido a los principios de congruencia procesal, motivación de las resoluciones judiciales, valoración conjunta de los medios probatorios y carga de la prueba habiéndose aplicado correctamente las reglas de la sana crítica y resaltándose el valor justicia. **Décimo primero.-** Que, en lo que respecta a la interpretación errónea del artículo 402, inciso 6 del Código Civil denunciado por las demandadas, es de advertir que el mencionado dispositivo legal no establece que la prueba del ADN esté referida específicamente a las huellas genéticas del presunto padre para compararlas con las huellas de quien reclama la paternidad; no existiendo dispositivo legal alguno que prohíba la comparación de las huellas genéticas de la actora con las demandadas, teniendo en cuenta que los restos mortales del presunto padre han sido cremados como es de verse del acta de fojas noventa y seis. **Décimo segundo.-** Que, igualmente el artículo 406 del Código Civil, también denunciado por las demandadas, dispone con claridad que la acción de declaración de paternidad se interpone contra el padre o contra sus herederos si este hubiera muerto, por lo que la causal denunciada resulta inamparable. **Décimo tercero.-** Que, este dispositivo señala que en caso de fallecimiento del padre se emplazará a los herederos, ya que la pretensión no se extingue con el fallecimiento del presunto padre. **Décimo cuarto.-** Que, cabe mencionar también que existe reiterada y uniforme jurisprudencia que determina que si el presunto padre ha fallecido, se puede ordenar la exhumación del cadáver para realizar la prueba del ADN, diligencia que de ser imposible actuar por haber sido cremados los restos del padre presunto, podrá llevarse a cabo con sus herederos, tomándose en consideración que el ADN es trasmitido de padres a hijos en los cromosomas del óvulo y del espermatozoide; todo el ADN que tiene una persona proviene de sus padres, la mitad del padre y la otra mitad de la madre. **Décimo quinto.-** Que, no habiendo prosperado ninguna de las causales esgrimidas por las emplazadas, el presente recurso deviene en infundado y estando a las conclusiones que preceden de conformidad con lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil, **4. DECISIÓN:** Con lo expuesto en su dictamen por la señora Fiscal Supremo en lo Civil: **a**)

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas a cuatrocientos sesenta y seis por doña Graciela Piccone Gotuzzo viuda de Rubini; **b)** En consecuencia, **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de Julio del dos mil siete, expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, **c) CONDENARON** a la parte recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso. **d) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *El Peruano*, bajo responsabilidad, y los devolvieron.- SS. PAJARES PAREDES, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, VALERIANO BAQUEDANO.

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Caroajulca Bustamante; Mansilla Novella y Valeriano Baquedano, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del año en curso, el mismo que corre de fojas ochenta a ochenta y siete; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.

EL VOTO DE LOS SEÑORES SÁNCHEZ- PALACIOS PAIVA Y MIRANDA CANALES, ES COMO SIGUE: Y CONSIDERANDO; **Primero**: Según la copia certificada de la partida de nacimiento extendida por mandato judicial en el Registro del Estado Civil de la Municipalidad de Pisco, corriente a fojas tres y repetida a fojas cuatrocientos cincuenta, la demandante nació en dicha ciudad el dieciocho de enero de mil novecientos cincuenta y seis, interpuso su demanda de declaración judicial de paternidad el veintiocho de enero del dos mil cuatro, según el sello de Mesa de Partes de fojas dieciocho, treinta años después de haber adquirido la mayoría de edad y trece años después de la muerte del presunto padre, ocurrida el tres de marzo de mil novecientos noventa y uno, según resulta de los documentos de fojas noventa y tres a noventa y seis, los que acreditan la cremación de sus restos mortales. **Segundo:** *La sentencia de primera instancia* ha declarado fundada la demanda considerando la declaración de la propia demandante (sexto considerando) la testimonial de dona Bertha Adelina Cornejo Hernández (sétimo considerando), una declaración suscrita por María Rebeca Altamirano Sotelo (octavo considerando) la partida inscrita por mandato judicial (noveno considerando), y el hecho de que las demandadas, esposa e hijas del imputado padre no se han sometido al examen de ADN (décimo considerando), razonando a continuación que el ADN del padre puede ser reconstruido con muestras de sus parientes cercanos. *La sentencia superior* se sustenta en la libre valoración de la prueba, incide en la negativa de las demandadas de someterse a la prueba de ADN y confirma la apelada. **Tercero:** En aplicación de las legislaciones civiles de mil ochocientos cincuenta y dos y en la de mil

novecientos treinta y seis, los Tribunales, uniformemente, para declarar la paternidad extramatrimonial, exigían la presentación de prueba escrita indubitable emanada del presunto padre, siendo insuficientes las testimoniales, ninguna otra prueba hacia merito suficiente. **Cuarto:** Con la legislación actual y el reconocimiento de los avances científicos en materia de genética se ha incorporado la prueba del ácido desoxirribonucleico, denominada de ADN que es el elemento químico de que están compuestos los genes de la persona humana, prueba científica de valor determinante en la investigación de la paternidad, que en su aplicación ha dejado de lado el viejo aforismo romano *pater semper inpertus* y la negativa a su realización por el presunto padre demandado, origina una presunción de la relación paterno-filial. Esta, presunción es de aplicación cuando el emplazado es el presunto padre, y cuando quien se niega a someterse a la prueba es el presunto progenitor, pues en ese caso prima el derecho que tiene el actor a su identidad y a conocer su origen biológico. **Quinto:** La primera cuestión bajo examen es si tal presunción también es aplicable a las hijas y a la esposa viuda del finado presunto padre, que no han concurrido a la diligencia de toma de muestras de sangre para la práctica de la prueba de ADN. Tratándose de personas distintas al presunto padre, frente al ya señalado derecho a la identidad que tiene la parte actora, surge en oposición el derecho de las demandadas a la intimidad personal y familiar y a la libertad, reconocidos en los incisos 7 y 24 a) del artículo 2 de la Carta Política, pues nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda. **Sexto:** El inciso 6 del articulo 402, del Código Civil, agregado por la Ley Nº 27048 publicada el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve, textualmente se refiere al presunto padre, de tal manera que por interpretación literal, es el obligado a someterse a dicha prueba en caso de ser emplazado de filiación y su reiterada negativa es evaluada por el juez. La interpretación sistemática de dicha norma, que es la que busca el sentido que debe tener para armonizar orgánica y lógicamente con el resto del Ordenamiento Jurídico lleva a la misma conclusión, pues hoy en día, en virtud de la Ley Nº 28457, se puede ocurrir a un Juez de Paz Letrado para que se declare la filiación con base en la prueba de ADN y la negativa del padre emplazado a someterse a dicho análisis, produce presunción de jure de la paternidad extramatrimonial. Esto es distinto de la acción, la que conforme al artículo 406, en caso de fallecimiento del presunto padre, se emplaza a sus herederos. **Sétimo:** Si bien el laboratorio Bio Links a fojas ciento ochenta y cuatro requirió se tome muestras a la madre de las hermanas María Graciela y Ana Palmira Rubini Piccone, como se ha señalado, dicha petición no encuentra sustento en la ley, siendo de advertir que en dicho oficio se expresa que tal análisis permitiría resolver dicha pregunta con mayor certeza, lo que evidencia que no se trata de una prueba concluyente. **Octavo:** Con relación a la segunda causal casatoria, como ya se ha fundamentado, la prueba de ADN no corresponde con relación a la vida del presunto padre, pues no está prevista en la ley y es un exceso ordenarla

de oficio, y como se ha señalado se afecta la libertad y la intimidad de la persona emplazada. **Noveno:** La sentencia de Primera Instancia, cuyos fundamentos recoge la de vista, establece la convivencia de la señora madre de la demandante y el presunto padre, con base en la respuesta dada por una sola testigo, (séptimo considerando) cuya edad no se consigna, con infracción del artículo 224, inciso 1 del Código Procesal Civil y quien declara sobre hechos que conoció cuando tuvo veinte años de edad, y expresa que "han convivido aunque no en la misma casa", y si bien la apreciación probatoria es libre, esta debe efectuarse con sindéresis, respetando las reglas de la lógica y del buen pensar. Estos fundamentos han sido recogidos por la sentencia de vista, la que subjetivamente, por la conducta procesal de una de las partes, ampara la pretensión. Por estos fundamentos, de conformidad en parte con el dictamen Fiscal Supremo, **NUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de Casación de fojas cuatro cientos sesenta y seis, interpuesto por doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini, en consecuencia **NULA** sentencia de vista de fojas cuatrocientos, sesenta y uno a cuatrocientos sesenta y cuatro, de fecha diecisiete de julio del dos mil siete; **ORDENÁNDOSE** a la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, emite nuevo pronunciamiento. En los seguidos por doña Mirtha Alida Rubini Espinoza con doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini y otros sobre filiación extramatrimonial. Lima, once de marzo del dos mil ocho. SS. SÁNCHEZ- PALACIOS PAIVA, MIRANDA CANALES.

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que los señores Vocales Supremos Sánchez - Palacios Paiva y Miranda Canales, vuelven a suscribir su voto que fuera firmado con fecha once de marzo del fallo en curso, el mismo que corre de fojas sesentitres a sesenta y seis; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL VOTO DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO MIRANDA CANALES SON LOS SIGUENTES: Y CONSIDERANDO: **Primero:** Concuerdo con el voto del señor Sánchez Palacios, pero además, agrega a dicha posición los siguientes argumentos. **Segundo:** La filiación vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes y, más restringidamente, vincula a los padres con sus hijos, en ese sentido, desde el punto de vista del derecho es un vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la Ley entre un ascendente y descendente de primer grado. Encuentra su fundamento en el hecho fisiológico de la procreación. **Tercero:** En la filiación se dan tres clases de elementos, a saber: a) elemento biológico, es el presupuesto básico, significa que el hijo haya sido engendrado o concebido por quienes aparecen o figuran como sus padres; b) elemento psicológico, en la filiación matrimonial, es consecuencia de la voluntad anticipada del

marido de aceptar como propios los hijos que tenga su mujer durante el matrimonio; en cambio, en la filiación extramatrimonial, la voluntad se patentiza en el momento del reconocimiento del hijo; c) elemento jurisdiccional, que se da con la intervención del funcionario público, ya sea el registrador –si el reconocimiento es voluntario– o el juez –en el emplazamiento forzado–. **Cuarto:** La filiación extramatrimonial, es el vínculo que existe entre el hijo y su madre o entre el hijo y su padre, cuando los padres no sean casados ni para la época de la concepción del hijo, ni para la fecha de su nacimiento. No es un vínculo simultáneo. La prueba de la filiación se da de dos formas: el reconocimiento voluntario que puede ser por inscripción en el registro de nacimiento, por escritura pública, por testamento o por mandato judicial, en este caso, la investigación judicial de paternidad, se admite cuando se da algunos de los casos previstos en el artículo 402 del Código Civil, hechos que deben ser probados con pertinentes e idóneos medios probatorios, por tanto la filiación debe legalmente ser probada, jurídicamente no puede hablarse de filiación si no existe prueba de ella. **Quinto:** En el caso que nos ocupa, se plantea la filiación extramatrimonial de una persona mayor de edad, que luego de más de cuarenta años de haber nacido reclama vínculo jurídico de paternidad de una persona fallecida, cuyos restos no existen, pretensión incoada contra la cónyuge y las hijas matrimoniales de la persona fallecida.

Sexto: De lo actuado en el proceso, se puede extraer tres características singulares que hacen que el presente caso sea diferente a los que generalmente se plantean sobre esta materia, a saber: a) la que reclama la paternidad es una persona mayor de edad; b) no se puede realizar la prueba del ADN sobre los restos del presunto padre, pues, fueron incinerados; c) la negativa de los sucesores del presunto padre a someterse a la prueba de ADN, amparados en su derecho a la libertad e intangibilidad de la persona**. Sétimo:** De lo expuesto, considero que no es razonable que una persona después de tanto tiempo –de adulto– pretenda atribuirse filiación con otra persona que ha fallecido, si bien, el Código Civil no ha establecido un plazo para iniciar esta acción, no debe perderse de vista el lapso de tiempo transcurrido, que cuanto más largo, la investigación de la filiación debe ser más rigurosa, debiendo recurrirse a medios de pruebas certeros e idóneos. **Octavo:** Que, finalmente, si bien la aplicación de pruebas biogenéticas, como el ADN, no transgreden derechos fundamentales (libertad, dignidad, intimidad, integridad, etc.), por lo que nadie puede refugiarse en la Ley ni en sus derechos para negarse al sometimiento de una prueba, máxime si está de por medio un derecho superior como es el de la identidad de una persona; también debe tenerse en cuenta que la negativa a someterse a dichas pruebas solo tiene un valor indiciario que debe ser complementada con otras pruebas idóneas, certeras, concretas y directas a efectos de admitirse la filiación, en suma la negativa no es una confesión ficta. Por lo que **MI VOTO** es por que se declare **FUNDADO** el recurso de

casación de fojas cuatrocientos sesenta y seis, interpuesto por doña Graciela Piccone Gotuzzo Viuda de Rubini. Lima, ocho de abril del dos mil ocho. S. MIRANDA CANALES.

EL SECRETARIO DE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA A QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que el señor Vocal Supremo Miranda Canales, vuelve a suscribir su voto que fuera firmado con fecha ocho de abril del alto en curso, el mismo que corre de fojas sesenta y siete a sesenta y nueve; de lo que doy fe. Lima, dieciséis de julio del dos mil ocho.

17. Cosa juzgada y los procesos de filiación

Puede sostenerse la posibilidad latente en el orden constitucional de revisar una sentencia de filiación pasada por autoridad de cosa juzgada si al momento de su dictado no existía o no se había perfeccionado la prueba genética del ADN tal como se utiliza en la actualidad(875). Y es que el proceso de estado de filial, para su eficaz funcionamiento y efectividad, requiere la concreción de normas particulares que se agrupen en un cuerpo orgánico denominado Derecho Procesal Familiar, siendo una de sus principales características los efectos particulares de la cosa juzgada en materia de filiación (así como en los alimentos), la denominada relativización de la cosa juzgada(876).

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 de uso de todas las pruebas bioaveriguativas. Este es un nuevo supuesto que viene trabajándose en el Derecho comparado. Se refiere a la supremacía de los intereses de la determinación de la paternidad sobre los principios de orden procesal, primero los derechos de la persona y luego los formulismos, llegando a indicarse que la cosa juzgada no puede presentarse como un obstáculo para los procesos de filiación, sobre todo cuando en él se ha llegado a encontrar nuevas pruebas(877). Esta idea de perennidad no es reprochable, solo es una parte de un todo mayor. Existe un interés público en garantizar el emplazamiento filial con el objeto de proteger al hijo en su minoría de edad, asegurando las responsabilidades de sus progenitores(878).

Tenemos dos escenarios posibles: sea que se trate de acciones de emplazamiento o de desplazamiento filial.

- En las *acciones de emplazamiento* se propone un criterio amplio e irrestricto para admitir la posibilidad de revisar la sentencia desestimatoria pasada por

(875) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Ob. cit., p. 606.
(876) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 360.
(877) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Ob. cit., p. 229.
(878) TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*, La Ley 10/06/2008, 10/06/2008, p. 1.

autoridad de cosa juzgada ante el surgimiento o perfeccionamiento ulterior de la prueba genética, ello deviene de la ponderación de los derechos al comprometerse el derecho a la identidad y el derecho a obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica(879).

- En las *acciones de desplazamiento*, cuando el accionante es el propio hijo entra en juego el derecho a la identidad sea que el hijo pretenda reclamar la filiación o que este lo reconozca espontáneamente y aun en el caso de que no pueda o no quiera obtener un nuevo emplazamiento filial(880). Cuando el accionante es el padre o la madre emplazados legalmente resulta, igualmente, comprometido el derecho a la identidad de quien pretende impugnar la filiación. La importancia de lograr la concordancia entre el presupuesto biológico y el emplazamiento familiar no es exclusiva de quien busca o controvierte sus orígenes. Los lazos filiatorios constituyen una relación y, en tal sentido, abarcan los dos polos del vínculo filial, para establecer o para desvirtuar. Es en este punto, reitero, donde el derecho a la identidad muestra su estrecha conexión con otro derecho implicado en el caso: el derecho a la verdad(881).

El Tribunal Constitucional peruano(882) ha favorecido la identidad frente al pétreo principio de la cosa juzgada permitiendo reabrir el expediente. El criterio es que las reglas ordinarias de la cosa juzgada no pueden ir contra la *Lex Mater*, ni –¡más importante!– sobre los derechos mínimos de la existencia humana, como es la verdad sobre la paternidad(883). El prestigio de la *verdad real*, como uno de los corolarios del derecho a la identidad, encerró al fenómeno llamado relativización de la cosa juzgada(884) que finalmente se da para garantizar la comprobación de esa autenticidad personal buscada.

No obstante ello, existen criterios contrapuestos en el sentido de que:

(879) FAMÁ, María Victoria. *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*. Ob. cit., pp. 621-622.
(880) Ibídem, p. 622.
(881) Ídem.
(882) Exp. Nº 00550-2008-PA/TC. "Dilucidación de la controversia. ¿Existen razones jurídico-constitucionales para considerar que en el caso concreto es atendible priorizar el *derecho a la identidad* y *el interés superior del niño* frente a la inmutabilidad que le asiste a la *cosa juzgada*? O dicho de otro modo: ¿Hay razones jurídico-constitucionales, para que en el presente caso se ampare el derecho del adolescente –que pretende conocer a su progenitor y su apellido– frente al derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior? 17. A juicio de este Tribunal, la respuesta es afirmativa. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional. En dicho contexto, considera este Colegiado que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido".
(883) FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed., 3er tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 653.
(884) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 360.

- Si la filiación contradictoria fue establecida en virtud de una sentencia no podrá volverse a rebatir procesalmente una cuestión decidida judicialmente: *non bis in idem*[885], o;
- Debe determinarse que cada situación sea interpretada *est modus in rebús*, con los límites que el caso amerite, de forma que la relativización de la cosa juzgada no sea la regla sino la excepción.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, Oxford, 2004.
- APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo X, Lima, Taller de Linotipia, 1942.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis*. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- AZPIRI, Jorge O. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- BENTO DA SILVA, Wesley Ricardo. *A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade*. En: <http://jus.uol.com.br>. (Elaborado 12/2004).
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Acción de filiación". En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo II - Derecho de familia, noviembre de 2010.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia: "Inimpugnabilidad de la acción de filiación matrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, Tomo II, Librería Studium, Lima, 1987.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Portugal, Coimbra, 1986.
- DI LELLA, Pedro. "La nulidad de reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del Niño". *JA* 2002-II-521.

(885) LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 305.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. "A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Perú e sua perspectiva de aplicação no Brasil". En: *Jus Scriptum*: Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, Jan/Mar, NELB, Lisboa, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, Vol. 9, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 10, Nº 74, Lima, noviembre de 2004.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. régimen constitucional, civil y procesal*. Editorial Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª edición, 3er tiraje, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "Un fallo que declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad". En: *La Ley*. Tomo 2003-C, Buenos Aires.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de Familia en el Proyecto". En: *La Ley*. Año LXXVI, Nº 115, jueves 21 de junio de 2012.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituções de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paolo, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R. "El valor de la prueba genética en el Derecho argentino". En: *El Derecho ante el proyecto genoma humano*. Vol. IV. Fundación BBV, Madrid, 1994.

- KIELMANOVICH, Jorge L. "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". En: *La Ley*. Año LXXVI, Nº 142, martes 31 de julio de 2012.
- KRASNOW, Adriana Noemí. "La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional". En: *La Ley*. Buenos Aires, 2006-B.
- KRASNOW, Adriana Noemí. "La presunción legal de la paternidad matrimonial". En: *La Ley*. 25/09/2005, además en: <www.mpd.gov.ar> (octubre 2006).
- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. Bosch, Barcelona, 1982.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert. "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB". En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*, <www.indret.com>, julio 2008, (20/07/2012).
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASTARRIA RAMOS, Edgard. "Titulares de la acción". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. "El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación". En: *Lexis Nexis* - JA 2005-II-888 -(Lexis Nº 0003/011206).
- LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*. 1ª ediciñon, Universidad, Buenos Aires, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Requisitos del error". *Código Civil comentado*. Tomo 1, 3ª edición, abril, 2011.
- LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Colex, Madrid, 2002.
- MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- MEDINA, Graciela. *La adopción*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1998.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª edición, Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 1ª edición, Tomo 9, Bookseller, Campinas, 2000.
- MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. "Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito". En: <www.jus.com.br> (oct. 2006).
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*, 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 20/05/2006, Ed. Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006.
- NICOLAU JUNIOR, Mauro. "Investigação de paternidade procedente – coisa juzgada material – prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade – exame de dna negativo. Qual prevalece?". En: *Rivista de Direito privado*. Nº 8, outubro-dezembro, 2001.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de direito da familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação – adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PINHEIRO, Jorge Duarte. "Investigação da paternidade - 'direitos e abusos'". En: *Parentalidade - análise psicojurídica*/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.), Juruá, Curitiba, pp. 77-90, 2009.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. 1ª edición Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 5ª edic. (renovada), Ed. Laterza, Roma, marzo 2003.
- RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br>. Aceso en: 25 de julio de 2009.
- REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- REZEK, Francisco. "O direito à identidade". En: *A família além dos mitos* / coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Del Rey, Belo Horizonte, 2008.

- RIZZARDO, Arnaldo. *Directo de familia*. Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IX, 6ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2 Lima, 003.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de familia*. Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SIMÓN REGALADO, Patricia. "Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- TAVIP, Gabriel Eugenio. "Acción de impugnación de la paternidad matrimonial, plazo de caducidad y planteo de inconstitucionalidad". En: *Revista Semanario Jurídico de Córdoba*. Nº 1.393, 26 de diciembre de 2002.
- TEXEIRA FERREIRA, Lúcia Maria. *In Novo Código Civil: Do Direito de Familia* (Coord.: Heleiosa Maria Daltro Leite).
- TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley 10/06/2008.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". En: *Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, Jan/ Fev/ Mar 2006. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar>. Aceso en: 20 de julio de 2009.
- VARSI Rospigliosi, Enrique. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponible en: <http://www.scielo.br>. Aceso en: 20 de Julio de 2009.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Plazo para negar el reconocimiento". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Re - Conociendo mi verdad (Punto final al caso Zaraí). En: *El Comercio*. 20 de octubre de 2002.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima, Grijley, 2004.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este". En: *Encuentro jurisdiccional de jueces especializados y mixto en materia civil y familia*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 19 y 20 de noviembre de 2012.

- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El proceso de filiación extramatrimonial.* Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*, Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica-Perú, Lima, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 2ª edición, volumen 6, Atlas, Sao Paulo, 2002.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de familia*. Tomo II, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1989.

ANEXO

ACCIONES DE FILIACIÓN									
	Reclamación			Desconocimiento					
	Matrimonial	Extramatrimonial		Matrimonial		Extramatrimonial		Adopción	
		Paternidad	Maternidad	Paternidad	Maternidad	Reconocimiento			
				Impugnación		Impugnación	Invalidez		Impugnación
							Nulidad	Anulabilidad	
Base legal	373, 374	402-L.28745, 29281	409	363	371	399	219	221	385
Objetivo	Inscripción irregular.	Establecer la relación filial.		Dejar sin efecto presunción Paternidad Matrimonial.	Dejar sin efecto maternidad.	Reconocimiento no se ajuste al vínculo biológico.	Ataca la invalidez sustancial que impide la eficacia.	Ataca el vicio coetáneo.	Dejar sin efecto la adopción.
Casos	- No inscrito - Inscrito como hijo de padres NN. - Inscrito como matrimonial o extramatrimonial de quienes no son sus padres.	Supuestos sociales o ADN.	Supuestos biológicos (parto e identidad) o ADN.	Supuestos biosociales o ADN.	Parto supuesto o suplantación.	Falta de concordancia entre el vínculo jurídico y el biológico.	- Falta de voluntad. - Incapacidad. - Imposibilidad del objeto.	- Vicios de la voluntad. - Incapacidad. - Simulación.	- Querer recuperar su filiación biológica. - Querer quedarse sin filiación.

Leg. activa	Hijo o representante Herederos: (i) Si murió antes de los 23 años sin demandar, (ii) Si devino incapaz antes de los 23 y murió en el mismo estado, (iii) Si el hijo dejó iniciado el proceso.	Quien tenga legítimo interés		Marido Herederos o ascendiente (iniciar o continuar proceso)	Presunta madre Herederos o ascendientes (continuar el proceso)	Padre o madre que no interviene en el Hijo Descendientes Quienes tengan interés legítimo	Por quien tenga legítimo interés o por el Ministerio Público	De parte	- Hijo mayor de edad
Leg. pasiva	Padre y madre	Supuesto padre o Herederos	Supuesta madre o Herederos	Hijo y madre	Hijo y padre	Contra quienes opongan al impugnante el reconocimiento			Padre(s) adoptivo(s)

Pruebas	Toda clase de pruebas								
Plazo	Imprescriptible								
Límite			Mujer casada	Concebido Si nace antes de 180 días del matrimonio o separación judicial: Si antes del matrimonio o reconciliación conoció embarazo.					
				Si admitió al hijo como suyo, y; si el hijo ha muerto, salvo interés esclarecer la relación filial.					
Ininpugnabilidad				- Posesión de estado, y; - Título de matrimonio y nacimiento					

SUBCAPÍTULO PRIMERO

DEL PROCESO ESPECIAL DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

SUBCAPÍTULO PRIMERO
DEL PROCESO ESPECIAL DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

I. Generalidades. **II.** Del neoproceso de filiación. **III.** Características. **1.** Juez competente. **2.** Titular de la acción. **3.** De los lineamientos del proceso. **4.** Sistema abierto. **5.** Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial. **6.** Adecuación de los procesos en trámite. **IV.** Del trámite. **7.** De la demanda. **8.** Mandato de paternidad. **9.** De la defensa y oposición. **9.1.** De la defensa. **9.2.** Emplazamiento. **9.3.** Excepciones. **9.4.** De la oposición. **9.5.** Costo de la prueba. **9.5.1.** Antecedente. **9.5.2.** La reforma. **9.5.3.** Alcances de la reforma. **9.5.4.** Costo de la pericia. **9.5.5.** Aspectos procesales de la pericia de ADN. **9.5.6.** Más allá de la reforma. **9.6.** La no oposición. **9.7.** Audiencia única. **9.8.** Inversión de la carga de la prueba. **9.9.** Diferencias entre la negativa y la oposición. **9.10.** La negativa como sucedáneo, es una presunción. **10.** Declaración de paternidad. Sentencia. **11.** Apelación. **12.** Procedimiento. Resumen. **13.** Modificaciones a la ley. **14.** Principios que inspiran a la ley.

I. GENERALIDADES

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta (procrear). Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese "uno" necesita conocer a esos "dos", o a uno de los dos. Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con sus ascendientes, quienes nos dieron "la vida". Bosch ilustra esta posición y sostiene que: "La necesidad de conocer de manera precisa sus orígenes, estuvo siempre latente en el hombre, la búsqueda de quienes fueron sus ancestros era importante para consolidar el grupo. Hasta el siglo XIX la descendencia de los reyes no era un asunto de intimidad. Se encontraba de por medio el trono, el destino del país"(886). Establecer los vínculos parentales deja de ser un tema personal, propio de cada quien, convirtiéndose en una situación de Estado(887), en la que debía asegurarse la legitimidad del trono, la corona y el poder.

(886) BOSCH, Alejandro F. "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". En: *La Ley*. Año LXVII Nº 39, Buenos Aires, martes 25 de febrero de 2003, p. 1.

(887) El mismo autor cita un interesante relato: "En la biografía de María Antonieta, S. Zweig dice (...) Como la capacidad de engendrar de un Borbón, en cuanto a la sucesión al trono, constituye un asunto de alta política, todas las Cortes extranjeras se mezclan en el asunto del modo más insistente. En los informes de los embajadores de Prusia - Sajonia - Cerdeña se encuentran detalladas exposiciones del delicado asunto, el más celoso de todos ellos, el embajador español, el Conde de Aranda, hasta llega a hacer examinar las sábanas del lecho real por criados sobornados, para seguir del modo más minucioso, la pista posible de todo suceso fisiológico (...)" (ZWEIG, S., "María Antonieta", Ed. J., p. 16).

La filiación es un tema recurrente. No falta oportunidad para tratarlo y, sobre todo, para un análisis moderno. Es un problema cotidiano, de siempre, de muchos y tantos más que va en aumento, creciendo de una manera incontenible, más aún en estos últimos tiempos en que la filiación es vista como una institución dirigida a la protección del hijo(888) dejándose de lado su mero contenido de parentalidad.

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente, no solo fue vedada –desde el punto de vista social– sino que de *iure condendo* la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba(889). Por todos conocida, la vergonzosa calificación de los hijos legítimos e ilegítimos, es más de los naturales y los no naturales y de la diversificación de estos últimos, hundía sus raíces en la limitación de los derechos de la descendencia no nacida bajo el manto matrimonial. Mientras más pecaminosa era la relación, la condición de los hijos se rebajaba, corriendo una suerte de *apartheid* legal, en palabras de nuestro historiador jurídico Ramos Núñez(890) y en Brasil por Paulo Lôbo(891). Lo enredado de su probanza influenció sobremanera en el afianzamiento del sistema presuncional (vestigio romano imperecedero). Luego, la diferenciación va sensibilizándose y se liberalizan los procedimientos de investigación. Aunque algunos aún defienden el sistema dispar de la filiación, sobre todo los conservadores(892), existe una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial(893) como es el caso del sistema brasilero (art. 1591 y ss del Código Civil) y el de Québec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (art. 522) y la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (art. 523).

A la fecha, el tema no es del todo claro por la indefinición de las normas. Mañana, tengámoslo por seguro, será la complejidad de las relaciones procreativas la que oriente una nueva formulación en los vínculos paterno-filiales. La filiación es sinónimo de incertidumbre a pesar de que la genética nos brinda una solución para su esclarecimiento. A mayores penas, en la filiación extramatrimonial

(888) KRASNOW, Adriana Noemí. "La filiación y sus fuentes". Ob. cit., p. 1459.
(889) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Parte especial*. Ob. cit., pp. 119 y 120.
(890) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho civil peruano*. Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2001, p. 288.
(891) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 193.
(892) Es el caso del criterio conservador del profesor chileno CORRAL TANCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de familia*. Grijley, Lima, 2005, p. 206.
(893) SESTA, Michele. "Derecho de familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa*. 40 años de rectoría 1963-2003, Universidad Externado de Colombia, Colombia, julio de 2003, p. 56.

no existe ningún elemento objetivo que permita atribuir la calidad de hijo siendo necesario un acto de emplazamiento expreso de forma tal que el vínculo biológico se traslade al plano jurídico(894), comienza aquí el entorpecimiento que intentaremos poco a poco ir desmembrando.

Tal como se presenta la relación filial, como institución esencial del Derecho de familia, su estudio tiene un corte crítico que busca la modernización de sus normas. Es difícil aceptarlo pero la renovación del sistema no es fácil; implica en gran medida remecer los cimientos de la familia tradicional, echar por la borda varios siglos de tradición jurídica, de doctrinas que en algún momento fueron vanguardistas y que hoy son historia, casi consideradas leyendas, grandes obras de la mitología jurídica.

Diversos factores impulsaron la reforma de la filiación en el Código Civil peruano. Lo normado en su oportunidad, más que obsoleto y mantenido por tanto tiempo vigente representa una muestra de lo poco efectivo y anacrónico de muchas instituciones privadas(895). Años de trabajo en la formulación de sinnúmero de proyectos de ley en materia filial, la velada esperanza de que la jurisprudencia en familia tome un nuevo rumbo en pro de la filiación, los procesos de paternidad incrementándose día a día, sin encontrar solución, generaron como consecuencia lógica y necesaria que el 8 de enero de 2005 se dictara la Ley Nº 28457 que aprueba un proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial. La nueva normativa va de la mano con la urgente actualización que requieren nuestras leyes en materia de procreática y genómica, descubrimientos que conducen a la necesidad de generar principios y preceptos jurídicos claros a las nuevas problemáticas(896).

La filiación ameritaba ser analizada y regulada con un criterio real, con una tendencia vanguardista propia del pensamiento postmoderno(897). Debía validarse la realidad frente a la formalidad; claro, sin aplastar la esencia de su contenido. Lo que no podía seguir sucediendo es dar la espalda al tecnicismo que es una herramienta maestra en los actuales problemas de orden filial, sobre todo los extramatrimoniales que entrañan "uno de los problemas más ardorosos en los más

(894) AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia.* Ob. cit., p. 408.

(895) Refiere De Trazegnies "(...) este Código [de 1984] que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos" es más, como concluye, recientemente ha comenzado a perder vigencia incluso en estos aspectos. Vide DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil: Críticas, estrategias, perspectivas". En: *Homenaje a Max Arias-Schreiber*. Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 111.

(896) Al respecto Cfr. BETERO, Sergio Manuel. "El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho". En: *La Ley. Actualidad*. Año LXIX, Nº 131, Buenos Aires, jueves 7 de julio de 2005, p. 3.

(897) Mayor detalle y explicación de la estructura del post-modernismo jurídico y el impacto de la modernidad en las relaciones humanas y sociales Vide GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo*. ED. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005.

variados planos del pensamiento humano que impone la biología en la naturaleza humana"[898].

II. DEL NEOPROCESO DE FILIACIÓN

Los procesos de filiación han merecido criterios variados en cuanto a su trámite y contenido, sea consagrando legislativamente las pruebas genéticas o, en su caso, dejando al arbitrio del juez los resultados. Como era de esperarse, la pericia de paternidad ganó terreno, sus resultados marcaron una pauta precisa, indispensable, siendo la valoración del juez referencial al momento de emitir sentencia.

La moderna doctrina especializada considera que "el juicio de filiación hoy en día es netamente pericial"[899] en virtud de que los lazos biológicos o naturalísticos (como los llama Sesta[900]) familiares que lo sustentan son irrebatibles. En esta vertiente Victoria Famá[901] analiza que el principio de amplitud probatoria arraigados en los procesos de filiación se rezaga dado que en la práctica la prueba por excelencia es la biológica, tanto así que algunos autores la definen como la *probatio probattisima*[902].

Los procesos de filiación ameritan un estudio serio y pormenorizado en los que no pueden faltar lo que se conoce comúnmente como el *test* biológico de rigor, en términos técnicos la *prueba científica*. Como señalamos anteriormente, el sector tradicional sostiene que "es dable aclarar que este no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario, sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación"[903]. Dos criterios marcados, el primero no con la contundencia del caso pero sí en el fondo, asumido por la ley peruana en materia de paternidad extramatrimonial.

---

(898) Véase prólogo de Enrique DÍAZ DE GUIJARRO a la obra de Roberto A. M. Terán Lomas. *Los hijos extramatrimoniales*. Tipografía Editora, Buenos Aires, 1954, pp. XI y XII, Cit. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Ob. cit., p. 459.

(899) MENDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Ob. cit., 2001, p. 124.

(900) SESTA, Michele. (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Tomo IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002, p. 582.

(901) FAMÁ María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". Ob. cit., p. 54.

(902) MIDÓN, Marcelo S. "Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?". En: *Revista de Derecho Procesal, 2005-I*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 273. Cit. FAMÁ María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". En: Ob. cit., p. 54.

(903) DI LELLA. Pedro. *Paternidad y pruebas biológica*s. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 46 y ss. Este argumento fue seguido por CASTRO Verónica Adriana y DIANA, María José. "La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación". En: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho civil*. Libro de ponencias, Tomo II, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Rosario, 2003, pp. 82 y 83.

Siguiendo esta posición, la norma nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en resultados –más que periciales– obtenidos por una prueba científica(904) cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. La jurisprudencia comparada reconoce, citamos una colombiana, que "Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios científicos y técnicos inobjetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de este tipo de mayor valor aceptar las conclusiones de aquella"(905). Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, moderno, sui géneris creado para dar solución al problema social de la paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida, curiosamente se considera que se trata de un proceso de reconocimiento forzoso(906) o reconocimiento provocado(907) de la paternidad extramatrimonial. Lo que antes dependía de la voluntad del padre hoy se impone a fuerza la naturaleza.

Este proceso es producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente (detalles más adelante). Se llega a crear *aliquid novum*, algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivas más humanos que existen. Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código procesal civil(908). Ninguno de los procesos del Código cumplían con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la Ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código Procesal Civil, produciéndose el denominado fenómeno de la *descodificación*, una *legislação extravagan*te, como diría la doctrina Luso-Brasilera. Esta situación no es mala política legislativa,

(904) "(...) (Es) una pericia calificada por la idoneidad del experto que la practica y se caracteriza, también, por el uso de avances notorios y recientes en los campos de la ciencia y la tecnología (...) ejemplos de prueba científica son el test de ADN" (PEYRANO, Jorge W. "Sobre la prueba científica". En: *La Ley*. Año LXXI, Nº 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007, p. 1).

(905) BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. Ob. cit., p. 204.

(906) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y Perú, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Universidad, 2007, p. 305 y VELARDE BOLAÑOS, Rosa. "La verdad os hará libres. A propósito de inaplicabilidad de la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 29.

(907) LLOVERAS, Nora. Ob. cit., p. 327.

(908) El *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, realizado el 21 de junio de 2005, acordó por unanimidad: PRIMERO.- En tanto la Ley Nº 28457 crea una forma especial de solicitar la filiación de paternidad extramatrimonial, debe cumplirse con la misma y en efecto tramitarse la filiación extramatrimonial, en este proceso especial, dado que el proceso que se ha diseñado por la Ley Nº 28457 que modifica el artículo 402 del CC, es un proceso de naturaleza especial que no se ajusta a ninguno de los procesos del Código Procesal Civil … (las cursivas son nuestras).

por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código Procesal y del Civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

El fundamento de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones. Su fin es claro: declarar la paternidad salvo prueba biológica en contrario(909).

III. CARACTERÍSTICAS

El proceso, como queda expresado, es especial, sui géneris.

Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

1. Juez competente

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial el juez de paz letrado, no el especializado de familia(910).

La propuesta se sustentó en que no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar con base en el resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado. Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado. Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de la de vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes(911). Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia.

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano Deho alude que: "Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez de paz letrado por el noble argumento 'facilitar el acceso' y el, no tan noble, de 'evitar la casación', es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante

(909) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Ob. cit., p. 327.

(910) El juez de familia, a sabiendas de que no era competente para conocer la demanda de filiación paternal, admitió esta y emitió sentencia declarándola fundada, inobservado de esta manera lo dispuesto por la Ley Nº 28457, mediante la cual declara la exclusiva competencia del juez de paz en los procesos de filiación paternal. Cas. Nº 1952-11, Cusco.

(911) Vide "Sobre Justicia y la cultura de paz" el Capítulo I de GUERRA CERRÓN, María Elena. *Hacia una justicia de paz. Un asunto de interés nacional*. Grijley, Lima, 2005, p. 1 a la 12.

el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (art. 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de 'nomofilaquia' que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir"[912]. La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia pueden ser tratadas perfectamente por el juez de paz, además requieren de un proceso ágil y rápido.

2. Titular de la acción

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales.

El artículo 407 del Código establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde solo al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar[913] pudiendo la madre actuar en su representación en caso de minoridad del hijo.

La ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial permite, a contrario sensu, poder accionar en paternidad a "quien tenga legítimo interés", es decir, a cualquier tercero.

En este importante cambio se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar, CC) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo. Tanto a la persona como al Estado le interesa que cada quien tenga un padre.

Por su parte Nora Lloveras[914] alega que esta excesiva amplitud en la legitimación activa puede incidir en la intimidad del padre, de la madre o del núcleo familiar[915] pero el objetivo de la ley es resguardar el interés superior el niño que es mucho mayor a todo.

(912) ARIANO DEHO, Eugenia. "El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 134, Lima, enero, 2005, p. 65.

(913) Cfr. LASTARRIA RAMOS, Edgard. "Titulares de la acción". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003, p. 48.

(914) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Ob. cit., p. 334.

(915) Como dice Famá (FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Ob. cit., pp. 24 y 25) dice que la intimidad cobra especial importancia en lo referente a la negativa a la realización de las pruebas biológicos o su actuar compulsivo, lo que en nuestro medio no tiene especial relevancia.

3. De los lineamientos del proceso

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

- *Modernidad.*- Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN(916) debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador.

- *Proceso sui géneris.* Algunos refieren que se trata de un proceso *especialísimo*(917), otros de un proceso *monitorio*(918) en el entendido que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo(919) de averiguación

(916) El carácter científico, el grado de efectividad y certeza de la prueba de ADN es reconocida en la jurisprudencia local desde hace un buen tiempo: Exp. Nº 316-88-Lima, Exp. Nº 3114-96, Lima, Exp. Nº 542-97-Lima, solo por citar 3 casos pero, ojo, no necesariamente los más remotos.

(917) Vide SUÁREZ VARGAS, Luis. "El 'especialísimo' proceso de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, martes 15 de febrero de 2005, p. 3.

(918) Martel Chang explica que: "Para tramitar la pretensión de filiación por paternidad extramatrimonial se ha dejado el proceso ordinario (de conocimiento) y se ha adoptado el proceso monitorio puro, donde el dicho de la parte demandante es suficiente para obtener decisión favorable, salvo que el resultado de la prueba del ADN le resulte adverso". MARTEL CHANG, Rolando. "Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Lima, tomo 138, mayo, 2005, p. 70. En igual norte Ariano Deho manifiesta que: "(…) el legislador en aras de la 'agilidad' procesal ha optado por consagrar un sui géneris procedimiento con *estructura monitoria*, vale decir, un procedimiento cuya primera fase tiene la estructura invertida respecto a un normal proceso declarativo, en cuanto la promoción del contradictorio es dejada a la iniciativa del "emplazamiento", el que, si quiere, podrá promoverlo justamente oponiéndose. Resulta (por decir lo menos) insólito que se haya establecido un procedimiento monitorio en relación a situaciones jurídicas indisponibles como son los *status*". ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 66. "(...) esta pretensión no puede generar un proceso monitorio pues la sola afirmación de una parte no puede ni debe constituir un título de ejecución aun cuando la ley le otorgue tal cualidad, pues aquello infringe el principio constitucional del contradictorio". FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, setiembre 2007, año 13, p. 96.

Para mayor detalle del proceso monitorio tenemos que el profesor español Hinojosa Segovia reseña que "El proceso monitorio se configura como un proceso especial particularmente rápido que tiene por objeto la creación de un título de ejecución" (HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista de Derecho Procesal. Dirigida iberoamérica*. Nº 1-3, Madrid, 2001, p. 301). En términos prácticos este proceso se inicia con un sencillo escrito acompañado de un documento que contiene una deuda pero que carece de mérito ejecutivo. Su existencia es muy antigua (Italia, siglo XIV) y constituye un medio procesal eficaz para proteger el crédito y agilizar el tráfico mercantil.

(919) Con criterio similar Rodríguez Domínguez dice: "Estando al texto de la norma, a este proceso, que por su naturaleza es de conocimiento, se le está dando el trámite de proceso ejecutivo", Cfr. RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Ob. cit., p. 402.

del estado (decimos *ejecutivo* en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo[920]).

- *Proceso basado en la efectividad del ADN*.- Las pruebas científicas se edifican en las *ciencias duras* (la química, biología, genética lo han demostrado).

  Con este sustento el proceso de paternidad se fundamenta, es decir, tiene su *ratio essendi* en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad[921]), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar.

  Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba genética en los procesos de filiación. Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, "debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia, rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero" (Ac. 1ª Câmara Cível. TJSC - Ap. Cív. Nº 36.643 - Anchieta - Relator Desembargador Napoleão Amarante - Pub. DJSC de 27/09/1991 - p. 12)[922].

  Es en este contexto que se menciona que el proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial es una medida autosatisfactiva dado que con la sola solicitud, y sin oposición de la parte demandada, se declara judicialmente la filiación teniéndose por satisfecha la pretensión del demandante[923].

- *Acceso a la justicia*.- Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones

(920) "CUARTO.- Este proceso *no se equipara a un proceso ejecutivo*, ni a ningún proceso de los previstos en el Código Procesal Civil, por su naturaleza especial". Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

(921) Se practicaron prueba de ADN a la demandante, demandado y la menor, siendo el resultado final la existencia de perfiles genéticos obtenidos al noventinueve por ciento que da por concluido la relación que tiene el demandado de padre biológico de la menor, por tanto, mérito suficiente para que la sentencia sea estimada. Exp. Nº 307-2008 - Juzgado de Paz Letrado De Mala. Corte Superior de Justicia de Cañete (13/08/2010).

(922) BAHENA, Marcos. *Investigando a Paternidade*. Editora de Direito, São Paulo, 1998, p. 99. Cit. por FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da: "Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade". En: *Jus Navigandi.* Nº 112, 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acesso el 30/5/2005.

(923) AYVAR CHIU, Karina. "El proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 196, marzo, 2010, p. 74 y ss.

de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, "el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales"[924], no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley.

- *Acumulación de pretensión de alimentos*.- En el mismo proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial podrá acumularse, como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, según modificatoria a la norma original[925].

La ley y el proceso aprobado tratan de una acción de inquisición de paternidad, como la llaman en Venezuela[926], tomando en consideración lo delicado de su probanza, la exigencia en su determinación (según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia, el término "inquisición" significa indagar, averiguar o examinar cuidadosamente algo, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición). Asimismo, de una acción intimatoria de paternidad, denominación que preferimos asumir (según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, el término "intimar" significa Requerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad o fuerza para obligar a hacerlo, *Diccionario de la lengua española*, 22ª edición).

4. Sistema abierto

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto. No solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones. Descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse[927]. Todo al más puro estilo mi-

(924) FERRANDINO, Álvaro. "Acceso a la justicia". En: PASARA, Luis (Compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Consorcio de Justicia Viva, Lima, 2004, p. 379.

(925) L.29821, DOEP., 28/12/2011.

(926) VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. 11ª edición ampliada y puesta al día, Caracas, Ed. Vadell Hermanos, 2002, p. 389.

(927) Compartimos con Velez Sárfield quien sostuvo en 1858 su posición contraria a que la indagación de la paternidad sin restricciones podría desencadenar grandes escándalos, chantajes e incluso un atentado contra la moral. Al respecto, manifestó tajantemente que no se trata de descubrir un crimen sino simplemente (subrayamos simplemente) de determinar quién es el progenitor o los progenitores de una persona, lo que de ninguna manera puede ser un escándalo, por el contrario la prohibición de la indagación de la paternidad destruye las leyes que crean el orden familiar, lo que sí es un escándalo, de tremenda dimensión

nimalista, *menos es más* ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez. Marca la importancia por el fondo, no por la forma. La precisión es su carta de garantía. Queda atrás la apariencia, incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterno filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós los barrocos juicios de paternidad.

Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres (el que es bueno en familia, es también buen ciudadano, como decía Sófocles). La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar. ¡Qué duro debe ser sentirse negado por su padre!, Es cuestión de vivirlo, ¿verdad?, de sentirlo para saber en el fondo de qué se trata. "HUMANA cosa es tener compasión de los afligidos, y aunque a todos conviene sentirla, más propio es que la sientan aquellos que ya han tenido menester de consuelo y lo han encontrado en otros: entre los cuales, si hubo alguien de él necesitado o le fue querido o ya de él recibió el contento, me cuento yo" (sólido inicio del *Decamerón*, BOCCACCIO, Giovanni. Vide Proemio). El fin del proceso se consigue, como manifestamos antes, con una cultura de paz que rechace la violencia, esta violencia familiar que pasa desapercibida.

Algunos siguen pensando a su estilo clásico, por decir, y tienen derecho a hacerlo y a todos beneficia, sino no tendríamos con quien debatir. Uno de ellos es Plácido quien afirma que el sistema del Código Civil, a pesar de todo, sigue siendo taxativo; es más, alega que esta nueva ley no ha variado el régimen restringido(928) por lo que no procederían otros casos de aquellos no contemplados en la ley. Concluye que esta última causal (sic.), sustentada en la prueba de ADN, es posible que no sea aplicable a esos *otros casos* comprobándose que "la previsión del legislador es siempre más pobre que la realidad"(929).

Consideramos que no es así, por nuestros argumentos anteriores que de más está repetirlos por más deseos que tengamos. Dos cosas solo como recordaris. En primer lugar, 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. Segundo, la jurisprudencia desde 1992, viene orientándose

agregaríamos nosotros. Vide PALMERO, Juan Carlos. "Vélez Sárfield y el derecho Latinoamérica". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*. Ob. cit., pp. 245 y 246.

(928) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Creditur virgini pregnanti (...), volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134, Lima, enero, 2005, p. 42.

(929) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139, Lima, junio, 2005, p. 44.

sobre el criterio abierto para el establecimiento de la paternidad, admitiéndose esos *otros casos*:

> "Si bien el artículo 402 del Código Civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró"(930).

Otro es Miranda Canales quien sustenta el éxito de la prueba del ADN pero temeroso vaticina su éxito en los años venideros, "el futuro legislativo no puede ser otro que el de la prevalencia de filiación biológica, es decir, el de la introducción del sistema abierto de la determinación de la paternidad"(931). ¿Qué quiere decir? No me imagino. Lo que sí vemos su razonamiento ignora la Ley Nº 28457 que, como manifestamos, nos llevan a sostener indefectiblemente que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido hoy en día es uno de tipo abierto.

5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser "madre", de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre –aparte del machismo–, los largos senderos, trochas incluidas, para discutir el parentesco en fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales.

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, por su ser, podemos verlo representado en esta ley que promueven un cambio clave para superar el sexismo y la misoginia y dignificar a la mujer, pasando *de la mentira presumida* a la *presunción de verdad*, ofreciendo

(930) Exp. Nº 271-92-Lima. En: *Revista jurídica del Perú*. Año XLV, Nº 2, Ed. Normas Legales S.A., Trujillo, 1995, pp. 157-158. Mayor análisis al respecto Vide *Mi Filiación, Derecho y Genética.* Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999, p. 225 en adelante.

(931) MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. "ADN como prueba de filiación en el Código Civil". En: *Jurídica.* Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Lima, 5 de febrero de 2008, p. 4.

el valor real a la palabra de la madre peruana, como reflexiona Liéis Thurler(932), un rescate de la vieja fórmula *virgini proegnanti creditur*. Con la misma óptica Ramírez Huaroto(933) considera que el enfoque de género ayuda a determinar que tanto en el componente formal-normativo del Derecho como en las resoluciones judiciales es posible vislumbrar un sesgo androcéntrico. Las normas regulan las relaciones paterno-filiales, claramente contra los intereses del sujeto masculino, concentrando indirectamente en la madre la responsabilidad sobre los hijos.

No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de la relaciones sexuales, estas escapan al contenido normativo. El sexo es una expresión humana, la más pura y natural en la que hombre y mujer se entregan, se hacen uno, él de ella (Marte rendido a los pies de Venus), ella de él (el escudo blandido por la filuda espada). Sexo y procreación, sexo y fornicación. Sexo como carne (apetito), sexo como espíritu (enaltecedor del ser). Por allí encontramos algunas diferencias o respuestas a muchas interrogantes. Hombre y mujer, la pareja, deben encontrarse y hallar finalmente sus destinos. No depende de uno, ni de otro, depende de ellos, cada quien con su propia responsabilidad natural. "La próxima vez que estén con una mujer, busquen dentro de su corazón y pregúntense si son capaces de ver el sexo como algo místico, espiritual. Desafíense ustedes mismos para ver si son capaces de hallar esa chispa de divinidad que el hombre solo alcanza a través de la unión con la divinidad sagrada"(934).

El proceso aprobado solo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. Son más los casos que tratan de responder la pregunta: ¿Quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿Quién es mi madre? En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante. Aunque puede presentarse ambos casos, sin padre, sin madre (cuando preguntó cuál de los curas era su papá, recibió un bofetón por insolente ... Creo que en realidad nada sabía de sus progenitores. *Eva Luna*, Isabel Allende) situación de los expósitos, abandonados, hospicianos, recogidos y albergados en inclusas. Sin familia, no hay pobreza peor.

La cantidad de procesos no es un lógico sostén. Al contrario, la ley distingue absurdamente la misma pretensión genérica canalizándola en un procedimiento distinto. Es como si teniendo que alimentar, por decir, a dos palomas lo hiciéramos

(932) LIÉSI THURLER Ana. "Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo". En: *Jus jurisprudencia.* Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 75.

(933) RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling: "¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de la constitucionalidad de la Ley Nº 28457 desde la perspectiva de género". En: <www.derechovirtual.com>, Año II, Nº 4, junio 2007, p. 18.

(934) BROWN, Dan. *El Código Da Vinci*. Traducción Juanjo Estrella, Umbriel, Barcelona, 2003.

solo con una, puesto que la otra, entendemos, puede conseguir su propio sustento. Dos sistemas procesales, de diverso género y trámite, uno para el padre y otro para la madre. No cabe justificación. Implica un trato dispar, diferencial, entre la determinación de la paternidad y la maternidad. Como dice la profesora argentina Estigarribia(935), resulta discriminatoria en cuanto no permite el mismo tratamiento para quien pretenda reclamar la declaración de maternidad. En esta línea de pensamiento, atenta contra el derecho al acceso a la justicia, pues uno de los niveles de este derecho es que todas las personas puedan acceder a la justicia en igualdad de condiciones, sin distinciones de ningún tipo. Diferencias aparte el tratamiento de la justicia amerita un trato paritario.

Aunque más sencillo sea el esclarecimiento de la maternidad, por el parto y porque no existen presunciones que alegar ni probar, no se le da preferencia –como debiera ser– dejándola a expensas de un largo y trajinado proceso de conocimiento. Lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distingos, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas.

Al respecto se vienen planteando dos posiciones:

- No se puede aplicar por analogía a los procedimientos de declaración de maternidad extramatrimonial dado que las normas procesales son de orden público
- Con base en el interés superior del niño puede demandarse a través del nuevo proceso(936).

6. Adecuación de los procesos en trámite

Una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de filiación en trámite, conforme lo establece la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley: "Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente Ley".

La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno filial se verá simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada. Pueden presentarse inconvenientes, como por ejemplo que las argumentaciones planteadas en las demandas o contestaciones sean contrarias a la finalidad buscada con la nueva ley, en las que prime el nexo biológico frente a los fundamentos de hecho, últimos estos que abundan en los procesos en trámite.

(935) María Laura Estigarrabia Bieber, comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora.

(936) *Diálogos con la Jurisprudencia*. Nº 84, año 11, Lima, setiembre de 2005, p. 14 (Consulta a cartas).

El criterio adoptado por uno que juzgado de familia es el siguiente:

> "(...) **Primero:** Puesto a Despacho, y atendiendo: Que, el día Ocho de Enero del año en curso se ha publicado la Ley Nº 28457, en relación a los procesos de Filiación regidos por el artículo 402, inciso 6 del Código Civil, es decir aquellos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares; siendo de atender al derecho de toda persona a conocer su identidad; **Segundo:** Que, en relación a los procesos en trámite la referida Ley, en su disposición cuarta, indica que los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la Ley; **Tercero:** Que, a los efectos de determinar la Competencia el artículo 8 del Código Procesal Civil señala que la competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda y no podrá ser modificado por los cambios de hecho posteriormente, salvo que la Ley exponga expresando lo contrario, norma que en concordancia con la Segunda disposición final del Código Procesal Civil, que dispone: "las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios (...)", manteniendo este Órgano Jurisdiccional la competencia de los procesos en trámite, por lo que procediéndose a la adecuación es de atender a que la Ley en mención no dispone reglas de adecuación establecida; y siendo que la Ley Nº 28457, en su artículo 1 dispone que: El que tiene legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede acudir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la Filiación demandada; si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; y en su artículo 2 la oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante. Si transcurrido diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliese con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad; **Cuarto:** Que, siendo así es de atender que la Demanda se adecue como demanda, la contestación se adecue como oposición y si el proceso se encontrara en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con el artículo 3 y artículo 4, de la Ley Nº 28457"[937].

(937) Exp. Nº 183518-2004-00067, 18 Juzgado de Familia, Corte Superior de Lima (26/1/2005).

Al analizar la resolución citada podemos apreciar los siguientes principios a tenerse en cuenta en la adecuación:

- Es aplicable a los procesos cuya pretensión se acredita con el pedido de someterse a la prueba de ADN u otras similares, en particular los seguidos en amparo del artículo 402, inciso 6 del Código Civil.
- Máximo reconocimiento al derecho de toda persona a conocer su identidad.
- La adecuación de los procesos en curso al nuevo tipo está expresamente considerada en la ley.
- La competencia de los jueces es por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda, la que no podrá ser modificada posteriormente por los cambios de hecho, salvo que la Ley disponga lo contrario como es el caso materia de análisis.
- Corresponde a los Órganos Jurisdiccionales que vienen ventilando los procesos de filiación la competencia de los procesos que tienen en trámite.
- Si bien la Ley no dispone reglas de adecuación específicas, es función del juez dictar las medidas necesarias y pertinentes para lograr la finalidad del proceso.
- La adecuación se realiza:
  - La demanda se adecua como demanda.
  - La contestación se adecua como oposición y,
  - Si el proceso se encuentra en etapa de la realización de la prueba del ADN, se dictará el auto de filiación, el mismo que estará a los resultados de la prueba procediéndose de conformidad con el artículo 3 y artículo 4, de la Ley Nº 28457.

Sin embargo, esto altera toda la estructura técnica y lógica del proceso por lo que la Sala de Familia, recurrida que fuera la Resolución en comentario, falló de la siguiente manera:

> "**Quinto:** Que, (...) el a quo ha expedido la resolución apelada adecuando todos los actos procesales realizados en autos y confundiendo de esta manera, el trámite establecido en la norma citada conforme se advierte del tercer y cuarto considerando de la apelada; (...) **Sétimo:** Que, el debido proceso exige garantías que posibiliten una administración de justicia eficiente y tal eficiencia implica **agilidad, inmediación** y apertura para escuchar a todos los interesados por el derecho que les asiste respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva (...); por lo que, al expedirse la recurrida con los defectos anotados se ha incurrido en nulidad insalvable por

causal prevista en el artículo ciento setentaiuno[938] del Código Procesal Civil; máxime, si se tiene presente que la omisión de los trámites procesales no puede ser materia de convalidación (...)" .

DECLARARON NULA la sentencia apelada que declara la paternidad e insubsistente lo actuado[939].

Comentarios por cuenta de cada quien. Lo que sí podemos decir es que la praxis generará una mejor aplicación de las reglas de adecuación de los procesos. En efecto, a propósito de un caso de reclamación de paternidad, nuestra Corte Suprema[940] ha conocido un caso por el cual se cuestionaba en el recurso de casación la contravención a las normas del debido proceso por la no aplicación de la prueba de ADN, aun cuando la madre reclamante contaba con auxilio judicial, en tanto que la Corte Superior de Justicia de Ica sostuvo que "no se ha regulado aún la situación jurídica de exoneración de pago para verificar la prueba de ADN para aquellas personas que gozan de auxilio judicial –según los alcances previstos en la Ley número 27048– artículo 4". En atención a ello, nuestra Corte Suprema, sin estar admitiendo la casación para los casos seguidos al amparo de la nueva Ley N° 28457, ha precisado que "al advertirse que la decisión adoptada por las instancias de mérito contravienen normas que garantizan el derecho a un debido proceso, esta Sala considera que los presentes autos deben ser devueltos al Juez de Primera Instancia y este debe tramitar la causa de conformidad con la mencionada Ley número 28457, corriendo traslado de la demanda de filiación y luego, de no producirse oposición, declarar judicialmente la paternidad". Es cuestión de coordinación entre los magistrados para conseguir la plena aplicación de estos principios y de las normas materia de declaración paternal. Téngase en cuenta que se trata, en cuanto a la disposición complementaria dedicada a la adecuación, de una norma de aplicación temporal, es decir, que su objetivo no es permanencia en el tiempo sino, por el contrario, lograr únicamente que todos los procesos se rijan por las nuevas disposiciones. Ariano Deho[941] observa un matiz de inconstitucionalidad en las normas de adecuación con base en el principio del "juez natural" con la tesis de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (inc. 3 del art. 139 de la Constitución) y por el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* consagrado en la segunda disposición final del CPC.

---

(938) **Código Procesal Civil**

"**Artículo 171.- Principio de Legalidad y Trascendencia de la nulidad.-** La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito".

(939) Exp. Nº 821-2005, Corte Superior de Lima, Sala Especializada de Familia (12/09/2005).

(940) Casación Nº 3066-2005-Ica, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (26/06/2006).

(941) ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 68.

A manera de colofón en este punto podemos decir, adicionalmente en cuanto a las características se refiere, que el proceso es *singular,* típico en cuanto a su tratamiento; *declarativo,* busca establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; *plenario,* reúne en actos concretos los principales actos procesales y, por sobre todo, *rápido*.

IV. DEL TRÁMITE

Con Jorge Peyrano[942] reconocemos que la razón de ser del creciente interés existente por la prueba científica en el seno del proceso civil en general obedece, en buena medida, a la revalorización del proceso civil como marco apto para descubrir (o por lo menos acercarse) a la verdad material histórica u objetiva, lo cual no es exclusividad –hoy en día– del proceso penal.

La diferencia con el proceso de conocimiento, por el que se regía anteriormente esta filiación, es abismal. Por decir lo menos se da un giro de 360 grados que lo hace incomparable con la gestión procesal anterior y con otra existente en razón de su singularidad. Se reducen etapas, actos, plazos.

Cuenta con un trámite que podemos esquematizar de la siguiente forma:

7. De la demanda

El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. Se discute con razón el hecho de que más que una demanda sea una solicitud de paternidad al carecer en su contenido de fundamentos de hecho. En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica.

Acumulación de pretensión de alimentos[943].- En este mismo proceso de declaración de la paternidad podrá acumularse como pretensión accesoria la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil, es decir, para este tipo de acumulación objetiva no se tomará en cuenta los requisitos de que (i) Sean de competencia del mismo juez, (ii) No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa y, (iii) Sean tramitables en una misma vía procedimental.

8. Mandato de paternidad

Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, "de esta

(942) PEYRANO, Jorge W. "Sobre la prueba científica". En: *La Ley*. Año LXXI, Nº 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007, p. 1.
(943) L.29821, DOEP., 28/12/2011.

forma el juez si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino a las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo"[(944)].

Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado.

Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja[(945)]. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso. No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario, es una forma de coerción pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a la prueba biológica, de no realizarse en el plazo indicado se decretará la paternidad. Sus efectos son expectaticios, están sujetos a una condición suspensiva que la prueba no sea realizada en plazo estipulado.

Como acto procesal, el mandato de paternidad debe contener:

- Una parte expositiva, una considerativa y la dispositiva.
- Intimación al sometimiento a la prueba genética.
- Plazo para su realización.
- Apercibimiento de declararse la paternidad.

De la pretensión de alimentos. El juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos.

El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días, de haber sido notificado válidamente, para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil, *i.e.* acompañando la última declaración jurada presentada para la aplicación de su impuesto a la renta o del documento que legalmente la sustituye. De no estar obligado a la declaración citada, acompañará una certificación jurada de sus ingresos, con firma legalizada.

(944) MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 69.
(945) Término utilizado por Herrera Navarro refiriéndose al mandato ejecutivo. Vide HERRERA NAVARRO, Santiago. *Proceso de ejecución*. Normas Legales, Trujillo, 2002, p. 29.

9. De la defensa y oposición

9.1. De la defensa

La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez (10) días siguientes. No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma (salvo una excepción como veremos luego). Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso.

9.2. Emplazamiento

Se trata de un requerimiento realizado por autoridad jurisdiccional a la demandada a fin de que comparezca dentro de un plazo y participe como sujeto procesal.

El requerimiento debe ser en el domicilio del requerido en paternidad para que sea eficaz. Solo con una adecuada notificación de la demanda, como alienta Beltrán Pacheco(946), salvaguardarán los derechos del demandado, debiéndose tener en cuenta que en la práctica han surgido casos en los que no se le notificó conforme a las formalidades legales debido a una incorrecta y distorsionada información proporcionada por la parte accionante, en muchas de las cuales la mala fe es la regla, mientras que en otros es el propio demandado quien intenta valerse de argucias por mala notificación(947).

9.3. Excepciones

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que esté prohibido, lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada, por mencionar algunas) resultando incoherente y no ajustado a derecho. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. El tema es discutible.

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722 del Código Procesal Civil trata sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco (5) causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o

(946) BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p. 26.

(947) El siguiente criterio casacional sería aplicable a estos procesos: En un proceso de filiación extramatrimonial el demandado no puede alegar que no fue notificado válidamente a la Audiencia de tomas de pruebas para la prueba de ADN, si de autos obra la notificación por cédula realizada a su apoderada lo que acreditaría que tuvo conocimiento del proceso en su contra. Cas. Nº 3668-2007-Lambayaque (06/10/2008).

prescripción)[948]. En opinión de Hinostroza[949] "nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo, las primeras)". Si bien la normativa no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa, la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo[950]. Compartimos la posición de Hinostroza.

La Corte Suprema asume otro criterio respecto de la admisibilidad de las excepciones en los procesos de ejecución de garantía, teniendo:

1. "(...) A diferencia del proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero que en su artículo setecientos del código acotado (CPC), permite al ejecutado proponer excepciones o defensas previas, en el trámite de la ejecución de garantía no existe dicha posibilidad (...)"[951].

2. "(...) De acuerdo al artículo setecientos veintidós del Código Procesal Civil y a diferencia del artículo setecientos del mismo cuerpo de leyes, referido al proceso ejecutivo, no se prevé la formulación de excepciones y defensas previas, debido a que su naturaleza es sustancialmente especialísima, esto implica que se ha procurado establecer una vía procesal más expeditiva que la del proceso ejecutivo en razón a que lo requerido judicialmente es un título de ejecución (...)"[952].

3. "(...) La resolución de vista, al confirmar la resolución que declara improcedente su excepción, no contraviene su derecho a la defensa, toda vez, que la norma procesal le permite al recurrente hacer uso de las causales para contradecir el mandato de ejecución, debiendo el recurrente circunscribirse exclusivamente a ellas (...)"[953].

---

(948) **Código Procesal Civil**

"**Artículo 722.- Contradicción.-** El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescrita. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo".

(949) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo.* Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003, p. 1398.

(950) Ibídem, p. 1399.

(951) Casación Nº 2542-99-Lima, diario oficial *El Peruano*, 18/12/1999, p. 4357.

(952) Casación Nº 3115-99-Lima, diario oficial *El Peruano*, 19/02/2000, p. 4646.

(953) Ídem.

Un criterio opuesto que afianza nuestra posición:

1. No obstante que el artículo 722 del Código Procesal Civil no señala la admisibilidad de las excepciones, cabe proponerlas porque no hay disposición que lo prohíba.

   El no permitir oponer dichos medios de defensa supone que en todos los casos son válidos por sí mismos, lo cual es una ficción(954).

Las excepciones, como tales en su esencia, son válidas en el proceso intimatorio de filiación, pues permiten una tutela preliminar del demandado frente a una irregularidad del proceso, sirviendo para denunciar la invalidez de una relación procesal.

La jurisprudencia tiene nuevamente la palabra dejando sentado verdaderos precedentes(955).

9.4. De la oposición

La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado.

Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia. No vale, ni siquiera serían admitidos, oponerse con argumentos, en todo caso estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad.

Plazo.- Son diez (10) días para que el emplazado formule oposición. A contrario sensu:

- El mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y,
- El juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.

Oposición fundada.- Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez:

- Declara fundada la oposición y dictará sentencia.

(954) Exp. Nº 1339-94, 4ª Sala, Ejecutoria de 12 dic. 1994. Vide LEDEZMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias*. T. I, Cultural Cusco, Lima, 1995, pp. 156-157.

(955) Claramente en un ensayo publicado se dice acerca del precedente: "La doctrina el precedente en el 'common law' tiene dos dimensiones, que llamaremos 'stare decisis' horizontal y "stare decisis" vertical, la primera se refiere a la obligación de los tribunales de seguir sus propios precedentes, la segunda alude a la obligación de los tribunales de seguir los precedentes de sus superiores jerárquicos". LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h). "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 211, Buenos Aires, 31 de octubre de 2005, p. 1.

- Declara infundada la pretensión de alimentos.
- Condena a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso.

Oposición infundada.- Si la prueba produjera un resultado positivo, el juez:

- Declara infundada la oposición, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad.
- Dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos.
- Condena al demandado al pago de costas y costos del proceso.

9.5. Costo de la prueba(956)

El costo de la prueba biológica de ADN es asumido por la parte demandada, es decir, por el *praetensus pater*.

9.5.1. Antecedente

Originalmente el costo de la prueba debía ser asumido por la parte demandante, la madre.

Decíamos en su oportunidad(957) que: "una madre soltera que trabaja, cría, educa, mantiene el hogar y que dinero no le sobra –al contrario, lo corriente es que sus ingresos estén a la par que sus gastos– no parece nada justo cargarla con tremendo gasto". Un proceso judicial implica un costo y a este se suma la realización de la experticia, nada barata. En casos especiales deberá pedir auxilio judicial(958) para la defensa de sus intereses situación que poco puede ayudarla pues debe sufragar la prueba en caso de oposición. ¿Acaso es intención que el Estado asuma el valor en casos de indigencia? No es la idea, al menos, no fue la de esta ley.

La solución planteada originalmente en la ley a través de este proceso especialísimo se vio truncada por la imposibilidad económica de la parte demandante. Por eso nos preguntábamos en su momento, y ¿por qué no la paga el que se opone? Al final de cuentas es quien está haciendo uso del derecho de defensa a través de la oposición, aquel que se defiende y alega lo contrario debe probarlo asumiendo el costo de su defensa.

---

(956) VARSI ROPSIGLIOSI, Enrique. "Papi siempre paga. El costo de la prueba del ADN en los procesos de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 212, julio 2011, p. 39 y ss.

(957) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley N° 28457 y la acción intimatoria de paternidad - Socioafectividad y procreación asistida*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo 2010, p. 80 y ss.

(958) "SEGUNDO.- Es posible que dentro de este proceso especial se solicite el *auxilio judicial* y bajo el principio de trascendencia dado el carecer especial del proceso no se formará cuaderno aparte, y en caso de concederse el auxilio, es el Estado el que deberá correr con los gastos de realización de la prueba de ADN". Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

En la *praxis* esto se vino dando. Beltrán Pacheco detectó esta situación en la que "muchos jueces a fin de contar con esta prueba fehaciente y con la única motivación de tener la posibilidad de determinar la verdad biológica en torno al menor, están ordenando al demandado que asuma la cancelación de los honorarios de los laboratoristas que realizan las pruebas genéticas, fundamentando su decisión en normas procesales, en cuanto la normativa vigente prescribe que *quien alega un hecho, debe probarlo* por lo que al señalar el demandado que no es el padre y que se opone a la demanda, se observa que algunos jueces inmediatamente les ordenan asumir y afrontar la prueba genética basándose en que su dicho debe acreditarse fehacientemente"(959).

Punto interesante, la demanda de paternidad implicaría un precio al demandado que sería reembolsado en caso de que la prueba genética lo descarte. Este tópico fue tratado en su oportunidad por quien fuera Presidente de la Corte Superior de Apurímac, quien señaló:

> "el magistrado puede disponer que el demandado abone dicho pago, siempre que la demandante por su condición de indigente intervenga en el proceso con auxilio judicial y no pueda abonarla, lo que constituirá suficiente fundamento para disponer que el demandado abone el costo de la prueba genética del ADN, de lo contrario, se estaría poniendo en estado de indefensión a la demandante y como consecuencia en peligro su subsistencia y la de quienes de ella dependan; vale decir, afectando sus derechos constitucionales. Por estas razones, el juez –aplicando el control difuso– prefería la norma constitucional ante una norma legal según el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política, en este contexto hay que interpretar los alcances del artículo 2 de la Ley Nº 28457, para evitar la aplicación literal de que el costo de la prueba del ADN sea abonado en exclusiva por el demandante. Importa recordar que el magistrado no es mero aplicador de la Ley, sino un verdadero creador del derecho a resolver un determinado caso"(960).

Es más, el citado formula una modificación a la ley a efectos de que se disponga que sea el demandado el que costee la prueba dado que es el que se opone a la pretensión, propuesta que vemos hoy hecha realidad.

(959) BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet: "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p. 25.

(960) OLMOS HUALLPA, René. "Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión?". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*. Nº 64, Año 2, martes 20 de setiembre de 2005, p. 7.

9.5.2. La reforma

Luego de seis años, cuatro meses y veinticinco días mediante Ley Nº 29715[961] se modificó el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial regulado en la Ley Nº 28457. Esta reforma tiene como antecedente el Proyecto de Ley Nº 02969/2008-CR, presentado a estudio y debate el 13/01/2009[962].

Entre la norma original y la reforma tenemos la siguiente comparación textual siguiente:

Texto original	Texto reformado
Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguiente del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.	**Artículo 2.- Oposición** La oposición suspende el mandato ***siempre y cuando*** el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica de ADN dentro de los diez días siguientes, ***en caso contrario el juez debe rechazarla de plano***. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguiente del Código Procesal Civil. ***La prueba biológica de*** ADN es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo y el oponente no cumple con realizarse de la prueba ***biológica del ADN***, la oposición es declarada improcedente y el mandato se convierte en declaración judicial de paternidad. ***Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa.*** ***Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece los artículos 265 del Código Procesal Civil.***

(961) Ley que modifica el artículo 2 de la Ley Nº 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (DOEP, 22/06/2011).

(962) Sus autores fueron los congresistas Luisa María Cuculiza Torre, Renzo Reggiardo Barreto, Alejandro Aurelio Aguinaga Recuenco, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, Carlos Fernando Raffo Arce, Oswaldo De la Cruz Vásquez, Olga Amelia Cribilleros Shigihara, Alda Mirta Lazo Ríos de Hornung, Marisol Espinoza Cruz, Lourdes Mendoza del Solar, Rolando Reátegui Flores.

9.5.3. Alcances de la reforma

La reforma se sustenta en dos puntos:

(i) el costo de la prueba lo asume el demandado, y;

(ii) se deja de lado el formulismo de las diligencias procesales.

Además, como lo manda el artículo 2 la Ley se aplica, incluso, en los procesos en trámite, en todos sobre esta materia.

9.5.4. Costo de la pericia

El Proyecto de ley referido a este proceso de paternidad extramatrimonial presentado por la Ceriajus(963) establecía que el demandante debía prestar garantía, es decir una suma u objeto que mañana más tarde avale el costo invertido en caso de que sea excluida la paternidad del demandado quien debía honrar el costo de la prueba desde el inicio. En efecto, el artículo 2 indicaba: "La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba de biológica o de marcadores genéticos dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía por el costo de la prueba". Al entrar a discusión en el Congreso esta propuesta no fue estimada siendo atribuido el costo de la prueba de la parte demandante.

Cargarle el costo de la prueba al demandante (madre/hijo) resultó ineficiente, injusto en sí. Ella y él, este último por diminuto en razón de su minoridad, fueron y son los menos solventes. A la par, no siendo su compromiso probar, absurdo es que deban cubrir los costos probatorios del otro. Quien se defiende, probando y honrando costes, es el pretenso padre/demandado. Nadie más que él. Si la ley impone el cargo de la prueba debe asumirse todas sus consecuencias, precio y resultado. Con la reforma se termina dando forma, valga la rima, integralmente a la inversión de carga de la prueba, exigiendo a quien la ley pide que pruebe asuma también el importe pericial.

Antes la madre para demandar debía sufragar gastos, invertir - endeudándose, sin posibilidad que el declarado padre devuelva el costo y, ni qué decir, los alimentos devengados y por demandarse. Se quiera o no, la desventaja económica siempre acompañó a la mujer en estos procesos. Esta esperó *ad æternum* se le restituya el precio si el demandado resultaba padre, caso contrario le quedaba solo el consuelo.

Hoy es él, supuesto o no, quien previo pago demuestra su calidad de procreante, escudriñando lo demandado.

(963) CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. *Informe Preliminar*. Presidente Fausto Alvarado Dodero, octubre 2004 - abril 2005.

9.5.5. Aspectos procesales de la pericia de ADN

Algunos jueces vinieron llenando de formulismo este proceso. Se ampararon en el artículo 265(964) del Código Procesal Civil y diligencia tras diligencia lo entorpecieron.

La nueva ley de forma acertada indica que no es necesaria la audiencia de ratificación pericial que resultaba ociosa no solo en la mayoría sino en todos los casos por la cientificidad de la prueba, originando "una dilación innecesaria y lo que es peor, ocasionando gastos que no pueden ser cubiertos por las madres que buscan justicia para sus hijos no reconocidos, paralizando en muchos casos el proceso"(965). Una que otra audiencia, verbigracia toma de muestras, apertura de sobre y ratificación pericial, que no fueron tratadas en la ley, vinieron dándose en la práctica por el protocolo de algunos magistrados. Ese no fue el espíritu de la norma original.

Sin embargo, con todo ello, nada impide ni impedirá que el juez pueda decretar de oficio diligencias especiales, con base en su poder discrecional. Muchas de estas diligencias, con presencia del perito, como la apertura de sobre con las muestras y la ratificación, encarecen el proceso en razón que está fuera del costo de la pericia. Algunos jueces, respecto de la ratificación, y en la medida que la prueba de ADN no fue realizada en la capital sino en el extranjero o provincia, innovaron con las *videoaudiencias*(966), evitando futuras nulidades en el pro-

(964) CPC "**Artículo 265.- Actuación.-** Si los peritos están de acuerdo, emiten un solo dictamen. Si hay desacuerdo, emiten dictámenes separados. Los dictámenes serán motivados y acompañados de los anexos que sean pertinentes. Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas.

El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas.

Por excepción, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en audiencia especial".

(965) CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de la mujer y desarrollo social, Dictamen recaído en el Proyecto de Ley Nº 2969/2998-CR "Modificación del artículo de la Ley Nº 28457 Que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial", 23/04/2009, pp. 1 y 2

(966) Sobre el particular es de considerarse que: "(…) la videoaudiencia es un instrumento técnico que permite lo que la doctrina italiana denomina proceso a distancia, en el que la práctica de la prueba (testifical, pericial, etc.) se realiza sin la presencia física del testigo, perito, acusado ante la sede del juzgado instructor o tribunal; pero si con su imagen y voz desde la distancia en tiempo real cumpliendo los principios de inmediación; eficacia, economía, celeridad y justicia oportuna". TORRES LÓPEZ, Edgardo. "Videoaudiencias judiciales en el Perú", en: <http://www.gestionjudicial.net>, revisado el 28 de abril de 2011.

En particular, por Resolución Nº 25, del 25 de mayo de 2011, del Primer Juzgado Transitorio de Familia de la Corte de la Superior de Justicia de Lima - Norte, Exp. Nº 6094-2008, sobre Nulidad de reconocimiento, la señora Jueza Janideth Victoria Cárdenas Portugal, dando proveído favorable a nuestra solicitud, autoriza proceder a una videoconferencia para la ratificación pericial del MS. Hugo Jorquera Gonzales, quien realizó en dicho proceso la prueba de ADN y ejercía su profesión de tecnólogo médico en Chile.

Para mayores referencias, la base legal de la videoaudiencia la tenemos en: Artículo V del Título preliminar del Código Procesal Civil en mérito del principio de inmediación y de economía procesal; Ley Nº 27419, sobre notificación por correo electrónico; Ley Nº 27444, Procedimientos Administrativos Generales, que en su artículo 20 autoriza el uso de correo electrónico; Ley Nº 27291, que permite la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica;

ceso cuando la ratificación era un pedido de parte y la multa al perito inasistente que, por obvias razones, no podía ni tenía por qué constituirse más allá de sus compromisos.

Cierto es que la pericia responde a la formalidad de la escritura, a través del dictamen, y a la oralidad, por el debate y la explicación, sustentándose en el principio de publicidad e inmediatez(967) lo que justifica la ceremonialidad y exigencia requeridas por el juez. Pero es eso *in toto* una regla que amerita excepción.

La reforma de ley rescata la esencia del proceso y la rigurosidad de sus etapas. El ADN es un medio de prueba seguro y efectivo, científico al límite en todos sus extremos. El dictamen genético-pericial debe ser debidamente motivado, explicado a fin de evitar un doble discurso con la ratificación. Si de anexos se trata, estos deben ser los necesarios a fin de evitar una audiencia especial. En el fondo, se busca reconocer la cientificidad de la prueba. Que los peritos sean claros, precisos y que el juez sea diligenciero, no plagando el proceso especial de paternidad extramatrimonial de audiencias no tratadas en su estructura. En este sentido, se precisa "(…) deslindar [que] el proceso de paternidad extramatrimonial se encuentra regulado por una ley especial, de las interpretaciones efectuadas al amparo de una norma que se encuentra dispuesta para regular procesos judiciales que tienen incorporada la realización de una audiencia de pruebas (Proceso Abreviado, y de Conocimiento en el Código Procesal Civil) (…) la prueba biológica es contundente y no requiere la ratificación del laboratorio que la realiza para que el juez efectúe la declaración judicial perjudicando actualmente a la población más pobre y débil de nuestro país"(968); son estos quienes, finalmente, deben asumir el costo de la ratificación pericial con todo lo que esta genera, con el traslado del perito a provincia, viáticos, estadía y, obviamente, honorarios adicionales que correspondan.

Decreto Supremo Nº 060-2001-PCM, que dispone como necesario el uso de nuevas tecnologías con la finalidad de modernizar la administración pública a fin de brindar a la ciudadanía mejores servicios y una mejor imagen del Estado; Resolución de Presidencia Nº 252-2005-CSJCNL/PJ; Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que da inicio del plan piloto de notificaciones electrónicas en las Salas Civiles de esta Sede.

Pero, la norma más importante es la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano al considerar en su artículo 22. Todas las personas tienen derecho a comunicarse con los órganos jurisdiccionales a través del correo electrónico, videoconferencia y otros medios telemáticos con arreglo a lo dispuesto en las leyes procesales. a) Los poderes públicos impulsarán el empleo y aplicación de estos medios en el desarrollo de la actividad de los órganos jurisdiccionales así como en las relaciones de esta con todas las personas. b) Los documentos emitidos por los órganos jurisdiccionales y por los particulares mediante medios electrónicos y telemáticos, en soportes de cualquier naturaleza, tendrán plena validez y eficacia siempre que quede acreditada su integridad y autenticidad de conformidad con los requisitos exigidos en las leyes.

(967) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Actuación". En: *Código Procesal Civil por los mejores especialistas*. Tomo II, 1ª edición, Ed. Adrus SRL, Arequipa, junio 2010, p. 309.

(968) CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Comisión de la mujer y desarrollo social, Dictamen recaído en el Proyecto de Ley Nº 2969/2998-CR "Modificación del artículo de la Ley Nº 28457 Que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial", 23/04/2009, p. 5.

La práctica desvirtuó estos procesos con audiencias *extra límites* que no fueron tratadas en la norma originaria. De una vez por todas, la certeza de la prueba no requiere mayores formalidades; el proceso y su modificatoria en ello medularmente se inspiran.

El ADN es un tema científico que debe ser presentado de forma amigable al juez, debidamente sustentado e inteligible que permita sea entendido, evitando confrontaciones entre peritos. No más formalismos ni requerimientos, basta con la prueba ofrecida o requerida: claro, como antes indicamos, nada obsta a que el juez solicite mayor análisis de esta como medio de prueba *que es*, *fue* y *será la pericia*. Como bien refiere Ledesma: "No basta que el perito adquiera convicción sobre la materia de su dictamen sino que debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen esa convicción, por ello el informe pericial que no da explicaciones pormenorizadas de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda su opinión, carece de fuerza probatoria"[(969)], de allí que se justifique la ratificación para oír la sustentación, pero esto *debe ser* la excepción jamás podrá *ser* considerado como la regla.

9.5.6. Más allá de la reforma

La ley hubiera aprovechado en reducir a dos los participantes de la pericia de ADN: demandado e hijo; solo ellos, no la madre en razón de que sus marcadores no están en discusión, ella fue legitimada por el parto. Esto sí, de todas maneras, hubiera cumplido con el fin de la norma que *es, fue* y *será* de repartir equitativamente los costos y lograr el verdadero acceso a la justicia.

Consideramos que por la trascendencia de los procesos de filiación estos deberían ser *ad honorem*, gratuitos, libres de costos y costes, como en Argentina, país en que una de las características de los procesos de filiación es la gratuidad, incluso dentro de este beneficio se incluyen las pruebas biológicas a través de los entes estatales capacitados para su realización[(970)].

Si de padre se trata, depende la voluntad para serlo. Si el progenitor está en juego el ADN es el mejor aliado. Pero, ni el proceso ni la reforma garantizan que el reconocido como progenitor cumpla su función de padre; finalmente, solo quedará en su voluntad de querer serlo con sus acciones.

Más allá de la teoría y la norma considero que el pago de la tasa del ADN es la exigencia a llevarse la mano al bolsillo a quien tuvo en su momento la valentía de bajarse los pantalones.

(969) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Actuación". En: *Código Procesal Civil por los mejores especialistas*. Tomo II, 1ª edición, Ed. Adrus SRL, Arequipa, junio 2010, p. 310.
(970) AZPIRI, Jorge. *Juicios de filiación y patria potestad*. Ob. cit., p. 136.

9.6. La no oposición

El demandado puede abstenerse del derecho de defensa: No se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó, en este caso se trata de una oposición *ficta.* Sigamos. La falta de oposición puede ser *expresa* mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis solo la conocen las partes.

Sobre el allanamiento y reconocimiento, como variables de no oposición, "revelan que en esta Ley especial la pretensión de filiación es disponible, a diferencia de lo que ocurre con todas las pretensiones relativas a derechos indisponibles (incluida la filiación en los demás supuestos del artículo 402 del Código Civil) y de lo que ocurría con el tratamiento legal previsto en el inciso 6 del artículo 402, antes de su modificatoria por esta ley especial"(971). Aclaremos. Nada impide, entiéndase con claridad, que en los procesos de filiación la parte demandada pueda allanarse a la demanda, pues lo que se busca es fijar un vínculo que consagre un derecho a la identidad, por lo que no se aplica el límite de improcedencia entendido por el citado autor. Sirva la presente de reflexión.

9.7. Audiencia única

Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se tomará las muestras para la prueba biológica del ADN al padre, la madre y el hijo.

Asimismo, se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

9.8. Inversión de la carga de la prueba

La inversión de la carga de la prueba constituye una excepción al principio "quien alega debe probar", contemplado en el artículo 196 del Código adjetivo. Si bien lo común es que quien alegue un hecho debe probarlo, se ha previsto la posibilidad del traslado de la carga de la prueba al demandado por disposición *ex lege*, lo que obedece a un fin práctico que facilite a quien alegue un hecho demostrar la verdad o falsedad de este, sin tener la carga procesal de probarlo, en mérito de factores razonables, en este caso la efectividad de la prueba genética, el interés del niño.

(971) MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 70.

Las reglas de la carga de la prueba se resumen en tres principios jurídicos fundamentales:

1. *Onus probandi incumbit actori*: el demandante debe probar los hechos que fundan su pretensión;
2. *Reus, in excipiendo, fit actor*: el demandado que excepciona simula ser actor debiendo probar los hechos de su defensa; y,
3. *Actore non probante, reus absolvitur*: el demandado será absuelto si el demandante prueba los hechos fundamento de su pretensión.

Para nuestro estudio nos interesa el primero y el último.

En el nuevo proceso de filiación extramatrimonial tiene lugar la excepción al principio "quien alega debe probar", y por ello, es el padre (ya declarado así por mandato del juez) deberá demostrar la no vinculación filial imputada por la madre. En principio, la carga de la prueba le correspondería a la madre e hijo, pero por disposición de la Ley Nº 28457 se invierte y es trasladada al padre.

Nos preguntamos ¿cuál es el fundamento por el cual el legislador ha previsto tal inversión de la carga probatoria? La razón no es otra que la ya tan mencionada contundencia de la prueba de ADN. El resultado de la prueba de ADN constituye una verdad biológica que escapa a las presunciones y las debilita. Quien está en mejor posición para el ofrecimiento y actuación de la prueba de ADN es el padre. Sobre ello no cabe la menor duda. Por una cuestión lógica, fáctica, es claro que el hijo se encuentra en una situación de desventaja para probar la relación paterno-filial. ¿Cómo demostrar que es su padre sin recurrir a presunciones y de manera certera? Hoy, la prueba de ADN le da la respuesta, pero para ello es necesario el sometimiento del padre a dicho examen.

La carga de la prueba implica una regla de conducta tanto para el juez como para la parte sobre la que pesa la carga. Para el juez, en razón de que le indica cómo fallar a pesar de no tener pruebas sobre los hechos respecto de los que tenga que fundamentar su decisión debido a la inactividad probatoria de una de las partes –en nuestro caso, del padre–, permitiéndosele un pronunciamiento sobre el fondo. Para la parte sobre la que pesa la carga de la prueba, en tanto le impone los hechos que le compete probar, caso contrario, soportará las consecuencias de su inactividad probatoria o de su actividad probatoria deficiente.

En este proceso de filiación corresponde al demandado la incumbencia de probar su no paternidad, mutatis mutandis desdecir la pretensión de filiación extramatrimonial que le es demandada en torno a un sustento probatorio definitivamente categórico que debe ser usado en su defensa. En efecto, en caso de que el

demandado incumpla someterse a la prueba de ADN, el mandato del juez se convertirá en declaración judicial de paternidad. El demandado deberá soportar las consecuencias de su inactividad probatoria.

Téngase presente que hasta antes de este nuevo proceso se vino aplicando indirectamente en los procesos de filiación la tan discutida teoría procesal de las cargas probatorias dinámicas(972). Prueba el que está en mejores condiciones de hacerlo. "Como te niegas a la prueba sabiéndote padre y puedes demostrar lo contrario, te declaro como tal". Este era el estribillo que leíamos entre líneas en las sentencias. Hasta que, finalmente, en el proceso seguido contra Diego Armando Maradona se declara su paternidad bajo el sustento que "nada hay de inconstitucional en sostener que cada litigante no debe limitarse a una escueta negativa de lo afirmado, sino también que es su carga la de allegar las pruebas que desbaraten los acertos de la contraria"(973).

9.9. Diferencias entre la negativa y la oposición

Las diferencias de la oposición con la negativa al sometimiento de la prueba biológica que se regulaba en el Código civil en el artículo 402 son saltantes. Sin duda amerita, sobre el particular, esbozar las diferencias entre la actual oposición y la negativa a la bioprueba las que, hasta la entrada en vigencia de la ley analizada, eran aplicables a los procesos de paternidad extramatrimonial.

(972) Prima facie la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Resolución Exp. Nº 1776-2004-AA/TC.

(973) "Tarjeta roja: El fallo contra Maradona". En: <www.diariojudicial.com.ar> (12/09/2007).

CUADRO DE DIFERENCIAS		
	Negativa	**Oposición**
Aplicable	Acciones de estado filial.	Proceso de filiación de la paternidad extramatrimonial.
Partes	El padre, madre, hijo o tercero.	El padre.
Finalidad	Evitar la realización de la prueba.	Controvertir los efectos del mandato de paternidad.
Calidad	Facultativa. Puede ser fundamentada por diversidad de criterios.	Facultativa. Pero la ley impone que se fundamente en el aspecto biológico.
Como prueba	Las partes la pueden utilizar como prueba de su pretensión o defensa.	Medio de defensa del requerido en paternidad.
Sustento	Justificación razonable.	Exclusivamente la prueba de ADN.
Plazo	Inmediatamente después de decretada la realización.	Diez días siguientes al mandato de paternidad.
Efectos	***Negativa justificada.-*** No se realiza la prueba. ***Negativa injustificada.-*** Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará la negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad o al hijo como alimentista.	***Oposición fundada.-*** Si la prueba fuera negativa la oposición será declarada fundada, condenándose al demandante a las costas y costos. ***Oposición infundada.-*** Si la prueba fuera positiva, la oposición será declarada infundada, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad y el emplazado condenado en costas y costos. ***Oposición improcedente.-*** Si a los diez días de vencido el plazo el oponente no se realiza la prueba, por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente, convirtiéndose el mandato en declaración judicial de paternidad.

Para Céspedes Suzuki, la sola negativa al sometimiento a la prueba del ADN no probaría la paternidad, siendo necesario otros medios probatorios que la acrediten. La negativa, sostiene, sería una prueba tasada, toda vez que no se admiten otros tipos de prueba, lo que sería ilegal por atentar contra el principio de valoración conjunta de la prueba e inconstitucional, pues afectaría el derecho a la prueba como garantía del ejercicio efectivo de la función jurisdiccional.

9.10. La negativa como sucedáneo, es una presunción

No compartimos la opinión de esta autora. Teniendo como sustento criterios procesales afirmamos, en primer lugar, que la negativa a la prueba genética no

constituye un medio probatorio. La negativa es una presunción *iuris et de iure*, (art. 278 del Código Procesal Civil) que se encuadra dentro de la categoría de los sucedáneos de los medios probatorios previstos por nuestra normativa procesal (art. 275 y ss del Código Procesal Civil). Antes de la modificación legal, esta negativa era un indicio. Hoy, la negativa, considerada como presunción, sustituye el valor de la prueba de ADN cuando no es practicada por decisión del requerido. No es una prueba, insistimos, es un sucedáneo. Es una presunción que no admite prueba en contrario. Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo que señala Hinostroza sobre la presunción *iure et de iure* en general, "es de destacar que resulta inadmisible la prueba en contrario del hecho presumido, pero no de aquella dirigida a acreditar la inexistencia del hecho que constituye el presupuesto para la aplicación de la presunción legal absoluta, esto es el hecho que le sirve de base"(974). Aplicado a nuestro caso, quiere decir que la única forma de que se desvirtúe la presunción *iure et de iure* de paternidad por la negativa del requerido, sería necesario que este se someta a la prueba de ADN.

Muy a pesar de ello, Céspedes Suzuki nos dice expresamente que "(…) lo que la Ley Nº 28457 ... ha buscado es darle a la negativa a la práctica de la prueba de ADN un carácter tasado superior y excluyente, toda vez que lleva al juez a declarar de inmediato la paternidad sin considerar otras pruebas. El juez se abstrae de la inexistencia absoluta de prueba y se centra en la negativa del demandado a someterse a la prueba pericial biológica de manera que la sola negativa implica paternidad, lo cual es un claro atentado contra el principio de valoración conjunta de la prueba recogido en el artículo 197 del Código Procesal Civil que sí fue recogido por la Ley Nº 27048"(975). La posición de la autora citada es discutible. La autora al confundir prueba por presunción concluye que se trata de una prueba tasada y por ello ilegal, toda vez que impide la apreciación conjunta de la prueba. Insistimos, la presunción de paternidad por la negativa en sí no es una prueba, mucho menos tasada, sino que es consecuencia de la conducta del demandante de no hacer valer su derecho a la defensa –como lo hemos visto– sometiéndose a la prueba genética. Como ya hemos referido, la negativa constituye una presunción de tipo *iuris et de iure*, un sucedáneo que sustituye el valor de la prueba de ADN por la no práctica de esta por el emplazado a efectos de desvirtuar su paternidad de modo tajante, en razón de la certeza de la prueba de ADN. Valgan verdades, pero actualmente la negativa carece de sentido, no cabe hacer uso de ello, por lo que no es necesario el apercibimiento(976), advertencia, ni exhortación a la realización de actos, como lo era

(974) HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *La Prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 264.

(975) CÉSPEDES SUZUKI, Erika. "Deficiencias de la Ley Nº 28457". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, martes 2 de agosto de 2005, Nº 57, p. 7.

(976) El apercibimiento es un requerimiento hecho por el juez para que uno ejecute lo que manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciere (CABANELLAS,

antes. La ley busca de manera directa lo que ayer establecía de manera indirecta. Además, y a ver si queda clara nuestra posición, también se llega a sentenciar paternidad por la no oposición al mandato de paternidad lo que, utilizando el mismo razonamiento de la autora, implicaría que tanto el allanamiento y el reconocimiento sean considerados pruebas tasadas. Y esto, qué duda cabe, no es así; al menos hasta donde sé, no queriendo saber más.

En todo caso compartiríamos el criterio de Ariano. Sí... escribe ella que "Estamos pues ante una nueva fase en la historia del Derecho probatorio peruano: regresamos a la prueba plena legal. Ergo, ya no más apreciación conjunta y razonada de la prueba, ya no más motivación del por qué se resuelve en un sentido o en otro, pues quien decide es el laboratorio"(977). Un poco extremista para nuestro gusto pero resulta sustentable su posición.

10. Declaración de paternidad. Sentencia

Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.

Declara la paternidad

- En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental.
- En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, como dice Martel Chang(978).

No declara la paternidad

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado.

  Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN la que, habiéndose o no realizado, es la razón de

Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Ob. cit., p. 762).

(977) ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 67. Agrega que: "Hemos, pues, entrado en una nueva era. Una era en la que bajo la máscara de la infalibilidad de la 'prueba del ADN' se ha regresado a una suerte de prueba ordálica, en donde el juicio de Dios es reemplazado por el juicio de más terrenal (y "científico") laboratorista". Ob. cit., p. 68.

(978) MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 70.

ser de este nuevo proceso. La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe merituar los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción. El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un "elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad"[979].

11. Apelación

En mérito de la pluralidad de instancia[980] cabe la apelación, en el plazo de tres (3) días de notificado, respecto de:

- La declaración judicial de paternidad.
- La resolución que ampara la oposición.
- El fallo relativo a la prestación de alimentos.

Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días.

Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre, a contrario sensu es inapelable la sentencia que rechaza la declaración de paternidad. Cabe también la apelación respecto de la oposición y de la prestación de alimentos.

¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante?

En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada ¿cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa. ¿El resultado ADN fulminaría el recurso? Si, ¿no?

Ariano Deho se plantea que "el legislador en un arranque de 'garantismo' establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es 'garantismo'

(979) PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de familia y sus instituciones*. 2ª edición, G.G. Gráfica, La Paz, 2002, p. 340.

(980) "TERCERO.- En el proceso de reconocimiento de filiación de paternidad extramatrimonial se cumple con el *Principio de Pluralidad de Instancias* con el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia respecto a la resolución pronunciada por el Juzgado de Paz Letrado". Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005.

a medias, pues olvida de la resolución que declara fundada la oposición. ¿Será también apelable?"[981]. Sin duda que sí –lo afirmamos tajantemente– en razón de que como recurso impugnatorio se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia.

Varias preguntas saltan a la vista. Una de ellas es: ¿qué puede alegarse en este tipo de apelación?

Pueden ser varias las razones:

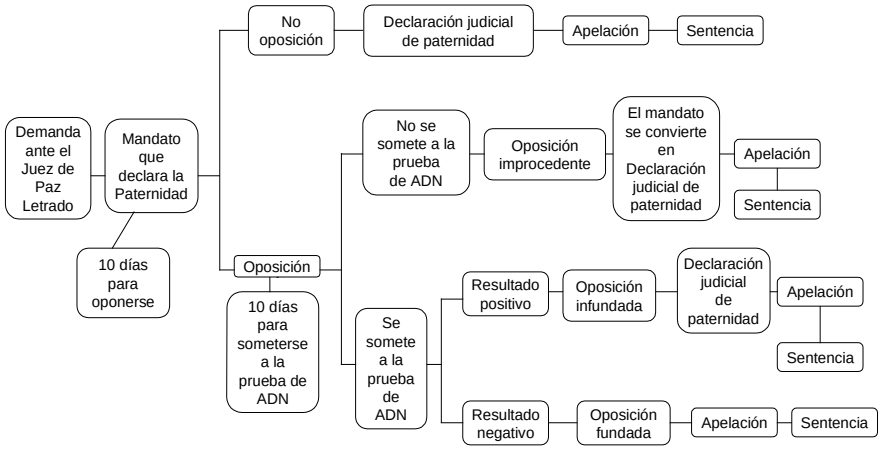
1. Falta de requisitos formales.
2. Falta de requisitos de fondo.
3. Error en la realización y en la deducción de los resultados.
4. Falta o error en la notificación.
5. Margen de subjetividad en la apreciación científica.
6. Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad.
7. Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida.
8. Procedimiento. Resumen

12. Procedimiento. Resumen

El proceso y sus actos se pueden resumir de la siguiente manera:

(981) ARIANO DEHO, Eugenia. Ob. cit., p. 68.

Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial



El proceso es sencillo, por demás escueto y de fácil realización. Implica la simplificación de procesos en aquellas pretensiones que ameritan ser defendidas de forma eficaz cuando exista un medio de probanza de garantía.

13. Modificaciones a la ley

La Ley Nº 28457 ha sufrido dos modificaciones:

- Ley Nº 29715[982], Ley que modifica el artículo 2 de la Ley Nº 28457. La reforma se sustenta en dos puntos:

  (i) El costo de la prueba lo asume el demandado, y;

  (ii) Se deja de lado el formulismo de las diligencias procesales.

- Ley Nº 29821[983], Ley que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley Nº 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. La reforma se sustenta en dos puntos:

(982) Ley que modifica el artículo 2 de la Ley Nº 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, (DOEP, 22/06/2011).

(983) Ley que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley Nº 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, (DOEP, 28/12/2011).

(i) En el proceso de declaración de la paternidad podrá acumularse como pretensión accesoria la fijación de una pensión alimentaria, y;

(ii) Se tramita en un mismo proceso una pretensión principal (paternidad) y su lógica consecuencia (alimentos), sin necesidad de iniciar a posteriori nuevo proceso de alimentos.

14. Principios que inspiran a la ley

La ley en sí y sus modificaciones se inspiran en los siguientes principios:

- Establecimiento de la paternidad responsable.

La nueva ley hace pensar al hombre –dos veces– antes de acontecer sexualmente con una mujer. Sabe que a través de un raudo proceso puede ser declarado padre en un santiamén.

La ley debe tender a poner en práctica una correspondencia más completa entre la verdad natural de la filiación y el *status* jurídico, aunque no insensible a otros valores que se resumen en el principio de la responsabilidad de la procreación(984).

- A la máxima consagración de la filiación. En razón de que se admite el trámite en el mismo proceso de la pretensión de alimentos.

La ley propende a completar los efectos de la filiación con el afianzamiento de la relación paterno-filial a través de los alimentos.

- La sentencia declaratoria de la paternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas (art. 387).

Con esta norma se encuadra de forma integral el tratamiento inclusivo del hijo extramatrimonial.

BIBLIOGRAFÍA DEL SUBCAPÍTULO

- ARIANO DEHO, Eugenia: "El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 134, Lima, enero, 2005.
- AYVAR CHIU, Karina: "El proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 196, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2010.

(984) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005, p. 234.

- AZPIRI, Jorge. *Derecho de familia*. 1ª edición, 1ª Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- AZPIRI, Jorge. *Juicios de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- BAHENA, Marcos. *Investigando a Paternidade*. Editora de Direito, São Paulo, 1998.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia.* Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- BETERO, Sergio Manuel. "El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho". En: *La Ley. Actualidad.* Año LXIX, Nº 131, Buenos Aires, jueves 7 de julio de 2005.
- BOSCH, Alejandro F. "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". En: *La Ley*. Año LXVII Nº 39, Buenos Aires, martes 25 de febrero de 2003.
- BROWN, Dan. *El Código Da Vinci*. Traducción Juanjo Estrella, Umbriel, Barcelona, 2003.
- BUENO RINCÓN, Fabio Enrique. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1996.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974,
- CASTRO, Verónica Adriana y DIANA, María José. "La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación". En: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Libro de ponencias, Tomo II, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2003.
- CÉSPEDES SUZUKI, Erika. "Deficiencias de la Ley Nº 28457". En: *Jurídica.* Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 57, martes 2 de agosto de 2005.
- CORRAL TANCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de familia*. Grijley, Lima, 2005.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil: Críticas, estrategias, perspectivas". En: *Homenaje a Max Arias-Schreiber*, Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- DI LELLA. Pedro. *Paternidad y pruebas biológicas*. Depalma, Buenos Aires, 1977.

- FAMÁ María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FERRANDINO, Álvaro. "Acceso a la justicia". En: PASARA, Luis (compilador): *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Consorcio de Justicia Viva, Lima, 2004.
- FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da. "Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade". En: *Jus Navigandi*. Nº 112, 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acesso el 30/5/2005.
- FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 13, Nº 108, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2007.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo*. ED. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005.
- HERRERA NAVARRO, Santiago. *Proceso de ejecución*. Normas Legales, Trujillo, 2002.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista de Derecho Procesal. Dirigida iberoamérica*. Año 2001, Nº 1-3, Madrid.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2003.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *La Prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- KRASNOW, Adriana Noemí. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*. Sec. Doctrina, Buenos Aires, 2005.
- LASTARRIA RAMOS, Edgard. "Titulares de la acción". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Actuación". En: *Código Procesal Civil por los mejores especialistas*. Tomo II, 1ª edición, Ed. Adrus SRL, Arequipa, junio, 2010.

- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h). "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 211, Buenos Aires, 31 de octubre de 2005.
- LIÉSI THURLER Ana. "Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*. 1ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paolo, 2008.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III, Derecho de Familia, Porrúa, México, 1988.
- MARTEL CHANG, Rolando. "Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 138, Lima, mayo, 2005.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MIDÓN, Marcelo S. "Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?". En: *Revista de Derecho Procesal*. 2005-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. "ADN como prueba de filiación en el Código civil". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Lima, 5 de febrero de 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Parte especial, tomo IX, 1ª edición, Bookseller, Campinas, 2000.
- OLMOS HUALLPA, René. "Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión? En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 64, martes 20 de setiembre de 2005.
- PALMERO, Juan Carlos. "Vélez Sárfield y el Derecho Latinoamérica". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*. Tomo I, Academia Nacional de Córdoba, Córdoba, 2000.
- PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de familia y sus instituciones*. 2ª edición, G.G. Gráfica, La Paz, 2002.
- PEYRANO, Jorge W. "Sobre la prueba científica". En: *La Ley*. Año LXXI, Nº 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007.

- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "*Creditur virgini pregnanti...*, volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica.* Tomo 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada". En: *Actualidad Jurídica.* Tomo 139, Lima, junio, 2005.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. "¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de la constitucionalidad de la Ley Nº 28457 desde la perspectiva de género". En: <www.derechovirtual.com>, Año II, Nº 4, junio 2007.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2004.
- SESTA, Michele. (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, Tomo IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002.
- SESTA, Michele. "Derecho de familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 años de rectoría 1963-2003*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, julio de 2003.
- SUÁREZ VARGAS, Luis. "El 'especialísimo' proceso de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 33, martes 15 de febrero de 2005.
- TERÁN LOMAS, Roberto A.M. *Los hijos extramatrimoniales*. Tipografía Editora, Buenos Aires, 1954.
- TORRES LÓPEZ, Edgardo. "Videoaudiencias judiciales en el Perú". En: <http://www.gestionjudicial.net>, revisado el 28 de abril de 2011.
- VARSI ROPSIGLIOSI, Enrique. "Papi siempre paga. El costo de la prueba del ADN en los procesos de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 212, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2011.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley Nº 28457 y la acción intimatoria de paternidad - Socioafectividad y procreación asistida*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo, 2010.

- VELARDE BOLAÑOS, Rosa. "La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, noviembre, 2007.
- VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. 11ª edición ampliada y puesta al día, Caracas, Ed. Vadel Hermanos, Lima, 2002.

SUBCAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

SUBCAPÍTULO SEGUNDO
ANTECEDENTES NORMATIVOS DEL NUEVO PROCESO DE FILIACIÓN

I. Antecedentes normativos. **II.** Justificación del proceso. **III.** Importancia de la norma. **IV.** (Sigue) De sus opositores y los supuestos derechos violados. **1.** Derecho a la libertad. **2.** Derecho a la intimidad. **3.** Derecho a la integridad. **4.** Derecho de defensa. **4.1.** Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa. **5.** Derecho a la presunción de inocencia. **6.** La prueba en el proceso de filiación. **7.** Criterio opuesto al proceso. **V.** La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. **VI.** Más allá de mis genes está la Ley.

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

A lo dicho, la inquietud por la modernización y remozamiento de la filiación fue preocupación de siempre. El Código Civil de 1984 no previó los avances biocientíficos regulándose un sistema desfasado con la realidad. Perduró durante los años sin hacer caso de las necesidades poblacionales llevando a un estado de fosilización al derecho de la filiación. La reforma, aunque no integral ni la más deseable, demoró 21 años tiempo más que suficiente para analizar todo lo escrito y disertado al respecto e incluso gran parte fue producto de labor académica y jurisdiccional a la que suma el espíritu de los Plenos Jurisdiccionales de Derecho de familia.

Es en el verano de 2004 que mediante una iniciativa legal en las propuestas de la Ceriajus, Comisión especial de reforma integral de la administración de justicia[(985)], se proyecta la necesidad y se desarrolla un texto normativo que detallaba el proceso especial de filiación.

El fundamento fue:

> "La propuesta procura enfrentar de manera expeditiva, económica y equitativa uno de los problemas sociales más graves y extendidos en el país. Casi un millón y medio de personas tienen directa o indirectamente

(985) Ley Nº 28083, mediante la que se crea la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia - Ceriajus. Su finalidad fue elaborar el Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. Como indica el artículo 1 este Plan debía contener una propuesta global y concertada de reforma de la administración de justicia.

> problemas de filiación extramatrimonial. La idea ha sido contar con un procedimiento propio que respetando los derechos de los involucrados, pero utilizando medios coercitivos y eficaces, permita alcanzar justicia de manera oportuna"[(986)].

La filiación es un problema muy sensible, humano de por sí, que el Estado debe asumir con responsabilidad regulando legalmente la formalización del nexo filial de las personas, en especial los lazos de paternidad[(987)], brindando una protección integral a la infancia como un derecho colectivo en el marco de un estado constitucional de derecho que afiance la plena vigencia de los derechos humanos[(988)]. La cifra es abrumadora, de un millón de niños sin un padre. Niños sin identidad plena, con vivencias y experiencias compartidas solo en una línea familiar, la materna. En estos casos nada se conoce de él, vale decir del padre, menos sus ascendientes paternos, "fuera de mi madre ... no tengo noticia de ninguno de mis ascendientes, si no es de Adán, cuyo parentesco me parece indiscutible" (*Trafalgar*, Benito Pérez Galdós). Futuros ciudadanos que crecerán con un estigma, con una herida que el Estado no supo curar en el momento adecuado, en la niñez. La paternidad es una exigencia, debe ser asumida de forma instantánea, casi conjuntamente con el nacimiento, no tiene por qué aguardar. La vida no espera, continúa.

En el Planeamiento estratégico de Ceriajus se desarrolló una ficha matriz para esta materia con el siguiente contenido:

(986) Documento político de la Ceriajus. Se consideró un plazo: 2004-2005, el que como puede verse, se cumplió.

(987) En un tribunal argentino se argumentó "negar la realización de la prueba importaría desconocer lo establecido en la Convención de los derechos del niño, circunstancia que podría ocasionar la responsabilidad del estado por el incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos, toda vez que la prueba ordenada aparece como medio para poner pronta y eficaz solución a la situación del menor". CSJN, 4-12-95. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10. Derecho de familia, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 33.

(988) FAMÁ, Victoria y HERRERA, Marisa. "Crónica de una ley anunciada y ansiada". En: *Anales de la legislación argentina*. Boletín Informativo, año 2005, Nº 29, Tomo LXV-E, p. XIII.

Proceso especial de filiación	
Breve descripción del problema a ser afrontado	Las acciones de filiación se tramitan vía proceso de conocimiento, lo que implica sea un proceso demasiado largo y engorroso para garantizar las pretensiones alegadas. Las partes pueden valerse de un sin número de recursos para dilatar el proceso, sumando el hecho de que los plazos establecidos por el código son los más amplios que se prevén. No se ha considerado legalmente la validez de la prueba de ADN, la que debe ser actuada necesariamente en este tipo de procesos.
Propuesta y objetivos	Hacer más expeditivo y aligerar la duración en el trámite de los procesos de filiación proponiendo su tramitación vía proceso especial. Este proceso se caracteriza por tener un rápido resultado. Sus actos procesales son: demanda, oposición (fundada, infundada), sentencia, apelación.
Resultados esperados	- Defensa del derecho a la identidad. - Efectividad y resultados. - Descarga en los procesos de conocimiento.
Instituciones involucradas	Congreso de la República. Poder Judicial.
Actividades / Plazo de acción	Reforma del Código Procesal Civil. Reforma del Código Civil.

Esta propuesta normativa es asumida luego como proyecto legislativo(989) por varios congresistas, plasmada recién el 8 de enero de 2005 en la Ley Nº 28457(990).

(989) Proyecto Nº 10772/2003-CR, 9/6/2004, *Paternidad extramatrimonial/ Proceso de filiación*, Sumilla: Propone regular el proceso de filiación de paternidad extramatrimonial, Proponente: Alcides Chamorro; Proyecto Nº 10919/2003-CR, junio 2004, *Código de los Niños y Adolescentes*: 182 / Proceso de filiación de paternidad, Sumilla: Propone modificar el artículo 182 del Código del Niño y Adolescente, referente a la vía procesal especial para filiación, Proponente: Yonhy Lescano Anchieta tomando como base lo aprobado por la Ceriajus; Proyecto Nº 11536/2004-CR, 23/09/2004, *Filiación extramatrimonial*: Sumilla: Propone la Ley que establece el proceso de filiación extramatrimonial, Proponente Fausto Alvarado Dodero. Los tres congresistas fueron miembros de Ceriajus. El segundo gran impulsor de esta ley, el último dio el do de pecho en el proyecto de reforma del sistema de justicia.

Asimismo, otros proyectos buscaron sumarizar el proceso de filiación: Proyecto Nº 10312, 7/4/2004, *Filiación extramatrimonial/ Sumariza el proceso*, Sumilla: Propone sumarizar el proceso de filiación extramatrimonial; Proyecto Nº 7471, 3/7/2003, *Código Procesal Civil: 546,547/ Proceso sumarísimo filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, referente a que es procedente tramitar como proceso sumarísimo la filiación extramatrimonial; Proyecto Nº 5781, 3/3/2003, *Código Procesal Civil: 546,547/ Trámite sumarísimo/ Filiación extramatrimonial*, Sumilla: Propone modificar los artículos 546 y 547 del Código Procesal Civil, e incorpora al trámite sumarísimo a la filiación extramatrimonial.

(990) Curiosamente, esta ley no fue promulgada por el Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, lo que determinó que el Congreso ordenara su publicación y cumplimiento. Parece absurdo que una ley con tanta trascendencia no haya contado ni con la aprobación o, al menos, observación alguna del primer mandatario. Puede presumirse que el caso judicial seguido en su contra sobre declaración judicial de paternidad, que terminó en una transacción reconociendo a Zarai Toledo Orozco, dejó una huella en él. Mayor referencia del caso Vide *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 8, Nº 40, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2002.

Es importante tener en cuenta tres cosas:

Primera.- Junto con la propuesta de proceso especial previamente se había discutido la posibilidad de sumarizar el proceso. Sobre el particular presentamos una que se basaba en que los procesos de filiación extramatrimonial debían seguirse en la vía sumaria para lo cual diseñamos y propusimos el siguiente texto modificatorio del Código Procesal Civil:

TÍTULO III

PROCESO SUMARÍSIMO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 546.- PROCEDENCIA.- Se tramitan en proceso abreviado los siguientes asuntos contenciosos:

(...)

9. La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial

10. Los que señale la ley

Artículo 547.- COMPETENCIA.- (...)

(último párrafo)

En los casos del inciso 9 son competentes los jueces de familia

(...)

SUBCAPÍTULO 7

RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Artículo 607 A.- APLICACIÓN SUPLETORIA.- La pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial se sujeta a las disposiciones del proceso sumarísimo con las particularidades reguladas en este subcapítulo.

A criterio del juez, y según la complejidad del asunto, el proceso de filiación podrá ser tramitado vía proceso abreviado lo que será decretado en resolución debidamente motivada, la misma que se expedirá sin citación del demandado y no admitirá recurso alguno.

Articulo 607 B.- COMPETENCIA.- Las acciones reclamación de la filiación extramatrimonial se tramitan ante el juez de familia.

Corresponde el conocimiento del proceso al juez del domicilio del demandante o del demandado a elección de este.

El juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por cuestión de territorio.

Artículo 607 C.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.- El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este subcapítulo, y, como tal no emite dictamen.

Artículo 607 D.- ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.- Se puede demandar acumulativamente la rectificación de nombre y la indemnización por daños.

Artículo 607 E.- PARTES EN EL PROCESO.-

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial:

1. Deben ser demandadas las personas cuya filiación sea reclamada. En caso de fallecimiento la acción se dirige contra los herederos.

2. La acción que corresponde a una persona podrá ser ejercida por sus herederos en la medida que hubiera fallecido.

En ambos casos los herederos pueden continuar la acción iniciada.

Artículo 607 F.- POSESIÓN DE ESTADO Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

La posesión constante de estado faculta a aquel que tenga legítimo interés a iniciar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

En todo caso, la acción solo corresponde al hijo, a la madre o al padre.

La acción de reclamación de la filiación extramatrimonial puede ser ejercida antes del nacimiento.

Artículo 607 G.- MEDIDAS CAUTELARES

El juez puede adoptar las medidas cautelares pertinentes sobre la persona y los bienes de las partes.

Artículo 607 H.- MEDIOS DE PRUEBA, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN

En las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial se admitirá toda clase de pruebas, incluso las biológicas o de marcadores genéticos, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte.

En el auto admisorio el juez ordenará la actuación de la prueba genética.

La parte que ofrece la prueba debe cubrir el costo de la misma, valor que será reembolsado por el condenado en filiación.

Artículo 607 I.- EFECTOS DE LA NEGATIVA INJUSTIFICADA

La negativa injustificada al sometimiento a la prueba genética será apreciada por el juez de acuerdo a la calidad de quien se resista, tomando en cuenta las pruebas presentadas y la conducta procesal de la parte.

Segunda.- En el informe final de la Ceriajus se presentó, además del proyecto de reforma constitucional del capítulo de justicia, 52 propuestas normativas de las que aproximadamente 24 se acompañaron con los respectivos

proyectos de ley(991). El Congreso de la República priorizó el debate habiendo emitido a la fecha 13 leyes en total, de las cuales 11 corresponden a las 52 propuestas indicadas y dos son parte del paquete de medidas urgentes propuestas por la Ceriajus(992).

Tercero.- Finalmente se aprobó el proceso especial que fuera esbozado, preparado y sustentado por el profesor Juan Monroy Gálvez bajo la siguiente estructura:

> ***Artículo 1. Demanda.-*** *Quien tenga interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada.*
>
> *Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.*
>
> ***Artículo 2.- Oposición.-*** *La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba* ***biológica o de marcadores genéticos*** *dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el demandante preste garantía por el costo de la prueba.*
>
> *Si transcurridos los diez días desde la notificación de la prestación de garantía, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad.*
>
> ***Artículo 3.- Oposición fundada.-*** *Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada, se ordenará que el oponente se haga cobro de la prueba con la garantía respectiva y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.*
>
> ***Artículo 4.- Oposición infundada.-*** *Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial firme de paternidad, se ordenará la devolución de la garantía al demandante y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.*
>
> ***Artículo 5.- Apelación.-*** *En este procedimiento solo es apelable el auto que resuelve la oposición. El recurso será concedido sin efecto suspensivo.*

Prestándose la atención debida vemos que la propuesta presentada por la Ceriajus difiere de la ley dictada en:

(991) Como lo recuerda LA ROSA CALLE, Javier. "¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?". En: *Justicia Viva Mail*. Instituto de Defensa legal, PUCE, Nº 179, 11 de abril de 2005.

(992) CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia. *Informe Preliminar*. Presidente Fausto Alvarado Dodero, octubre, 2004 - abril, 2005.

	Propuesta de la Ceriajus	Ley
Notificación	-----	Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de 10 días de haber [sido] notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.
Costo de la prueba	El demandante presta garantía por el costo de la prueba	El costo de la prueba será abonado por el demandado en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar auxilio judicial (Ley Nº 29715. Ley que modifica el artículo 2 de la Ley Nº 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial,(DOEP., 22/06/2011).
La prueba	Prueba de biológica o de marcadores genéticos	Se restringe la prueba exclusivamente al ADN.
Apelación	Solo es apelable el auto que resuelve la oposición	Establece plazos para interponer y resolver la apelación.
Realización del ADN	-----	El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.
Disposiciones complementarias	-----	Incorpora 4 disposiciones complementarias: - Modifica el Código Civil. - Modifica la Ley Orgánica del Poder judicial. - Modificación o derogación de las disposiciones que se opongan. - Adecuación de los procesos en trámite.

II. JUSTIFICACIÓN DEL PROCESO

Lo decimos una vez más, la justificación para formulación y aprobación de este proceso fue la contundencia de la prueba de ADN. Los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre no merecen mayor discusión. Si certeza existe en la prueba de la pretensión a invocarse, el proceso debe ser ágil, de prontitud y eficacia en mérito de lo reclamado. Aseveramos, para lo escrito y dicho, que el ADN es una pericia de autoridad. Su alta confiabilidad resultará incrementada por el prestigio del perito interviniente.

Con esta base y en virtud del *bonum filii*(993) se buscó dar solución al incremento cada vez mayor de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la angustia de los litigantes) y a la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). A pesar de las evidencias fácticas no se sabía el desenlace en los tribunales, se esperaba sin pena ni gloria sea cual fuera el resultado (Si sale con barbas, San Antón; si no la Purísima Concepción). Niños sin sonrisa, quizá con una que otra arrancada de momentos. Con mejillas surcadas por lágrimas saladas, tristes, dolorosas por no tener un padre. Su ternura olvidada, resquebrajada en parte de su ser. La vida de un niño sin padre se transforma en un retrato difícil de definir ("Jamás he realizado un retrato que esté riendo o llorando, estos son elementos pasajeros. La ternura no, la ternura es una forma estructural del ser", GUAYASAMÍN, Oswaldo: *Volti rostros*, Quito, Editalia, 1998).

Más que un problema legal –como lo he querido dejar en claro al final del párrafo anterior– la filiación es un drama social que echa sus raíces en la comunidad mereciendo ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley tomando en cuenta el interés familiar y sobre todo del niño. Es responsabilidad del Estado tender con una política efectiva a su establecimiento. En la determinación de la paternidad no solo existen intereses privados, no es una cuestión individual, es también social. Existe el interés público. El compromiso social y responsabilidad del Estado de facilitar el legítimo derecho a conocer nuestro origen(994). Con claridad Montoya Chávez escribe que: "el interés del niño debe ser concebido como una exigencia para que las autoridades no se queden en el dictado de normas o políticas gubernamentales en abstracto, sino que deben velar porque el estricto cumplimiento de ellas redunde en los niños y adolescentes, responsabilidad también aplicable a la comunidad"(995). La jurisprudencia local a mediados de los noventa

(993) Se ha mencionado con solvencia que el interés del niño tiene tanta importancia que ha sido adjetivado como "superior", "exclusivo", "prevalente", "objeto de primaria consideración" POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*, Editori Laterza, Roma, 2003, p. 157. Con la misma opinión el magistrado ecuatoriano Márquez Matamoros nos da a entender que el interés superior del niño aporta dos lecturas: una *individual* (protegiéndole a él) y otra *colectiva* (lograr la paz social) MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo. *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*. Ed. Abya-Yala, Quito, 2000, p. XVIII. Como principio resulta un as con doble cara, en beneficio de uno y en perjuicio de otro. Como diría Kemelmajer, el interés superior del niño es prácticamente "un cheque en blanco" que permite un libre y casi absoluto accionar en defensa de los la niñez. *Cfr.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10. Derecho de familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 9.

(994) En este sentido Vide GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos. "Los efectos a de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial". En: *La Ley*. 1992-B, p. 1193. MAZZINGHI, Jorge. "Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria". En: *La Ley*. 1996-B, p. 546.

(995) MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. "La tutela constitucional de los menores en abandono". En: *Actualidad Jurídica*, (publicación mensual de Gaceta Jurídica), Tomo 138, mayo, 2005, p. 150.

entendió la realidad del problema y consideró la necesaria aplicación de la prueba de ADN, es decir, que sea decretada por el juez bajo nulidad de lo actuado, en los siguientes términos:

> "La prueba de ADN, permitida por el artículo cuatrocientos trece del Código Civil elimina cualquier duda sobre la paternidad; que habiendo aceptado el demandado la realización de esta prueba científica, debió ordenarse de oficio a cuenta y costo de dicho demandado; que por economía procesal la Corte Superior puede ordenar la realización de dicho medio probatorio"(996).

Razonamiento que establece la nulidad de la sentencia de vista, disponiendo que la Corte Superior expida nuevo fallo, ordenando previamente la realización de la prueba de ADN. Igual tendencia se sigue a fines de los noventa en Brasil bajo el argumento que sostiene que no se admite un juzgamiento de la investigación de paternidad sin agotar la posibilidad de confirmar la filiación por el ADN(997). Todo lo de más se explica por sí solo.

III. IMPORTANCIA DE LA NORMA

Como mencionáramos en su oportunidad(998), este proceso especial de filiación acaba con todo, restringiendo –por otro lado– aquellos actos procesales dilatorios como las excepciones, tachas a las pruebas, farragosas contestaciones de demanda, más aún no hay audiencia(999). Acaba en sí con la negativa para no someterse a la prueba (siempre se encontraba alguna), apercibimientos, alegatos, informes orales, incluso no procede la casación (al iniciarse el proceso ante juez de paz letrado y concluir ante el especializado). Todo esto se acabó. En fin, es toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del

(996) Exp. Nº 34-96/Lima, Corte Suprema de Justicia. Vide "La prueba de ADN". En: *Cuadernos jurisprudenciales*, Suplemento mensual de *Diálogo con la jurisprudencia*, Nº 37, año 4, julio 2004, pp. 43 y 44.

(997) Cfr. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, Direito de familia. Ob.cit., p. 374.

(998) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre". En: *Jurídica.* Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*. Año 2, Lima, martes 25 de enero de 2005, Nº 30, p. 8; "En el nombre del padre. El ADN: Un Tsunami genético que arrasó con el formulismo procesal". En: *El Comercio*, Lima, sábado 26 de febrero de 2005, A. 5; Asimismo, en: *La Ley*, Año LXIX, Nº 53, Buenos Aires - Argentina, miércoles 16 de marzo de 2005, pp. 1 y 2.

(999) "QUINTO.- *No es necesaria la realización de una audiencia por cuanto se desnaturalizaría el trámite*. Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la prueba científica es irrefutable, por tanto no es necesaria la explicación del dictamen pericial en Audiencia". Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005. Cierto sector de jueces opina lo contrario dada la importancia del proceso: "Si en el proceso se produce la prueba pericial de ADN, debe debatirse dicha pericia en una Audiencia, para garantizar el debido proceso. El trámite establecido para estos casos transgrede el derecho constitucional al Debido Proceso en lo referido a la garantía de que todo fallo judicial debe ser suficientemente motivado". Motivos no acogidos por el *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005 (las cursivas son nuestras).

problema que busca afrontar. La suerte o albur a la que muchos demandados en paternidad encomendaban su defensa queda de lado para hacer frente a una investigación objetiva, directa.

La pretensión de filiación baja al llano gracias al ADN. Un futuro prometedor: Todos los hijos con un padre. Como debe de ser, como la naturaleza lo exige. Sin entrar en un estudio teogenético, al estilo de José Saramago (*El Evangelio según Jesucristo*), salvando las distancias y como referencia, recordemos que solo Adán y Cristo carecieron de padres terrenales, como nos lo recuerdan Las Sagradas Escrituras. El hombre con su ciencia trae a la realidad estos relatos bíblicos con matices biotecnológicos como la clonación, la partenogénesis, en fin. No es lo óptimo, pero a eso vamos. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley de filiación –esta que analizamos– nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal. El criterio normativista, la rigurosidad y apego a los principios jurídicos ceden frente al imperio de la protección inmediata de una persona para contar con un padre. Lo contrario implica desconocer un escenario que está frente a nosotros y al lado de la verdad. Todos, biológicamente hablando, tenemos un padre y una madre, no existe justificación para carecer de uno o de otro. Ningún hijo es del viento o de la aurora(1000), todos tenemos un anclaje, unas raíces. Más allá de la ley, de su imperio, habría que buscar sensibilizar las relaciones humanas encontrando el espíritu de la norma, padres de ley sin compromiso moral no es tampoco lo que buscamos.

Al menos la ley dictada, y el procedimiento aprobado, buscan solucionar el problema de la paternidad. Es una solución de fondo y también de forma. Se declara una paternidad a falta de voluntad expresa, reconociéndose exclusivamente la verdad biológica, aunque no coincida con la socioafectiva. Esto último es, qué duda cabe, discutible.

Decimos discutible, a la par que riesgoso, porque en el fondo las relaciones humanas representan un elemento que no puede ser desconocido al momento de fallar una paternidad, con esta corriente se manifiesta que "se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación; y en este sentido son discutibles las posturas biologistas extremas que han esbozado algunos autores. Con dichas tesituras, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencial animal, desconociendo que la criatura humana representa fundamentalmente un ser cultural y social"(1001). Sin duda que este planteamiento merece una reflexión se-

(1000) VALLE, Gabriel. *Ética e Directo*. Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 28.
(1001) MIZRAHI, Mauricio Luis. "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica". En: *La Ley*. Tomo 2004 E, Sección Doctrina, p. 1198.

ria en la que se pueda conjugar con un verdadero "interés" la identidad genética (los genes) y la identidad dinámica (la vida) de la persona, trayendo a colación la vieja pregunta: ¿Cabe colocar en la balanza la verdad biológica con la verdad sociológica?. La doctrina brasilera(1002) lo discute ampliamente y fija una posición por la verdad cultural y social, además de ser reconocido por su moderno Código Civil(1003).

IV. (SIGUE) DE SUS OPOSITORES Y LOS SUPUESTOS DERECHOS VIOLADOS

Como de costumbre opositores a la ley de intimación de paternidad no faltan. Sostienen, como es el caso de Plácido Vilcachagua, con un personal razonamiento amparado en el Derecho constitucional que los medios propuestos por la ley resultan *restricciones gravosas de los derechos a la intimidad y a la integridad* del presunto progenitor dado que, prácticamente, con el dicho de la parte demandante se declarará una paternidad y se impone una obligatoria actuación de la prueba de ADN para oponerse al mandato de paternidad(1004) lo que vulnera el derecho a la defensa, y por ello inconstitucional(1005).

Céspedes Suzuki, en la misma corriente, alega que "(…) la realización de la prueba pericial de ADN puede implicar la vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad (intimidad genética), el derecho a la integridad física e incluso el derecho a la libertad personal, puesto que todo individuo tiene derecho a oponerse a la ejecución de todo aquello que no le venga impuesto por la ley, ya que carecemos en nuestro ordenamiento de norma específica que obligue al sometimiento a este tipo de pruebas"(1006). Pero, Rodríguez Ávalos considera que la luz de nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible obligar al

(1002) La discusión en la teoría brasilera, por demás interesante, menciona que "O uso do exame de D.N.A em caráter determinante para o reconhecimento de filiação peca no sentido de tornar a filiação simples laço biológico desprovido de emoções e sensações". Cfr. GRUNWALD, Astried Brettas. "Laços de família: critérios identificadores da filiação". En: *Jus Navigandi*, Nº 112, 24/10/ 2003. Disponible en: http://www.jus.com.br. Acesso el 30/5/2005. Asimismo CAMBI, Eduardo. "O paradoxa da vedade biológica e sócio-afetiva na acçã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de *adoçã à brasilera*". En: *Revista de directo privado*. Nº 13, janeiro-marco 2003, p. 85 y ss. Zeno Veloso. "A sacralização do DNA na investigação da paternidade". En: *in Grandes temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação* (coord. Eduardo Oliveira Leite), p. 388, citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de directo civil*, 14ª edição, Vol. V, Forense, Rio de janeiro, 2004, p. 370.

(1003) En Brasil se viene admitiendo la disociación entre la paternidad y la ascendencia genética reconocida a nivel del Código Civil "artículo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou adoção".

(1004) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "*Creditur virgini pregnanti* ..., volviendo al *ancien droit*: A propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En: Ob. cit., p. 33.

(1005) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN". En: *Legal Express*. Nº 49, año 5, Lima, enero 2005, p. 19.

(1006) CÉSPEDES SUZUKI, Erika. Ob. cit., p. 7.

demandado a someterse a la prueba de ADN, pues no presenta ningún conflicto entre los derechos del presunto padre y del menor(1007).

Con razonamiento par Plácido y Céspedes; asimismo Suárez Vargas(1008) y Rodríguez Domínguez(1009) quien además alega que es inconstitucional por que atenta contra la presunción de inocencia (consagrada en el art. 2, inc. 24, literal e de la Constitución), lo que resulta al extremo desatinado, como veremos luego.

Otros, que no faltan, siguiendo la cómoda tendencia ecléctica dicen que no todo el texto de la norma merece reproche constitucional, solo una parte –mejor dicho no toda la ley es mala– solo dos artículos, el 1 (en su segundo párrafo) y el 2, disposiciones estas "que no admiten su adecuación constitucional porque infringen el derecho al debido proceso"(1010).

Vayamos por partes.

1. Derecho a la libertad

La libertad es la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita. Digamos, la prerrogativa que tiene la persona de realizar –sin obstáculos– sus actividades en el mundo de las relaciones(1011). La única limitación para el ejercicio de este derecho es el no transgredir ni violar el derecho de las demás personas (*hominis ad hominem proportio*(1012)), parámetro asumido por la ley con base en el *principio de reserva de la ley* y al *principio de legalidad*. (Mi derecho termina donde empieza el derecho de los otros). Entonces, es la ley aquella que precisa lo que una persona está obligada a *hacer* o, en todo caso, a *no hacer*(1013).

(1007) RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. "Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 169, Lima, diciembre de 2007, p. 42.

(1008) Este autor con críticas no del todo fundamentadas presume "... la sana y buena intención del legislador de eliminar el ritual habitual en los procesos de esta naturaleza por el asfixiante problema social que generan estos casos y en atención al principio del interés superior del niño y adolescente respecto a su derecho a no contar con la paternidad natural y deseada. Sin embargo ello no puede ser motivo para estar alejado de la tutela efectiva prevista como garantía constitucional". SUÁREZ VARGAS, Luis. Ob. cit., p. 3.

(1009) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. Ob. cit., p. 402.

(1010) FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, septiembre 2007, año 13, p. 94.

(1011) BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2003, p. 105.

(1012) Dante Alighieri anotó *"Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae servata servat societaten; corrupta, corrumpit"* Esto es entendido en el sentido de que el derecho es una proporción real y personal, del hombre para el hombre que, conservada, conserva la sociedad; corrompida, la corrompe, implica establecer un orden entre los seres que viven juntos.

(1013) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El principio de libertad personal y el principio de legalidad". En: *Suplemento Actualidad. La Ley*. Año LXIX, Nº 124, Buenos Aires, 28 junio de 2005, p. 2.

Considero, no de ahora sino tiempo atrás, que el sometimiento a las pruebas genéticas para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria* que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de averiguación de la paternidad son sencillas y no implican una violación al derecho a la autodeterminación del individuo, quien alegue tal restricción comete un abuso de derecho(1014). Entiéndase claramente que el abuso del derecho es una conducta que se sustenta en un derecho subjetivo que se convierte en antisocial al transgredir un deber jurídico que cristaliza el valor solidaridad(1015). Liése Thurler(1016) reflexiona que una prohibición al abuso de derecho simboliza un cambio de una concepción individualista a una concepción socializante del Derecho. Esto encaja de manera precisa a nuestra posición. Mejor aún, como lo hemos tratado, la jurisprudencia española (tanto del Supremo como del Constitucional) sienta como criterio –compartido– que la imposición coercitiva, forzada de la prueba genésica, viola derechos personales extensamente la libertad individual(1017).

Ciertamente, la libertad se trasgrede *ex officio* con la imposición directa. Al haber sido decretada *ex lege* la bioprueba sería perfectamente realizable. El derecho a la libertad del individuo –por más presunto que sea– no puede sobreponerse con el derecho a la identidad requerido –de aquel que le falta filiación–. Dicho sea el paso, no es la única ley que impone la realización de exámenes *in corporis*(1018) (anotamos esto último por si acaso la idea no queda del todo clara).

Criterios encontrados los hay, incluso a nivel jurisdiccional uno de los primeros fallos de la Justicia de Paz dice:

> "**Décimo.-** Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandado [sic.], lo que se traduce en

(1014) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999, p. 186.

(1015) FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 178.

(1016) LIÉSI THURLER Ana. "Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p. 77.

(1017) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Ob. cit., p. 191.

(1018) Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público de manera que la autonomía privada y, por tanto, el consentimiento de la persona queda limitado. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación, certificado prematrimonial, examen médico para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etílico) y, para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del VIH o SIDA) o en materia laboral. En estos ejemplos prima el interés social frente al individual. Cfr. *Mi Derecho médico peruano*. Grijley, Lima, 2006, p. 170.

> una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[(1019)].

Nuestra posición no se ajusta al considerando citado. Es todo lo contrario, a la inversa del pensamiento tratado.

Somos partícipes de la legitimidad de la ley y de la defensa de los derechos de las partes intervinientes. El derecho a la libertad es reconocido y protegido y, *a símile* de otros derechos, puede ser restringida su aplicabilidad por causa justificada, situación que aplica estrictamente la ley que regula el proceso en análisis.

Parte de esta posición es asumida en la Resolución de la Corte Suprema de Justicia del 13 de agosto de 2007, la cual declara que la Ley Nº 28457 no afecta ningún derecho del demandado:

> "**DÉCIMO TERCERO**.- (...) la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN, más aún, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el Magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de la persona, en este caso el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacionen con

(1019) Exp. Nº 180-05, Resolución Nº 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera Vásquez.

otros derechos, más allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho"[1020].

La Ley Nº 28457, ni exige a someterse a la prueba para el análisis del ADN ni requiere la conducción de grado o fuerza, ninguna de las dos cosas de forma que hay garantías, pudiendo, perfectamente, haber decretado la coerción expresa (den gracias que no). Echando más leña a fuego: no puede señalarse que la aplicación de la ley implica una coacción ... eso no es así. Coaccionar –jurídicamente hablando– es "obligar" a alguien a realizar lo no querido ¿acaso esta ley obliga?, no.

La ley no obliga. Solo establece como requisito de procedibilidad a la oposición el sometimiento a la prueba de ADN. Si el demandado está seguro de su no paternidad debe ser el primero en querer la realización de la prueba a fin de librarse de la imputación hecha[1021]. Por último, "no hay que tenerle miedo a la obtención compulsiva cuando, en última instancia, pretende satisfacer o restituir derechos humanos"[1022].

Mi libertad es un derecho que debo realizarlo, pero no puedo sobre ejercerlo ni forzarlo a límites de mi individualidad, de mi provecho personal, o es que estamos dando paso al "Super-Hombre" de Nietzsche que inventa sus valores, contraría la verdad, el bien común, atenta contra el "ser" humano y sus ideales creyéndose irreverentemente un pequeño dios. La simple decisión de un hombre puede importar el destino de los demás, en estos casos más aún.

El demandado es totalmente libre de decidir la forma y el medio, el qué y el cómo, los efectos y sus resultados. Eligirá libremente entre no contestar, contestar, allanarse, oponerse o someterse, gestionando de *propio iure* la sanción impuesta[1023].

En todo caso, jueguen con las diversas opciones de respuesta frente a la pregunta de Arias de Ronchieto[1024], ¿la libertad de quién se afecta? Llegarán conmigo –espero no equivocarme– que la más afectada es la libertad del hijo de saber su fuente paternal.

(1020) Exp. Nº 1699-2007-Lima Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la República Sala de Derecho Constitucional y Social.

(1021) Para Berenice Días y Chaves se trata de una presunción *juris tantum* de paternidad. El STJ brasilero consideró que en la acción investigativa la negativa del supuesto padre en someterse al examen de ADN induce a presunción *juris tantum* de paternidad. Vide BERENICE DÍAS María y CHAVES, Marianna. "El predominio del derecho a la identidad. Sobre la constitucionalidad de la Ley Nº 28457 de 8/1/2005". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 7, Lima, diciembre, 2007, p. 44.

(1022) HERRERA, Marisa: "La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación". En: *Revista de Derecho de familia.* Nº 2, Lima, diciembre de 2007, p. 119.

(1023) VELARDE BOLAÑOS, Rosa. "La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*, Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 33.

(1024) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. "Una ley inteligente: La Ley peruana Nº 28. 457 de 2006". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 46.

2. Derecho a la intimidad

La filiación natural es producto de la procreación que deriva del acto sexual, sin descartar los distintos medios procreáticos. El acto sexual se desarrolla en lo más íntimo de la vida de las personas, no es un acto público, es lo más privado y reservado del ser humano. En él los amantes expresan su lenguaje corporal, integrándose, dándose entre sí, *haciendo el amor*. La entrega de dos está limitada a ellos, son quienes engendrarán un nuevo ser. Como dice Krasnow "la *procreación biológica* nace de una relación entre un hombre y una mujer en el ámbito de lo privado, sin intervención de terceras personas, creándose una vida nueva que es el resultado de la fusión de la historia biológica de sus padres"(1025).

El acto íntimo generador de vida no puede ser esgrimido como medio de defensa para objetar la pesquisa filial. Mizrahi con claridad se encuadra dentro de este razonamiento: "El derecho del hijo a obtener su filiación no se inscribe en la esfera de privacidad del presunto progenitor, pues media un *interés social* en que aquel obtenga el emplazamiento que le corresponda, lo cual conlleva observar una actitud de respeto a los posibles vínculos familiares. Por lo demás, y esto nos parece fundamental, es verdad que el propio accionado dejó de lado su propia intimidad, al transportar fuera de sí su propio material genético"(1026). Por el contrario, es el medio más directo para escudriñar el origen parental que es lo que más debe interesar al Estado. Esta idea la sostiene la profesora Hernández Díaz-Ambrona al considerar que: "Debe prevalecer el interés social y el orden público inherente a las pruebas sobre el derecho a la intimidad del presunto progenitor y porque entra en juego los derechos de los alimentos y sucesorios"(1027). Comparte esta razón Adrian Krasnow cuando escribe que: "en las acciones de filiación, estamos frente a un interés social que trasciende el interés de las parte en litigio"(1028).

(1025) KRASNOW, Adriana Noemí. "La filiación y sus fuentes". Ob. cit., p. 1461.

(1026) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Ob. cit., p. 99. En esta posición cita el autor jurisprudencia y doctrina Tribunal Constitucional de España, Sala I, 17/1/94, *ED*, pp.157 a 259; CS Sfe, 19/9/91, *LL*, 1992-D536; TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 4/5/00, " *NN*. Recurso directo". *LLC*, 2001-22; SC Mendoza, Sala I, 29/8/95-B-546; CNCiv, Sala I, 21/6/01, ED, 194-54; MÉNDEZ COSTA. *Encuadre constitucional del derecho a la identidad.LL*, 1992-D-536; GÓMEZ: "Compromiso del derecho a la intimidad del demandado en la producción de la prueba biológica –en la especie, de la genética ofrecida por el actor en proceso por su filiación". En: *Derecho de Familia*. Nº 11, p. 67; MODESTA - SÁENZ. "Algo mas sobre el derecho a la identidad". *LL*, 1995-A-377; GROSMAN - ARIANNA. "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial". *LL*, 1992-B-1193; MEDINA, "filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas". *JA*, 1995-IV-340; ALVAREZ. "Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial". *ED*, 124-710; BOSCH (h), "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". LL, 2003-B-1116.

(1027) HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio - agosto 2005, p. 51.

(1028) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. Ob. cit., p. 56.

La intimidad de la pareja queda desplazada en la investigación filial. Lo que quiere demostrarse es el acto sexual que generó una procreación que no se quiere reconocer. Mediante este proceso se demostrará que hubo sexo extramatrimonial y una prole no aceptada, siendo la descendencia la justificación del proceso judicial. Lo íntimo no es un medio de defensa válido, y como queda dicho en más de una oportunidad que la intimidad debe ceder ante determinadas exigencias públicas(1029) sea por resolución judicial o por la ley. Este es un típico caso. El derecho a conocer el propio origen biológico del hijo tiene una primacía sobre el derecho a la intimidad de los padres(1030), no puede uno de los progenitores (y menos dos) quedar indeterminado(s) en abusivo ejercicio del derecho a la intimidad personal(1031), la dignidad de la persona, del hijo, lo impide de forma natural.

3. Derecho a la integridad

¿Qué integridad puede violarse si la prueba de ADN es inofensiva respecto de la santidad del cuerpo? No requiere de una *inspectio corporis* exhaustiva, no es necesario pinchazo alguno, las muestras de sangre están descartadas. Técnicamente se necesitan solo fluidos, secreciones corporales, cabello, mucosa bucal, simplemente eso por lo que basta con un hisopo. La prueba, con lo expuesto, es mucho menos invasiva en el cuerpo de la persona –a diferencia de lo que sucedía con las otroras pruebas heredobiológicas– por lo que no puede calificarse de traumática(1032).

La más reciente doctrina sustenta que en la disciplina del derecho de familia el cuerpo es, a veces, objeto de derechos a pesar que en principio la corporeidad es intangible al proteger intereses privados. (Nada más íntimo que el propio cuerpo). En ciertos casos debe ceder, vale decir, garantizar otros derechos como es el derecho a la identidad que salvaguarda, en última instancia, no solo intereses individuales, sino también públicos y sociales. Es bien común que cada niño tenga un padre. Con esta premisa, y en vista de la importancia de la investigación de paternidad es que, por ejemplo, el legislador de Brasil permite la investigación de oficio de la paternidad(1033).

4. Derecho de defensa

No se discute la legitimidad de este derecho, por el contrario está plenamente garantizado. La razón de las partes no está en discusión, sino que la fuerza de

(1029) RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. *Genoma humano y Constitución*, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 2002, p. 125.

(1030) MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación extracorpórea*. Lima, Coedición Ara editores y Universidad de Piura, Lima, 2004, p. 58 y 60 (nota 79).

(1031) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. "Una ley inteligente: La Ley peruana Nº 28. 457 de 2006". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 45.

(1032) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Ob. cit., p. 68.

(1033) Vide RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, 2da edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley Nº 8560, del 29 de diciembre de 1992, que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

la decisión estará fundamentada en el resultado del ADN. La estructura del proceso va en ese sentido. Los hechos poco importan –ojo, digo poco no nada– es el mérito del documento pericial el que decidirá el proceso. Nora Lloveras(1034) plantea que pueden presentarse casos en los que no exista ningún sustento fáctico en la demanda pudiéndose llegar a declarar padres a quienes no lo son, sin embargo este proceso se estructura con el fin del sometimiento a la prueba técnica, quienes creen no ser padres no tendrían inconveniente alguno de realizarse la experticia.

Con un criterio adverso se sostiene que la norma reguladora de este proceso encierra un procedimiento destinado a obtener la *verdad biológica* sobre la base de (i) una sola prueba (ADN), (ii) única defensa del demandado y, (iii) constituye título ficto de declaración judicial todo lo cual lleva a considerar su no constitucionalidad al restringir severamente el derecho de defensa del emplazado(1035).

Los derechos del demandado van de acuerdo al principio constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional (art. 139, inc. 3 de la Constitución). La defensa del emplazado está amparada con el derecho al recurso efectivo(1036), sea con la oposición o apelación, en fin con todos los medios que la ley admite. Como se mencionó, este procedimiento está sustentado en el principio de la tutela jurisdiccional, el cual "es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del estado, sin que se obstruya, impida o disuada irrazonablemente"(1037).

4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa

El debido proceso es un derecho fundamental. Se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso, lo que se conoce como la tutela jurisdiccional efectiva. Por ejemplo, ser oído, tener un abogado, ofrecer pruebas, un juez predeterminado, una sentencia motivada y oportuna, la doble instancia. No caben los procesos indebidos o procesos no debidos, estos son descalificados por la ley.

Es un reconocimiento al derecho a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento.

(1034) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*. Ob. cit., p. 329.

(1035) FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, setiembre, 2007, año 13, p. 85.

(1036) "Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Conforme al segundo, "Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)" Exp. Nº 015-2001-AI/TC, Exp. N° 016-2001-AI/TC, Exp. N° 004-2002-AI/TC.

(1037) STC Exp. Nº 010-2002-AI/TC.

Ni uno más ni otro menos. Su finalidad es lograr el máximo respeto de los derechos fundamentales de la persona que afronta un proceso. A través de él, se logra la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes y permite una adecuada justicia social. Como derecho, el debido proceso no admite excepciones y corresponde a todo tipo de causas, sean públicas o privadas.

Toda persona tiene el derecho de defensa. Una facultad de accionar por la custodia de sus intereses. Un proceso, independiente de toda su formalidad y parafernalia, no puede ser un engaño ni una comedia. Debe desarrollarse como un legítimo instrumento a favor del ciudadano que, lo único que aspira de quien administra justicia, es alcanzar la paz social.

Se viene discutiendo en cuanto al proceso de paternidad extramatrimonial en sí, respecto del modo de actuarse las pruebas y en cuanto a si estas limitan a la parte demandada, no así a la demandante que basta su dicho, o mejor, su escrito de requerimiento de paternidad para que se ponga en movimiento el aparato judicial en defensa de sus intereses. Duda queda que la pretensión podría carecer no solo de fundamento, sino de base probatoria y que la exigencia de la prueba implicaría una afectación al demandado.

En esta línea se ha planteado una resolución judicial:

> "**UNDÉCIMO**.- Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que el hecho que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, el juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es una de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado, pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado, pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional. Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado, pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN"[1038].

(1038) Exp. Nº 180-05, Resolución Nº 7 (8/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera.

Hemos sostenido que el fin de este proceso de paternidad justifica su diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, tecnificando la faena del juez y dejando a la ciencia sustentar las pretensiones bajo la convicción de que no hay nada más seguro que la experticia de ADN para indagar el origen familiar. La situación que se presente la demanda con "simples" invocaciones no le resta contenido a que como fundamentos de hecho sean despreciados, desconsiderados. Y es que toda demanda debe tener una explicación, una parte que exponga lo sucedido. La demanda que dé inicio a este proceso debe, necesariamente, exponer lo acontecido en sólidos fundamentos de hecho para que tenga la calidad de pretensión y cumpla con el requisito de ley (art. 424 inciso 6) bajo sanción de su inadmisibilidad (artículo 426 inciso 1).

Claro, a pesar de ello quedan algunas situaciones por discutirse. El proceso para muchos no es el más adecuado ni pertinente dada la importancia de la pretensión, como se ha sostenido "tratándose de un derecho tan importante como es la filiación, que además va a significar la imputación de una paternidad que va a generar obligaciones para el padre y del que van a nacer derechos para el hijo, el proceso adoptado por la norma *no parece ser el más adecuado*"(1039).

¿Quién se encargará de determinar si "es" o "no es" adecuado? ¿O acaso no sería preferible, como abogados que somos, interrogarnos si "es" o "no es" legal proceso de paternidad extramatrimonial? Dos preguntas total y absolutamente distintas.

La respuesta directa y clara a esta última pregunta –acerca de la legalidad– la dictaminó la antes citada Resolución de la Corte Suprema de Justicia la cual declara que la Ley Nº 28457 no afecta ningún derecho del demandado. Como así, léanlo ustedes:

> "**DÉCIMO CUARTO:** En cuanto al Debido Proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica"(1040).

(1039) Acuerdo por unanimidad del *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua*, 21 de junio de 2005.

(1040) STC Exp. Nº 1699-2007-Lima Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala de Derecho Constitucional y Social.

La Ley, ni en su conjunto ni en parte de ella, afecta el derecho al debido proceso. El padre o demandado, como quiera llamársele, tiene la facultad de oponerse sometiéndose al examen de ADN para demostrar su calidad de no-progenitor. La oposición es la defensa, que no se quiera ejercer es otro cantar, que no evidencia buena fe en el proceso.

Esta ley reglamenta un bien pensado proceso puesto al servicio del hijo sin padre determinado, esta es la conclusión de Arias de Ronchietto(1041). La compartimos a plenitud.

5. Derecho a la presunción de inocencia

Referirnos a la presunción de inocencia en el aspecto civil carece de todo sentido. Se trata de un principio rector del derecho penal que funciona como una presunción *iuris tantum* que requiere de una "actividad probatoria dirigida expresamente a acreditar que la persona procesada es responsable del delito que se le imputa"(1042). Su contenido es penal del que se deriva, a mayor abundamiento, el principio *in dubio pro reo*. Es clara la posición del Tribunal Constitucional cuando dice: "La presunción de inocencia se mantiene *viva* en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado[a] cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla"(1043). Está demás invocar la violación del principio de presunción de inocencia, en todo caso existe el legítimo derecho del demandante en estas causas de orden parental de hacer valer su pretensión en la vía judicial. La paternidad no es un tema de culpa, es materia de compromiso, aunque no podemos negar que desconocerla linda con lo antijurídico, no es una conducta típica ni culpable en términos penales.

Si de extremos se trata, llevando al límite lo indiscutible, el ADN no solo condena también libera(1044). Libera al hijo de la ausencia de identidad biológico paternal, lo redime de la inopia para enterarse, al fin, de sus orígenes. El desconocimiento de identidad paternal debe ceder el paso a la verdad, conocida (al menos por regla general) por sus progenitores.

Como adicional, el Tribunal Constitucional deja indicado que el derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si no existe

(1041) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. "Una ley inteligente: La Ley peruana Nº 28. 457 de 2006", En: *Jus jurisprudencia*, Nº 6, Lima, noviembre, 2007, p. 45 y ss.

(1042) HERRERA VELARDE, Eduardo. "Presunción de inocencia, duda y certeza". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 58, martes 9 de agosto de 2005, p. 9.

(1043) STC. Exp. Nº 2915-2004-HC/TC-Lima.

(1044) Una jueza de Miami ordenó que el convicto, un hombre de 67 años acusado a cadena perpetua por múltiples casos de violación, fuese absuelto de todos los delitos. La prueba determinante fue una pericia de ADN. Cfr. "Recupera la libertad por una prueba de ADN". En: <http://www.diariojudicial.com>. Accesos el 04/08/2005.

prueba plena que acredite su responsabilidad administrativa o judicial de los cargos atribuidos(1045), situación que no se da en los procesos filiales.

6. La prueba en el proceso de filiación

Teniendo a la teoría y la praxis como sustento, pienso que el test genético dejó de tener el carácter de prueba de parte. La propia ley considera su aplicación a efectos del establecimiento real del vínculo filial. En este sentido, no cabe discusión alguna acerca de la libertad probatoria de las partes(1046), la prueba procede por imperio de la ley en virtud de una necesidad social y un problema vivo que afecta la identidad personal. Ninguno de los derechos del demandado se ven afectados. Su aplicación está en estricta relación con la pretensión. El objeto de la prueba es establecer una relación personal de orden familiar; aquellas relaciones íntimas cuyo "producto" es negado. La prueba sirve para fundar lo demandado, legítimo derecho del accionante.

7. Criterio opuesto al proceso

La profesora y magistrada Mosquera Vásquez(1047) muestra una posición más radical, fundamentada en su experiencia práctica y teórica, diciéndonos al respecto:

a) Considero que es irresponsable que un tema tan delicado como el de la filiación esté en manos de los jueces de paz letrados, pues estos no tienen la experiencia suficiente en el trámite de procesos en los que se discutan derechos de los niños y adolescentes, y sobre todo en procesos de tanta trascendencia como lo es uno de filiación, pues su actuación como jueces se circunscribe a procesos menos complejos en todas las áreas que conocen, basta con revisar la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, los jueces de familia son capacitados y tienen experiencia en temas vinculados a niños y adolescentes.

b) Es peligroso expedir una resolución que declare la paternidad de un niño por el simple hecho de haber presentado la demanda, y más peligroso aún que ella sea considerada un mandato al no existir contradicción a la misma. Esto puede suceder en países donde existe transparencia en la ciudadanía y no en el nuestro. Me explico. Me ha pasado varias veces en que se indica un falso domicilio del demandado(1048), supuestamente están

(1045) STC. Exp. Nº 2868-2004-AA/TC, fundamento jurídico 21.

(1046) MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los límites ético de la actividad probatoria". En: *La formación del proceso civil peruano*. 2ª edición aumentada, Palestra, Lima, 2004, pp. 550 a 557.

(1047) Comunicación por correo electrónico del 16 de junio de 2005. Reproducción autorizada por la autora. Además, estas opiniones se publicaron en "La Ley Nº 28457 y los nuevos procesos de filiación". En: *Legal Express*, Lima, año 5, junio de 2005, Nº 54, p. 5.

(1048) Esto es del todo cierto y me parece oportuno lo propuesto: "Se debe solicitar al Reniec u otro organismo estatal como la Sunat, la información sobre el domicilio del demandado, a fin de evitar la vulneración de

bien notificados, pero no es así, y esto se torna más peligroso aún en un proceso en el cual no existe actuación de medios probatorios. En caso se notifique al demandado y este no formule oposición porque se notificó en un lugar distinto, sin más discusión la ley señala que la primera resolución se convertirá en un mandato. Corresponde plantearnos algunas preguntas:

c) ¿El juez emite un auto o una sentencia? Parece ser lo primero, pues la ley no es clara.

d) ¿Qué puede hacer el demandado si se le pasó el plazo de apelación?

Primero, no puede retirar su nombre del acta de nacimiento, y segundo, no puede ni siquiera iniciar una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta porque no se sabe si es un proceso contencioso o no contencioso, ni tampoco se señala con claridad si lo que se emite es una sentencia o un auto.

e) ¿Y qué pasa con el niño? Supongamos que tenga 10 años. Expedida la resolución indicando el nombre del padre, y en el caso que proceda (situación que dudo) la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta se le quitarán los apellidos? ¿Cómo le explicas aproximadamente 2 años después (teniendo en cuenta la duración de un proceso de ese tipo) que el señor que aparecía en su acta de nacimiento no es su padre? Lo mismo que nada, además con daño psicológico para la criatura.

f) ¿Funciona el tema del auxilio judicial? ¿Podrá el Estado costear todas las solicitudes que impliquen la realización de las pruebas de ADN? La respuesta es obvia.

g) La forma como está hecha la ley no brinda ninguna seguridad. Por tratarse de un tema tan delicado debió establecerse una etapa probatoria donde –inclusive– se dé el derecho al emplazado a impugnar los resultados de la prueba, pues se le está limitando su derecho a la defensa, dándose por ciertos los resultados de las pruebas de ADN sin que se pongan en el caso de que los resultados hayan sido manipulados o contaminados, lo que sabemos ha sucedido en otros países. Tenemos a un demandado indefenso. Me atrevería a afirmar, incluso, que se vulnera su derecho a la defensa.

h) Debe definirse si se trata de un proceso contencioso o no contencioso, pues es un híbrido jurídico.

---

su derecho de defensa en caso de domicilio dudoso o desconocido". Lástima que no haya sido acogidos por el *Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Moquegua,* 21 de junio de 2005.

i. Establecer una etapa probatoria obligatoria, por seguridad jurídica y para evitar daños psicológicos a los niños y adolescentes.

No tenemos el mismo criterio y nos llama poderosamente la atención cómo la citada autora, apasionada por los temas del Derecho genético, por la irreversibilidad de los avances biotecnológicos y la defensa de los derechos de la mujer haya asumido tan fundamentalista posición, desconociendo –no estoy seguro si de conciencia– los efectos de la prueba por el mero formulismo procedimental. En pocas palabras, Mosquera añora el viejo proceso de paternidad que tantas veces combatió y abandona su otrora defensa. Antes a favor, hoy en contra, ¡quién te ha visto y quién te ve!

"La importancia de la filiación deriva de la gran responsabilidad que implica haber engendrado a un hijo al cual hay que proteger, formar y garantizar que llegue a la edad adulta con capacidad para desenvolverse en el mundo"(1049), sobre este esquema es que debemos trabajar. Ser padre es más que un derecho de generar descendencia, es un deber. Empieza asumiendo legalmente tal calidad, reconociendo, se robustece con el ejemplo que va formando los valores, educando al nuevo ser. La paternidad es una actitud, una forma de ser, de comportarse. Si bien inmiscuye al padre con el hijo, sus raíces trascienden el aspecto meramente personal, trasladando sus efectos al ámbito social. La comunidad, el Estado, la democracia se benefician de una relación paterno filial consolidada. La Constitución y los Tratados Internacionales favorecen el establecimiento de la familia, siendo valor entendido que la filiación es la forma más común de formarla. Estos, Constitución y Tratados, además de Convenciones no "pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas"(1050), negarse a la prueba la prueba biológica conculca el deber que impone la Constitución a todos de velar por sus hijos menores eludiendo una (gran) responsabilidad(1051). Resulta lógico, pues, el nuevo proceso de veracidad de la paternidad. Actitudes desaprensivas respecto del reconocimiento generan inestabilidad emocional en el niño, en la madre, en las personas que lo rodean. Familias desequilibradas, perturbadas por un problema esencialmente humano. La falta de reconocimiento trae como consecuencia graves resultados en el desarrollo del niño, inestabilidad emocional, carencia de modelo paternal en las relaciones extramatrimoniales o a las relaciones de hecho, falta de apego a la familia, propensión al divorcio. Si la persona, su familia y su

(1049) WEBER, Albretch. "Protección constitucional de la infancia". En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Coordinar Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 114.

(1050) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Ob. cit., p. 123.

(1051) HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores. "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica". En: *Revista de derecho privado*. Madrid, julio - agosto 2005, p. 51.

entorno se encuentran aturdidos, qué tipo de sociedad, de Estado podemos desear. Del origen parte todo. La estructura social empieza en la familia. Comencemos por lo más elemental, avalar al menor la defensa de sus derechos, exigir a los responsables el cumplimiento de sus obligaciones. Es el deber del Estado poner freno a los irresponsables, a aquellos *hombres desbraguetados* con numerosos hijos en la calle (Gabriel García Márquez: *Vivir para contarla*, Bogotá, Ed. Norma, 2002). Freno, coto, límite a la irresponsabilidad, al divertimiento en el juego sexual sin compromisos. Frente a esto en defensa de los intereses del menor deben ser agotadas todas las instancias para lograr el compromiso paternal, en todo caso lo único que queda es un juicio de filiación (tomando la palabra en su verdadera dimensión). Sí, y es que el planteamiento judicial de la determinación de la filiación constituye el último recurso ante el fracaso de mecanismos más simples[1052].

V. LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Una fría mañana de invierno, la ciudad de Lima despertó con el sugestivo titular de una noticia aparecida en diario *El Comercio*[1053]: "Resolución que sienta precedente". A través de ella se informó a la comunidad limeña la decisión de la máxima instancia jurisdiccional acerca del legalidad del proceso de paternidad extramatrimonial.

(1052) VERDERA SERVER, Rafael, *Determinación y acreditación de la filiación*. Bosch, Barcelona, 1993, p. 38.

(1053) "Resolución que sienta precedente. Validan prueba de ADN para probar paternidad". En: *El Comercio*, Lima, 28 de agosto de 2007, Sección A, p. 9.

RESOLUCIÓN QUE SIENTA PRECEDENTE

Validan prueba de ADN para probar paternidad

Sala de Corte Suprema anuló fallo judicial que declaraba inaplicable ley para casos de filiación

En mayo pasado, el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia (MBJ) de Condevilla declaró inconstitucional e inaplicable la Ley 28457 que ordena la realización de una prueba de ADN para determinar la paternidad de un hijo nacido fuera del matrimonio (filiación de paternidad extramatrimonial).

La norma en mención, promulgada en enero del 2005, indica que una persona cualquiera puede pedir ante un juez de paz letrado que expida una declaración judicial de paternidad si es que el emplazado (o presunto padre) no se somete a una prueba de ADN.

Dicha norma fue declarada inválida por el juzgado de Condevilla, a pedido de un padre que se negaba a realizarse la prueba de ADN. Este magistrado consideraba que la Ley 28457 afectaba el derecho a la libertad y al debido proceso del demandado.

Esta situación no duró mucho, ya que tres meses después la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, a cargo de Manuel Sánchez-Palacios, emitió una resolución de última instancia en la que anuló el fallo emitido por el juzgado de Condevilla.

El fallo supremo sostiene que la Ley 28457 no afecta ningún derecho del demandado y tampoco lo obliga a someterse a la prueba de sangre para el correspondiente análisis del ADN.

Esta norma, según el tribunal, tampoco dispone que el emplazado sea conducido de grado o fuerza para que se practique la prueba. Todo lo contrario, el presunto progenitor tiene un plazo de diez días para decidir. Si no lo hace, automáticamente el juez encargado del caso deberá declarar la paternidad del emplazado. Ello significa que el demandado es totalmente libre de elegir si se hace o no la prueba de ADN para demostrar que no es el padre del menor. ■

EL DATO

La certeza del ADN

La prueba de ADN es considerada científicamente determinante para dilucidar, en casos de filiación, la paternidad extramatrimonial, a diferencia de otros medios probatorios que no brindarían la certeza que ofrece dicha prueba.

La Resolución de la Corte Suprema de Justicia es consecuencia de una consulta a propósito de la apelación interpuesta contra la resolución emitida por un Juzgado de Paz del Cono Sur que sube en apelación al Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla, el que declaró inconstitucional e inaplicable la Ley de Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial - Ley Nº 28457). En sus considerandos se sostiene que esta ley se enraíza en la actuación de la prueba de ADN en sede judicial a fin de desvirtuar la paternidad declarada caso contrario, la declaración de paternidad se mantiene. La instancia sustenta su posición en tanto que se estarían lesionado los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado en consulta el expediente, la Corte Suprema de Justicia desaprueba la resolución emitida por dicha instancia, indicando que la Ley Nº 28457 no afecta ningún derecho del demandado, preponderando el derecho al nombre y el derecho a la identidad personal.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL

CONSULTA

EXPEDIENTE N° 1699-2007

LIMA NORTE

Lima, trece de agosto del dos mil siete

VISTOS; con el acompañado y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia de vista de fecha dieciocho de mayo del dos mil siete, obrante a fojas cuatrocientos treinta

y siete, emitida por el Primer Juzgado Mixto MBJ de Condevilla, Lima Norte, que revoca la apelada que declaró improcedente la oposición y convierte el mandato contenido en la Resolución número cinco en declaración judicial de paternidad, con lo demás que contiene y reformándola declara nula a insubsistente dicha sentencia e inaplicable al caso materia de autos la Ley Nº 28457.

SEGUNDO: La consultada sostiene que la Ley Nº 28457 vulnera los derechos constitucionalmente reconocidos: a la libertad y al debido proceso. Respecto al primero señala que el artículo 2 de la Ley Nº 28457 conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba del ADN dentro de los diez días de notificado, como única posibilidad para que su oposición al mandato pueda ser efectiva, negándole la posibilidad que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a la misma, por lo que aplicar la ley en ese extremo se traduce en una coacción al demandado, vulnerándose su libertad, consagrada en el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política del Estado. Respecto al segundo, considera que presentar una demanda de filiación, sin la exigencia de ofrecer medio probatorio alguno que pruebe lo afirmado, y que el juez deba emitir una resolución declarando la filiación demandada sin que se haya pasado por una etapa probatoria atenta contra el debido proceso, y que la resolución que se expida no es justa para el demandado, pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional.

TERCERO: La consulta es una institución procesal de orden público, impuesta por Ley. No es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional, en ciertos casos trascendentes, elevar el expediente al Superior, y a este efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

CUARTO: Conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de Fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Así las sentencias en las que se haya efectuado control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

QUINTO: Para dilucidar la consulta, debe tenerse en cuenta que no solo se encuentra en tema el derecho a la Libertad y el derecho al Debido Proceso, sino también el derecho al Nombre y a la Identidad de un menor, previstos en los artículos 2 inciso 1 de la Carta Política, y desarrollado en los artículos 19, 21 y 26 del Código Civil y 6 del Código de los Niños y Adolescentes. En consecuencia, en este caso debe aplicarse la

ponderación de los derechos constitucionales involucrados. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha declarado, en múltiples ocasiones: "Que los derechos y libertades fundamentales no son absolutos sino que tienen límites derivados de la defensa de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos o del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, esto es de la tutela del Estado democrático, límites que a su vez no son absolutos, pues se hallan contrabalanceados tanto por la fuerza expansiva de los propios derechos como por la congruencia del orden jurídico en que se inscriben"(1054).

SEXTO: La Libertad, como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Según el Apartado 1 del Título III de las Instituciones de Justiniano, Libertad es la facultad natural que cada uno tiene de hacer lo que le plazca, a no ser que la fuerza o la ley se lo impidan. El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, estableció que la Libertad es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 1 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 reconocen el derecho a la libertad, pero no la definen. Es que la Libertad es su acepción más amplia es el anarquismo puro, como potestad de hacer lo que se quiere, lo que es imposible por que los seres humanos carecemos de omnipotencia, y porque los derechos propios terminan donde comienzan los ajenos. En sentido moral, la Libertad se circunscribe a hacer lo que no daña a otro, y en sentido jurídico la Libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y todo lo que no prohíben. Ahí van los viejos aforismos latinos: *"Libertas est naturales facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur"* de Florentino: 1.4, pr., D., de *statu hominum*: "La libertad es la facultad natural de hacer lo que place a cada cual, salvo si algo se prohíbe por la fuerza o por la ley"; y *"Legum omnes servi summus, ut liberi esse possimus"* de Cicerón: "Todos somos esclavos de las leyes, para poder ser libres".

SÉTIMO: La Filosofía del Derecho trata el tema con gran amplitud, y se distinguen múltiples corrientes de pensamiento, así en un extremo, los que propugnan la ausencia total de coacción, que lleva al nihilismo y anarquismo, otros que la vinculan con la igualdad económica de las personas, y otros que estiman que la libertad de cada individuo nace y se obtiene de ese gran conjunto de derechos a los que está subordinada, porque los derechos de cada uno de nosotros dependen de la muralla protectora

(1054) *La Libertad como Pretexto de Tomás Vives Antón*. Tirant Lo Blach, Valencia 1995, p. 399.

de la organización social, que no es otra cosa que la Ley. Si podemos gozar de nuestros derechos es porque el Estado los robustece al convertirlos en obligaciones para los demás. Somos libres, no por nosotros mismos, sino porque ese es el designio de la sociedad(1055).

OCTAVO: El Debido Proceso, al decir de Osvaldo Alfredo Gozaini, significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley, y de no haber ley razonable que establezca el procedimiento, ha de arbitrarlo el juez de la causa, b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino que tiene que ser "debido", c) para que sea "debido", tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso, d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)(1056). El derecho al Debido Proceso, cuya observancia urge el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, por su amplitud escapa a los alcances de una definición, que por principio de Lógica tendría que ensayarse por el género próximo y la diferencia específica; pero esta Sala en numerosos pronunciamientos ha determinado que este comprende básicamente, el derecho a ser escuchado, a producir prueba, a imparcialidad, a un proceso rápido y a una sentencia motivada a impugnable.

NOVENO: El derecho al nombre y la identidad personal, es fundamental, es sin duda el primer derecho reconocido, como ya se ha señalado. El antiguo aforismo latino de "*mater certus pater semper incertus"* se resolvió en la ley, desde el Derecho Romano, estableciendo la paternidad procedente del vínculo matrimonial, denominada la presunción *"Pater is..."*. El problema se presenta cuando el padre de un hijo natural se resiste a reconocerlo y se trata entonces de saber si tal hijo o quien lo represente en su minoría, puede ocurrir al Poder Público para que se practique la investigación pertinente y declare la relación filial. En el decurso de la historia, esta investigación se permitió en determinadas épocas y también se prohibió. Así en la época medieval, el "dicho de la virgen" fue suficiente para condenar un estupro y declarar una paternidad, la denuncia del supuesto seductor de una muchacha encinta se tenía por cierta *'Virgini praegnanti creditur'*. El Derecho intermedio reaccionó contra esta liberalidad y prohibió la investigación de la paternidad natural, así los Revolucionarios Franceses expidieron la Ley 12 de Brumario, en su año II, y el Código Napoleón recogió igual prohibición en su artículo 340: *"La recherche de la paternité est interdite"*, salvo el case de rapto. Los tribunales entonces recurrieron a la responsabilidad aquiliana y

(1055) *La Libertad en Estado Moderno de Harold J. Laski.* Editorial Abril, Buenos Aires, 1945, p. 25.
(1056) *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ediar, 2005, p. 119.

se determinó que el hombre que embarazara a una mujer comete un delito que lo obligaba a indemnizar, con la precisión de que esta se le exigía como hombre y no como padre.

DÉCIMO: En el Derecho moderno, la investigación de la paternidad es permitida y amplia pues corresponde al derecho fundamental a la identidad y al nombre que tiene toda persona, y nuestro Código Civil vigente, concedió tal acción en los supuestos previstos en su artículo 402 del Código Civil, el que ha sido ampliado, precisamente por la Ley Nº 28457, para incluir como inciso 6, cuando se acredite el vínculo parental con prueba genética o científica, como consecuencia del aporte de la ciencia a la probanza de la paternidad, siendo la más utilizada la prueba denominada del ADN.

DÉCIMO PRIMERO: Como señala la doctora María Isabel Quiroga de Michelena, doctora en medicina especialista en genética, en ilustrativo artículo sobre el tema(1057), la prueba biológica del ADN (ácido desoxiribonucleico) se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos, de tal manera que las características de ADN de una persona son únicas e inmutables, son idénticas en todas las células de su organismo, se determinan desde el momento de la concepción, por la dotación genética, denominada "genoma", que el hijo recibe por partes iguales de sus padres; que cada cromosoma contiene miles de genes cada gen tiene su lugar especifico dentro del cromosoma, y la mayoría de las veces, la referida prueba científica arroja una probabilidad que supera el 99.99 % de certeza; prueba que se ha practicado con éxito para identificación de personas fallecidas en estado irreconocible, solo por análisis de algún resto biológico.

DÉCIMO SEGUNDO: El doctor Enrique Varsi Rospigliosi, en su estudio sobre el ADN(1058) señala que el sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria que no atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos, y quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho; que por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural como es el derecho a conocer quien es nuestro padre biológico, y luego citando a Delmiro Pedro Welter, enumera las razones por las cuales procede la conducción coercitiva del supuesto

(1057) *La Prueba de ADN. Fundamentos Biológicos de la determinación de paternidad*. Cuadernos Jurisprudenciales, Año 4, número 37, Gaceta Jurídica, julio de 2004, p. 19.
(1058) *La Prueba de ADN*. Gaceta Jurídica, Ob. cit., p. 6.

padre al examen genético, citando entre ellas los derechos a la personalidad del hijo.

DÉCIMO TERCERO: A la luz de los principios reseñados, debe analizarse la aludida incompatibilidad de la Ley Nº 28457 con los derechos constitucionales a la libertad y al debido proceso, sostenida en la sentencia consultada. Con relación a lo primero debe señalarse que la referida ley no obliga al demandado a someterse a la prueba de sangre, ni que se le conduzca de grado o fuerza, por el contrario la norma señala en el tercer párrafo del artículo 2, que si después de transcurridos diez días de vencido el plazo, el emplazado no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, su oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad. Significa que el demandado es libre de decidir si concurre a la toma de las muestras para la prueba de ADN, más aun, al formular la oposición se obliga a asistir, empero, en caso que no asista injustificadamente, como en el caso de autos, el magistrado deberá pronunciarse por la improcedencia de la oposición y declarar judicialmente la paternidad. Lo que se evalúa es su conducta ante un medio probatorio que resulta determinante, y que daría solución a la litis, y con ello se busca proteger el derecho fundamental a la identidad y al nombre de la persona, en este caso el menor cuyo reconocimiento de paternidad se pide. Si bien es cierto el derecho a la libertad es fundamental y debe ser protegido, este al igual que todos los derechos puede ser regulado, y pueden ser materia de restricciones en tanto se opongan o relacione con otros derechos, más allá que, como se ha explicado en el motivo anterior, no existe vulneración alguna a dicho derecho.

DÉCIMO CUARTO: En cuanto al Debido Proceso, no se aprecia su afectación, toda vez que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a dicho mandato y someterse a la prueba del ADN para demostrar su negativa, en este caso, que no es el padre del menor. El hecho que el proceso se base en la prueba del ADN se ampara en que dicho medio probatorio, como ya se ha señalado, es considerado científicamente determinante para dilucidar el caso materia de la demanda, en la medida que otros medios probatorios, no asegurarían el caso con la certeza que ofrece dicha prueba biológica.

> Por las razones expuestas y de conformidad con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: **DESAPROBARON** la Resolución consultada de fojas cuatrocientos treinta y siete de fecha dieciocho de mayo de dos mil siete en cuanto declara inaplicable al caso materia de autos la Ley Nº 28457, en consecuencia **NULA** dicha resolución, **MANDARON** que el Primer Juzgado Mixto - MBJ - Condevilla de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte emita nueva decisión teniendo en cuenta los considerandos precedentes; en los seguidos por dona Katherine Horna Quevedo contra don Johan Alvino Vilchez Villalobos sobre Filiación Extramatrimonial; y los devolvieron.- *Vocal Ponente*.- *Sánchez-Palacios Paiva*
>
> S.S. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA. GAZZOLO VILLATA. PACHAS ÁVALOS. FERREIRA VILDOZOLA. SALAS MEDINA.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia hace bien en desaprobar la resolución emitida por el a quo indicando que esta Ley no afecta ningún derecho del demandado, haciendo preponderar el derecho al nombre y a la identidad personal consagrados en la Constitución, Convención de los derechos del niño, Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes. Es más, la sentencia Suprema reconoce el acceso real a la justicia y el derecho a la verdad como un derecho de la colectividad de obtener una respuesta adecuada por parte del Estado, informándonos de sucesos y acontecimientos a fin de obtener una justicia más clara y segura. Inaugura formalmente un nuevo derecho, una forma de derecho a saber, a conocer el pasado, entender el presente y prevenir el futuro partiendo de los orígenes familiares.

La Ley Nº 28457 y Ley Nº 29821 no afecta ningún derecho de la persona y la sentencia es una decisión judicial que marca un hito en la doctrina nacional en defensa de los intereses de la niñez como lo afirmaran en su momento en el Especial de Jurisprudencia(1059) Beltrán Pacheco, Arias de Ronchietto, Velarde Bolaños, Famá, Liési Thurler, Lloveras, Orlandini y Berenice Días.

La decisión es buena, pero mejorable. Olvida, algunas cosas como por ejemplo, considerar dos ejes importantes como el interés superior del niño(1060) y el derecho de conocer la verdad biológica que, como parte del derecho a la identidad, nos permite saber quienes son nuestros progenitores(1061).

(1059) *Jus jurisprudencia*, Lima, Nº 6, noviembre, 2007 y Nº 7, diciembre 2007.

(1060) BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457", en: *Jus jurisprudencia*, Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p. 23 y VELARDE BOLAÑOS, Rosa: "La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*, Lima, Nº 6, noviembre, 2007, p. 34.

(1061) BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". Ob. cit., p. 23.

VI. MÁS ALLÁ DE MIS GENES ESTÁ LA LEY

Por más que se discuta, respecto de las ventajas como insuficiencias de la Ley Nº 28457 y Ley Nº 29821, que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, lo cierto es que la tendencia se dirige infrenable hacia el pleno respeto al derecho a la identidad de la persona.

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

El Código Civil mantenía un sistema rígido y por demás tímido, tambaleante e indeciso en materia de atribución filial. Hoy las cosas cambiaron y viene consolidándose más y más. Un caso ejemplificante, que va más allá de este proceso intimatorio de paternidad reconocido por la Ley Nº 28457 y Ley Nº 29821, es la dación de otras leyes que aparejan y cimientan el camino de la verdad. Entre estas tenemos:

- La Ley Nº 28439[1062] simplifica las reglas del proceso de alimentos y modifica el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes referido al Proceso Único en el sentido que (...) "Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso". Se aprecia un caso especial que linda entre lo dispuesto por el artículo 387 y el 390 del Código Civil.

  Decimos esto, pues, es la aceptación no formal de filiación en un proceso de alimentos la que es tramitada por el juez para inscribir el reconocimiento. No es un reconocimiento propiamente dicho ni una sentencia de declaratoria de filiación. Como dice la norma *el juez tendrá por reconocido al hijo* a pesar que el reconocimiento solo pueda realizarse, según el artículo 390, en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento. Con la nueva norma, la inscripción de la pieza judicial del proceso de alimentos donde conste la aceptación de la paternidad es el medio para probar una filiación.

(1062) DOEP, 28/12/2004.

Con la aceptación de la paternidad que sustenta el requerimiento de alimentos, el juez ordena la inscripción del reconocimiento. Se concede una facultad expresa y determinante al juez en caso el demandado acepte su descendencia. En el proceso de alimentos, la función del juez no solo se limita a resolver un conflicto de intereses y fallar, sino que su labor va más allá, incluso fuera de la pretensión demandada, atribuyéndosele una función tuitiva respecto de la filiación.

- La Ley Nº 28720[1063] que, derogando el artículo 392, considera que en los casos de reconocimiento unilateral (individual, sucesivo o separados es decir cuando asiste uno solo de los progenitores) puede indicarse el nombre de la persona con la cual se tuvo el hijo en el momento de hacer la inscripción del nacimiento en Registro de Estado Civil.

  Antes de la reforma, la madre, quien era la más común en estos casos, estaba amordazada por la ley; limitada no solo su voluntad, sino su compromiso natural con la descendencia. No podía –sabiendo y conociendo– revelar el nombre de la persona que, conjuntamente con ella, había permitido tener la descendencia. Si, no podía. El espíritu de la norma era ocultar la verdad. ¿Si sé quién es el padre o la madre por qué negarlo? Es más ¿por qué limitar la manifestación?

  El reconocimiento de la ley del legítimo derecho de indicar el nombre del progenitor(a) es un paso más dado en pro de la filiación que posiciona nuestro derecho a la par con otras legislaciones (tal es el caso de Portugal[1064] que obliga la mención de la paternidad en el acta de nacimiento). De la negación a la admisibilidad.

  Antes, qué iba poder la mujer revelar la identidad de quien, ella conocedora, había mantenido una relación sexual generadora de vida. El Código Civil negaba la verdad, le decía "no" a quien conocía de la relación. Se llegaron a casos extremos que el Registrador, en cumplimiento estricto de la norma, impedía la revelación y colocación del nombre del padre / madre. Hasta ahí no había mayor problema. Pero ese registrador, además, desconocedor de la composición del nombre del hijo extramatrimonial optaban por dejar en blanco el espacio del apellido del progenitor que le correspondía al niño, o le ponían signos como: ------ , *XXX* o nominativos: *Equis*, *Ninguno*, *Desconocido*, *Vecino* en fin una serie de barbaridades en los que el apellido del hijo extramatrimonial

(1063) DOEP, 25/05/2006.

(1064) Código de Registo Civil, art. 118 (Decreto Lei, Nº 131 del 6 de junio de 1995, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis Nº 36/97, de 31 de Janeiro, 120/98, de 8 de Maio, 375-A/99, de 20 de Setembro, 228/2001, de 20 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, 113/2002, de 20 de Maio, 194/2003, 23 de Agosto e 53/2004, de 18 de Março.).

no reconocido terminó ignorándose, alterándose, por el hecho que la norma no permitía colocar el nombre del padre / madre no interviniente en el reconocimiento.

- La Ley Nº 29032[1065], establece que cuando se produzca un reconocimiento o declaración judicial de filiación el registrador debe expedir una nueva partida de nacimiento con la finalidad evitar las inscripciones marginales que develan la modificación o determinación del vínculo de parentesco.

  En muchas ocasiones, las partidas con anotaciones marginales, sellos y constancias de filiación generó una afectación directa a la dignidad, intimidad y honor de las personas quienes fueron discriminadas y vejadas por contar con un estado de familia establecido fuera de fecha. La declaración de la filiación de hijo extramatrimonial era evidente y constaba expresamente en su documento, sea con la inscripción del reconocimiento o la trascripción de la parte pertinente de la sentencia declaratoria de filiación. Esto no fue de mucha ayuda para la vida de relación de la persona, se presentó como un enorme peso, un estigma documental que la sociedad vio con malos ojos. Una partida de nacimiento con anotaciones acerca de la paternidad o maternidad más que ayudar terminó denigrando a los hijos extramaritales.

  La norma busca otorgar no solo un nuevo documento, sino una vida social diferente al sujeto que cuenta con una filiación extramatrimonial establecida. Así, como sucede con la adopción (artículo 379), se expedirá nueva partida de nacimiento, considerándose que de nada vale una cuyos datos se desvirtúen y, más que identificar, terminen mancillando al ciudadano. Qué duda cabe que con esta ley se afianza y realiza el postulado reconocido en el artículo 6 *in fine* de la Constitución Política "Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad".

  El registrador de oficio asentará la partida nueva dentro de los tres (3) días útiles siguientes de realizada la anotación de la filiación. En la nueva partida solo consignará la referencia a la partida expedida inicialmente o, en su caso, el Código Único de Identificación otorgado al momento de la inscripción.

¿Qué queda? Nada. Solo aceptar la realidad. No podemos frenar en esta pendiente tan inclinada que nos lleva al fondo de los orígenes del ser humano. Tú tienes una filiación producto de la unión intersexual de tus progenitores,

(1065) DOEP., 5/06/2007.

¿te gustaría que te la nieguen sin fundamento alguno? A mí no, y de eso estoy seguro.

BIBLIOGRAFÍA DEL SUBCAPÍTULO

- ÁLVAREZ: "Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial". *ED*, 124-710.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. "Una ley inteligente: La Ley peruana Nº 28. 457 de 2006". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007.
- BERENICE DÍAS Maria y CHAVES, Marianna. "El predominio del derecho a la identidad. Sobre la constitucionalidad de la Ley Nº 28457 de 08/01/2005". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 7, Lima, diciembre, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2003.
- BOSCH (h). "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". LL, 2003-B-1116.
- CAMBI, Eduardo. "O paradoxa da vedade biológica e sócio-afetiva na acçã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de *adoçã à brasilera*". En: *Revista de directo privado*. Nº 13, janeiro-marco 2003.
- FAMÁ, Victoria y HERRERA, Marisa. "Crónica de una ley anunciada y ansiada". En: *Anales de la legislación argentina*. Boletín Informativo, año 2005, Nº 29, Tomo LXV-E.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, año 13, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2007.
- GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos. "Los efectos a de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial". En: *La Ley*. 1992-B.

- GRUNWALD, Astried Brettas. "Laços de família: critérios identificadores da filiação". En: *Jus Navigandi*. Nº 112, 24/10/ 2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. (Acesso el 30/5/2005).
- HERNÁNDEZ DIAZ-AMBRONA, María Dolores. "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica". En: *Revista de derecho privado*, Madrid, julio - agosto 2005.
- HERRERA VELARDE, Eduardo. "Presunción de inocencia, duda y certeza". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 58, martes 9 de agosto de 2005.
- HERRERA, Marisa. "La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación". En: *Revista de Derecho de Familia*. Nº 2, Lima, diciembre de 2007.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10, Derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- KRASNOW, Adriana Noemí. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*. Tomo 2005 A, Sec. Doctrina, Buenos Aires.
- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LA ROSA CALLE, Javier. "¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?". En: *Justicia Viva Mail*. Instituto de Defensa legal, PUCE, Nº 179, 11 de abril de 2005.
- LIÉSI THURLER, Ana. "Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo". En: *Jus Jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur, Costa Rica y Perú*. 1ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2007.
- MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo. *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*. Ed. Abya-Yala, Quito, 2000.
- MAZZINGHI, Jorge. "Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria". En: *La Ley*. 1996-B.

- MIZRAHI, Mauricio Luis. "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica". En: *La Ley*. Tomo 2004 E, Sección Doctrina.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- MODESTA - SÁENZ. "Algo mas sobre el derecho a la identidad". LL, 1995-A-377.
- MEDINA, Graciela. "Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas". JA, 1995-IV-340.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los límites ético de la actividad probatoria". En: *La formación del proceso civil peruano*. 2ª edición aumentada, Palestra, Lima, 2004.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo. "La tutela constitucional de los menores en abandono". En: *Actualidad Jurídica*, (publicación mensual de la Gaceta Jurídica). Tomo 138, mayo, 2005.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Coedición Ara editores y Universidad de Piura, Lima, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Rio de janeiero, 2004.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "*Creditur virgini pregnanti...*, volviendo al *ancien droit*. A propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134, Lima, enero, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN". En: *Legal Express*. Nº 49, año 5, Lima, enero, 2005.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. Editori Laterza, Roma, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2da edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. "Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 169, Lima, diciembre de 2007.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. *Genoma humano y Constitución*. Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil, Direito de familia*. 27ª edición atualizada por Francisco José Cahali, volumen 6, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- VALLE, Gabriel. *Ética e Directo*. Síntese, Porto Alegre, 1999.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 30, Lima, martes 25 de enero de 2005.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El principio de libertad personal y el principio de legalidad". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley. Año LXIX, Nº 124, Buenos Aires, 28 junio de 2005.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, Lima, 1999.
- VELARDE BOLAÑOS, Rosa. "La verdad os hará libres. A propósito de *inaplicabilidad* de la Ley Nº 28457". En: *Jus Jurisprudencia*. Nº 6, noviembre, Lima, 2007.
- VELOSO, Zeno. "A sacralização do DNA na investigação da paternidade". En: *in Grandes temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação* (Coord. Eduardo Oliveira Leite).
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Bosch, Barcelona, 1993.
- WEBER, Albretch. "Protección constitucional de la infancia". En: *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Coordinar Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

SUBCAPÍTULO TERCERO

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

SUBCAPÍTULO TERCERO
LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

I. La identidad y la investigación de la paternidad. Dos derechos constitucionales. **1.** El derecho a la identidad. **2.** Derecho a la investigación de la paternidad. **II.** La aplicación del test de razonabilidad en la investigación de la paternidad extramatrimonial. **3.** El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad. **4.** El análisis del principio de idoneidad. **5.** El análisis del principio de necesidad. **6.** El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu. **III.** Los criterios jurisdiccionales y la aplicación del test de razonabilidad. **IV.** Marco de aplicación y supuestos controvertidos. **7.** Marco de aplicación. **8.** Supuestos controvertidos.

I. LA IDENTIDAD Y LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. DOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Los criterios en contra hace buen tiempo fueron tratados y resueltos por la doctrina y jurisprudencia comparada considerando la no afectación de los derechos del demandante en los procesos de filiación, tomándose muy en cuenta el *principio de proporcionalidad*(1066). Es decir, se valora que las restricciones son equilibradas teniendo como fomento el bien común. Este nuevo proceso de filiación genera todo un análisis en cuanto a su trascendencia en las partes, lo que aprecia de nuestra posición expuesta.

Qui sapit el principal punto en discusión de la ley esté al momento de aplicar el *test de necesidad*, es decir, comprobar si existe alguna otra forma de solución que la consagrada en la ley. Una alternativa, por decirlo, menos discutible, igualmente eficaz a nivel de protección de los derechos exigidos. Analicemos este punto. Solución como la propuesta tiene sustento tanto en un problema social como en el interés superior del niño, ambas situaciones exigen de una decisión y protección "especial". La paz social, la integridad de la familia, el derecho a la identidad gozan de una prevalencia sobre el derecho del supuesto padre a negar su paternidad.

La doctrina y jurisprudencia comparada reconocen la legitimidad y constitucionalidad de las pruebas biológicas considerando que por sobre encima de los derechos individuales del presunto progenitor está el derecho del menor a conocer su verdadera identidad, su derecho esencial a su ascendencia biológica completa,

(1066) BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 519.

todo ello parte del denominando el derecho identitario del niño(1067). Como señala Figueroa Yáñez(1068), el principio de la libre investigación del origen genético forma parte del derecho fundamental de la identidad, razón por de más suficiente para legitimarlo e impulsar su defensa y reconocimiento. Anotando el pensamiento de Bosch(1069) resultan francamente anacrónicas todas las argumentaciones que aluden a la violencia de las personas.

El Tribunal Supremo y Constitucional de España, en líneas generales categórico en este planteamiento, viene fallando a favor del máximo derecho a la libre investigación de la paternidad frente a la integridad física, la libertad religiosa, intimidad y honor(1070) que como derechos son comúnmente alegados en estos procesos.

1. El derecho a la identidad

En los últimos años, la aspiración lógico natural de lograr la concordancia entre el emplazamiento familiar de la persona y su presupuesto biológico ha sido puesta de relieve con especial énfasis en lo que se ha dado a llamar el derecho a la identidad personal(1071). Esa parte del sujeto que determina el conjunto de cualidades que lo diferencia de los demás, que lo hacen único en la especie, en la sociedad y en la familia.

Nora Lloveras considera que "la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde proviene la vida, la dotación cromosómica y genética particular, así como los trasmisores de ella –los progenitores o padres– y el entorno del medio en que se expresan los genes, lo cual importa la definición del contexto histórico y cultural del nacimiento o aparición de la persona en el mundo externo y social"(1072). La fuerza de este vínculo es tal que atrae naturalmente entre sí a los ascendientes con sus descendientes. El derecho a la identidad implica un reconocimiento a la revelación del propio ser. Debe primar siempre, tal como lo refiriéramos en nuestra tesis de bachiller en 1990(1073), fundamentalmente el derecho a la identidad en su faz estática que está representada en el origen genético

(1067) DUTTO, Ricardo: "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas". En: *Revista derecho procesal 2002 - 2: Derecho procesal de familia II*. Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 154 y 155.

(1068) FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. "La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica". En: *Revista de Derecho y genoma humano*. Nº 18, Bilbao, 2003, p. 73.

(1069) BOSCH, Alejandro F. "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". En: *La Ley*. Año LXVII Nº 39, Buenos Aires, martes 25 de febrero de 2003.

(1070) GARCÍA POVEDA, Carmen. "Constitucionalidad de las pruebas biológicas". En: *Revista de derecho de familia*. Ed. Lex Nova, España, Nº 25, octubre de 2004, p. 96.

(1071) SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Ob. cit., p. 12.

(1072) LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción*. Ob. cit., p. 256.

(1073) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, junio 1990, p. 189. Sustentada el 8 de junio de 1990.

biológico de la persona(1074). Y es que el derecho a la identidad está comprometido, por lógica consecuencia, con la dignidad personal(1075) –médula jurídica del ser humano– que hoy en día es un principio que relaciona la bioética con el derecho constitucional, denominado el principio de dignidad de la persona humana(1076).

De más está decirlo, pero la dignidad de aquel sin padre está en un mejor nivel que los derechos del presunto progenitor(1077).

A todo esto consideramos, como criteriosamente rescata Gonzáles Luna(1078), que la Ley Nº 28457 y su moderno tratamiento protege en especial el derecho a la identidad del niño, derecho reconocido como fundamental por normas nacionales e internacionales. Partimos de la Constitución que lo reconoce en su artículo 2.1. A nivel internacional, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Asimismo, de acuerdo al artículo 7.1 de la mencionada Convención y al artículo 6 del Código del Niño y del Adolescente, el derecho a la identidad comprende el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

2. Derecho a la investigación de la paternidad

En lo que respecta al *derecho a la investigación de la paternidad,* su reconocimiento en el derecho comparado es uniforme y cada vez va teniendo mayor trascendencia(1079). La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar de que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento

(1074) ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas. "Derecho a la identidad". En: *La Ley*. Buenos Aires, Año LXIX, Nº 222, martes 15 de noviembre de 2005, p. 1.

(1075) RIVERA, Julio César. *Instituciones de derecho civil. Parte general*. Tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 118.

(1076) LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. Ed. Método, São Paulo, 2004, p. 160.

(1077) Vide RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2da edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 494. En esta obra se analiza la Ley Nº 8560, del 29 de diciembre de 1992 que regula la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales.

(1078) GONZALES LUNA, María Alejandra. Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños, Lima, <http://www.justiciaviva.org.pe> (08/09/2007).

(1079) El derecho constitucional comparado reconoce la Promoción del derecho a investigar la paternidad (Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela) y Reconocimiento al derecho a la identidad biológica (Venezuela) o de origen (Buenos Aires, Argentina). Cfr. mi "La Bioética en las Constituciones del mundo (Máxima protección al ser humano deberá ofrecer la nueva Constitución Política del Perú)". En: *Suplemento de La Ley: Actualidad*. Año LXV, Nº 207, Buenos Aires, martes 30 de octubre de 2001, p. 4 o "La Bioética en las constituciones del mundo". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de la Gaceta Jurídica). Tomo 100, Lima, marzo, 2002.

constitucional es imprescindible, pues fortalece el principio de Protección de la familia.

Con este proceso aprobado se logra una promoción a la investigación de la paternidad a fin de conocer a nuestros padres, derecho natural de toda persona. En esta corriente se alinea el sistema uruguayo que ha eliminado las causales de admisibilidad siendo necesario solo probar el vínculo biológico paterno-filial(1080).

II. LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA INVESTIGACIÓNDELAPATERNIDADEXTRAMATRIMONIAL

Establecer la legitimidad del proceso de paternidad extramatrimonial nos lleva por el cauce de la afectación de los derechos de las partes. Del demandado, del demandante cada cual con "sus" pretensiones. En la lucha de intereses uno debe ceder por que así lo exige no solo las leyes de la física, sino el criterio común y los principios jurídicos. Dos derechos no pueden preexistir frente a una misma situación. Uno debe dejar limpio el camino en "son" de la justicia. Derechos individuales versus derechos de familia, derechos personales contra los sociales, unos de realización, otros de consagración. El mérito es encontrar su prevalencia. El demandado y sus derechos, no menores a los de "otro" o preferir los del reclamante en paternidad. La respuesta no es sencilla, pero merece un estudio técnico.

El test de razonabilidad es el medio para llegar a la conclusión si la Ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad o, por el contrario, representa un atentado directo e irregular contra el demandado y el sistema procesal. Adentrémonos en el asunto.

3. El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad

Los derechos de la persona son intangibles, no pueden ser violados ni atentarse contra su esencia. En ciertos casos, y por razones especiales, pueden ser alterados legítimamente, lo que justifica la aplicación del denominado test de razonabilidad. Para el caso materia de estudio permite comprobar si la ley de intimación de paternidad afecta constitucionalmente los derechos del demandado o, a contrario sensu, supone un vaciamiento del contenido, siendo inconstitucional.

El Tribunal Constitucional considera que:

(1080) Cfr. CAROZZI, Ema. "Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo". En: *Revista de derecho comparado*. Nº 10, Derecho de familia, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 103. Código de la Niñez y la Adolescencia en Uruguay **(Ley 17.823 del 2004) de 2004. Artículo 23.** (Derecho a la filiación).- Todo niño y adolescente tiene derecho a conocer quiénes son sus padres. **Artículo 28.** (Derecho y deber a reconocer los hijos propios).- Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos.

> "El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran" (1081).

Detallamos el razonamiento del Tribunal:

- *El principio de idoneidad*.- Toda injerencia en los derechos será idónea si se busca fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo suponiendo: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida *sub examine*.
- *El principio de necesidad*.- Para que una injerencia en los derechos sea necesaria no debe existir ningún otro medio alternativo que tenga la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Para ello, debe analizarse tanto la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y, también, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental.
- *El principio de proporcionalidad stricto sensu*.- La injerencia en los derechos fundamentales es legítima si el grado de realización del objetivo es por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho. Se comparan dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

4. El análisis del principio de idoneidad

La nueva ley de investigación de la paternidad extramatrimonial persigue un fin constitucionalmente legítimo. En efecto, el objetivo es idóneo teniéndose en cuenta que se busca la realización de valores superiores como la justicia, igualdad, dignidad y solidaridad anudados con el vínculo paterno filial. Estos son valores consustanciales del Estado social y democrático de derecho, siendo el Estado el principal procurador de que todas las personas gocen de una identidad y filiación tendiendo a la protección de la familia en su dimensión institucional. Con esta ley de paternidad se busca que toda persona no solo goce, sino que tenga establecida una filiación. El fin es incuestionable y su constitucionalidad es plena. Su legitimidad se fundamenta en que es un imperativo del Estado democrático de Derecho

(1081) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, 3 de junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República: Síntesis: Proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley Nº 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley Nº 20530. Vide Razonamiento 109.

proteger a la familia comenzando con la promoción de la investigación de la paternidad, salvaguardar la niñez e incentivar la paternidad responsable.

5. El análisis del principio de necesidad

Todo sujeto tiene derecho a un padre y una madre que por naturaleza les corresponde. En esta línea se inspira el BGB alemán cuando manifiesta que los vínculos filiales "se basan en el vínculo biológico, de modo que el hijo tiene *un derecho a su padre* y no *un derecho a cualquier padre*"(1082). Goza por tanto de una filiación, la que debe ser, en el caso de la filiación extramatrimonial, reconocida voluntariamente o establecida por imperio de la ley. Aquí subyace la necesidad, el requerimiento. La identidad como derecho fundamental debe ser gozada en condiciones de igualdad y de justicia. Nada en el mundo puede ameritar que a un sujeto se le restrinja su filiación y, en similar medida, su derecho a conocer a sus padres. La alternativa más adecuada, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la paternidad irresponsable, niños sin padre, cumpliéndose con el principio de necesidad se realiza en el caso concreto con la ley dictada. Necesidad reflejada en la prioridad, en la primacía de la paternidad.

6. El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu

La realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en los derechos de las partes. Los derechos del accionante no pueden ser sobrepuestos, sobrevalorados frente a los derechos del demandado, siendo estos subvaluados; ni a la inversa, menos aún si se trata de un menor que se encuentra protegido –además de todo y por todos– por un *interés superior*. La ley de paternidad no afecta el contenido esencial de los derechos del demandado. Es legítima la aplicación de la ley en la medida que el grado de injerencia –basada en la justicia, dignidad e igualdad– es proporcional al grado de afectación del derecho. No se produce un vaciamiento en el contenido de los derechos del demandado, ni tampoco desprotege a quienes gozan de sus derechos.

A nivel civil el *test de razonabilidad* viene siendo aplicado a través del "principio de armonización" mediante el cual el juez puede preferir la aplicación preferente de uno de los derechos en convergencia "lo que podría originar que el otro interés en conflicto merezca, en el caso concreto, el amparo que reclama el justiciable"(1083). En ese sentido, nos queda prístinamente establecido que la Ley intimatoria de paternidad es acorde con la finalidad constitucional del respeto a la familia, a la protección del derecho a la identidad y a la promoción de la paternidad.

(1082) GARCIA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el silo XXI". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 9, Derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 52.

(1083) MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 95.

III. LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES Y LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD

Claro, no todo va en el sentido de la corriente expuesta. Pueden existir criterios más consistentes o menos contundentes; en una línea consolidadora o, incluso, antagónica a esta.

Presentaré algunos criterios judiciales que resultan interesantes para reflexionar y obtener un mejor criterio personal sobre la temática.

a) Primera instancia

En las instancias iniciales uno que otro Juzgado de Paz llegaron a declarar inaplicable la Ley en referencia.

Tenemos en especial el caso un Juzgado de Paz(1084) que en base a la aplicación del control difuso –facultad que permite al juez preferir la norma constitucional a una legal ordinaria– declaró inaplicable la Ley, invocándose la vulneración del derecho a libertad y al debido proceso.

Derecho a la libertad

> "**Décimo.-** Con respecto a la vulneración del derecho a la libertad cabe precisar que el segundo artículo de la Ley veintiocho mil cuatrocientos cincuentisiete conmina indirectamente al demandado a efectuarse la prueba de ADN dentro de los diez días de notificado como única posibilidad para que se suspenda el mandado [sic.], lo que se traduce en una aparente obligación propia del demandado cuando realmente su decisión es consecuencia de la presión del poder estatal a través de la norma en mención que indirectamente lo conmina a someterse a una única prueba para que su oposición al mandato se pueda hacer efectiva, negándosele la posibilidad de que en ejercicio de su propia libertad pueda negarse a someterse a la misma. Aplicar la ley en mención en este extremo se traduce en una coacción del demandado, vulnerándose su libertad, la que está consagrada como derecho en los artículos dos inciso veinticuatro de nuestra Carta Magna, tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y siete inciso primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Derecho al debido proceso

> **"Undécimo.-** Con respecto al derecho al debido proceso hay que señalar que el hecho que con solo presentar una demanda de filiación sin mayor exigencia de la presentación de medio probatorio alguno que pruebe lo

(1084) Exp. Nº 180-05, Resolución Nº 7 (08/09/2005). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Primer Juzgado de Paz Letrado de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Jueza Clara Mosquera Vásquez.

afirmado, el juez, sin que se haya pasado a una etapa probatoria exigida para procesos igual de complejos y trascendentes como lo es uno de las características del que nos ocupa, deba emitir una resolución declarando la filiación demandada, atenta contra el debido proceso en perjuicio del demandado pues el órgano jurisdiccional no exige la presentación de medio probatorio alguno a la demandante, así, no califica ni actúa medio probatorio previo a la emisión de la declaración de filiación que corrobore la sindicación de la demandada efectuada en su primer escrito presentado ante el órgano jurisdiccional respecto a la paternidad de su hijo cuya declaración de filiación demanda, lo que ocasiona la expedición de una resolución que declara la filiación demandada, que de modo alguno es justa para el demandado, pues las partes están en desigualdad de condiciones al momento de recurrir al órgano jurisdiccional. Otro aspecto atentatorio contra el debido proceso es el hecho que se limita el uso de medios probatorios por el demandado pues la única prueba admitida en estos procesos es la prueba de ADN".

Estos fundamentos lo analizamos anteriormente.

b) Segunda instancia

Para suerte de muchos(as) la segunda la instancia[1085], elevado en consulta el proceso antes señalado, *desaprobó* la resolución que inaplica la Ley declarando su *nulidad* mediante el siguiente criterio:

- Según el artículo 14[1086] de la Ley Orgánica del Poder Judicial el control difuso de la constitucionalidad de las leyes se aplica al momento de fallar sobre el fondo.
- La resolución emitida por el *a quo* no resuelve en forma definitiva la materia, por lo que contraviene el derecho constitucional de tutela judicial

(1085) Exp. Nº 512-05, Resolución Nº 5 (20/09/2006). Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Juzgado Mixto de Puente Piedra, Santa Rosa y Ancón. Juez Waldo Sabino Palomino Parra.

(1086) LOPJ, Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el artículo 236 de la Constitución, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

efectiva de la demandante, además de significar un límite al acceso a la justicia.

- El nuevo tratamiento que se le da a la filiación no es extraño. De la misma forma se tramitan los procesos de ejecución, por lo que existe un símil entre el auto de paternidad y el auto de pago que ilumina la constitucionalidad y legalidad del primero.

- Las normas procesales son de orden público y que si bien limitan derechos lo hacen para cumplir los fines del Derecho. De acuerdo a las normas vigentes los derechos de los emplazados se encuentran garantizados por la Constitución.

Las normas procesales son de carácter imperativo, su trasgresión es sancionada con nulidad.

El criterio del Juzgado Mixto no es del todo feliz, aunque debe reconocerse el mérito de sus argumentaciones técnicas en cuanto a la inaplicación de la ley vía control difuso que son del todo ciertas, incluso un truismo que vale la pena reflexionar. Olvida, al margen de la similitud entre el ejecutivo y el intimatorio, que este último defiende derechos de la persona, no cuida patrimonio, y en todo caso estaría justificada su aplicación tomando en cuenta el interés del menor y la defensa del derecho a la identidad. Más que el tecnicismo, que no debe desdeñarse, está el amparo de la familia como célula básica de sociedad y la salvaguarda de la niñez, compuesta por ciudadanos del futuro que requieren conocer sus raíces. Estas reflexiones están subsumidas en el deber del Estado promover la investigación de la paternidad(1087) dado que el vínculo más preciado que tiene el ser humano es parentesco, su enrolamiento familiar dependen de él. Entonces, el nuevo proceso de filiación de paternidad extramatrimonial es una forma efectiva y real de lograr la promoción de la indagación parental y no hay nada que justifique su inaplicación.

(1087) Constituciones como las de Bolivia, Costa Rica, Cuba, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Panamá, Uganda, Venezuela reconocen este derecho. Además, el derecho a la identidad biológica en Venezuela y el derecho de origen en Buenos Aires (Argentina). Sobre estos derechos considerábamos que: "La ley forja el derecho de toda persona de contar jurídicamente con un padre y una madre. A pesar que la investigación del nexo filial está amparada en normas especiales como el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes (y en algunos países en el Código de familia), su reconocimiento constitucional es imprescindible pues fortalece el principio de Protección de la familia. Sobre este orden de ideas debemos afirmar además que filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del Derecho Civil, son también de interés del Derecho constitucional, pues a través de ellos se establecen vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho y en especial a la niñez". Vide VARSI ROPIGLIOSI, Enrique. "La bioética en las constituciones del mundo". En: *Acta Bioética*. Año VIII, Nº 2, Chile, 2002, pp. 239 a 253.

c) Corte Suprema

Por su parte, como señalamos, la Corte Suprema de Justicia de la Republica(1088), el 13 de agosto de 2007 declaró para un caso concreto la constitucionalidad de la Ley Nº 28457, considerando que la identidad se encuentra por sobre encima del derecho a la libertad y la intimidad del demandado en paternidad.

En un concienzudo análisis de esta Resolución Suprema la profesora porteña María Victoria Famá(1089) parte de la premisa que existe, *prima facie*, la colisión entre los derechos fundamentales como la libertad, el debido proceso y el derecho a la identidad. Ella, utilizando el principio de proporcionalidad, analiza la ponderación de estos derechos en juego. Respecto del derecho a la libertad indica que su intervención reúne el requisito de idoneidad argumentando que: a) tiene un fin constitucionalmente lícito al resguardar el derecho a la identidad y, b) es idónea para favorecer la obtención de este fin. En cuanto al debido proceso, reflexiona con sustento que el procedimiento previsto por la ley no vulnera las reglas del debido proceso, por cuanto se trata de un procedimiento regular fijado por ley, otorga al demandado suficiente oportunidad de participar en el proceso, e incluso prevé la doble instancia.

Concluye Famá que el procedimiento signado en la Ley Nº 28457 es una intervención proporcionada al derecho a la libertad y al derecho al debido proceso que configura solo una *restricción* a tales derechos y supera, por ende, el test de constitucionalidad(1090).

Este criterio es seguido por Beltrán Pacheco, Arias de Ronchietto, Velarde Bolaños, Famá, Liési Thurler, Lloveras, Orlandini y Berenice Días.

Con todo esto y lo que se viene, la tendencia que se venía imponiendo en el Distrito Judicial del Cono Norte respecto de la inaplicación de la ley queda desbaratada. En su momento aquel que quería iniciar una acción de paternidad extramatrimonial en dicha zona se veía obligado a crear un domicilio distinto, en otro Distrito Judicial, para evitar trabas –mejor dicho– para sortear un fallo contrario a las pretensiones de filiación, lo que no era sino un fraude. Bueno, las cosas cambiaron, esta vez para mal de pocos.

(1088) Exp. Nº 1699-2007-Lima Norte. Consulta. Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala de Derecho Constitucional y Social.

(1089) FAMÁ, María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". Ob. cit., pp. 67 al 70.

(1090) Ibídem, p. 70.

IV. MARCO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

Por lo especial de la ley, en el aspecto real de la sumariedad, debe ser materia de análisis la casuística a presentarse de forma que tengamos claro y definido, en alguna medida, los avatares diligenciales que todo proceso judicial acarrea.

7. Marco de aplicación

Podemos preguntarnos: ¿El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, regulado por la Ley Nº 28457, es solo aplicable al supuesto del inciso 6 del artículo 402 del Código Civil o acaso se hace extensivo a los seis incisos de dicho artículo?

Es valor entendido que los incisos 1 al 5 del artículo 402 del Código Civil son supuestos de hecho que deben argumentarse y, en su caso probarse, en vista que el demandado tiene la facultad de negarlos o contradecirlos.

Analizando el espíritu de la Ley Nº 28457, nos daremos cuenta que las presunciones de paternidad actualmente carecen de sentido. Es más, el propio sistema adoptado primigeneamente por el Código resulta poco práctico con la admisibilidad y reconocimiento de las pruebas genéticas. Claro que pueden servir para argumentar una pretensión, pero su probanza no tiene razón de ser pudiéndose decir, con sustento, que han perdido la fuerza intrínseca que tenía en los tradicionales procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.

En otras palabras, se deja de lado la filiación social (sistema subjetivo) optándose por la filiación biológica (sistema objetivo) en el que lo único que prima en un proceso de filiación es el resultado genético frente a los hechos sucedidos en una relación personal[1091]. Resulta sin sentido demandar una paternidad sustentándose en un supuesto fáctico que deberá ser probado en el proceso existiendo un medio efectivo y rápido a través de la práctica del ADN.

Considero que los seis supuestos del 402 son aplicables a la Ley Nº 28457, muy a pesar de lo considerado en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que fija la competencia a los jueces de paz solo para el ADN (artículo 57, inciso 2). Es el juez quien debe calificar la demanda y fijar la competencia, máxime aún si de acuerdo a su facultad inquisitiva[1092] debe agotar los medios necesarios

(1091) Curiosamente, Plácido Vilcachagua indica que no ha variado el sistema tratado en el Código civil, continuando el sistema restringido de investigación de paternidad. Cfr. "Creditur virgini pregnanti..., Ob. cit., p. 43.

(1092) La demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial importa un pedido de investigación judicial de de paternidad, por la dificultad de la prueba, derivada del carácter oculto en que comúnmente se desarollan las relaciones sexuales extramatrimoniales, por lo que el juz debe hacer uso, cuando corresponsa, de su facultad inquisitiva por los intrereses supreriores del niño. Cas. Nº 720-97-Lima,

para establecer la paternidad en aras de los superiores intereses del niño[1093]. Una demanda de paternidad extramatrimonial está basada en hechos, que pueden ser cualesquiera de los casos del artículo 402 (o quizá en otros) pero lo definitivo, lo que finiquite la controversia, será la aplicación de la prueba de ADN. En este orden de ideas, podemos decir que todas las acciones de paternidad extramatrimonial deben ser canalizadas a través de este proceso especial consagrado en la Ley Nº 28457. Con un criterio distinto, Rodríguez Domínguez[1094] menciona que la ley en comentario solo es aplicable a las demandas fundamentadas en el inciso 6 del artículo 402, criterio que es compartido por algunos jueces.

Ahora bien, el tema no está tanto en el supuesto que sustenta la demanda, sino que la pretensión se tramita ante este nuevo proceso.

8. Supuestos controvertidos

El modelo de proceso optado para definir la paternidad puede traer algunos casos límites, situaciones en las que resulten controversiales las reglas generales del proceso, lo que resulta lógico por tratarse de un proceso exclusivo, de excepción frente a aquellos escenarios en que a pesar de existir la posibilidad de dilucidar una relación paterno filial, el padre se negó, expresamente o tácitamente, a un reconocimiento. Veamos:

- Incapacidad

Qué sucedería en los casos en que el demandado sea un incapaz, digamos que carezca de discernimiento –por citar un supuesto–, ¿cómo podría requerírsele que ejerza su oposición, su derecho de defensa, si carece de relación con el medio que lo rodea? Está limitado en su poder decisión, no tiene el ejercicio de su libertad. Este proceso está diseñado para aquellos casos en los que el demandado goce de discernimiento, conciencia, entendimiento, vamos que pueda entender de la consecuencia de su no actuar. Es más a pesar que el incapaz tenga un curador que defienda sus intereses y lo represente en el proceso, no podría decidir por él llevar a cabo la oposición y someter a su curado a la prueba de ADN, creemos que ello está fuera de sus facultades. Este sería un caso delicado de resolver, pero analicémoslo. El curador no podría ir más allá del ejercicio de los derechos personales del curado, menos aún comprometer su cuerpo, disponer de él para un análisis médico por más sencillo que este sea; en esta situación sí se daría una afectación de los derechos del incapaz. Podemos incluso decir que frente al auto de paternidad procedería interponer un hábeas corpus al atentarse directamente contra la libertad del demandado.

03/05/1998. Vide *Cuadernos jurisprudenciales*, Suplemento mensual de *Diálogo a la Jurisprudencia*, Nº 51, setiembre de 2005, año 5, pp. 45 y 46.

(1093) Respecto de la facultad inquisitiva del juez Vide Casación Nº 720-97-Lima, 03/12/1998.

(1094) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. Ob. cit., p. 401.

- Investigación post mórtem

El proceso de la investigación de la paternidad *post mortem* a través de este trámite resulta complicado.

La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial(1095) que no se encuentra dentro de los establecidos en el presente, además siendo demandados los herederos, nos preguntamos: ¿Cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley? ¿Cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?

- Terceros

Siendo demandados los herederos, sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco, resulta impertinente el proceso analizado en razón que no se trata de una investigación directa de la paternidad; por el contrario, esta se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes.

- Cedente material genético del hombre

Como es sabido, en el derecho comparado primó la reserva de la identidad del cedente de material genético, quedándole negada al procreado la posibilidad de conocer a su progenitor, a aquel que cedió sin compromiso su esperma. Sin embargo, con esta ley nada impediría que el cedente anónimo pueda ser demandado en paternidad, yendo mucho más allá del mero hecho referencial de simplemente conocerlo(1096).

(1095) También se ha admitido en los procesos de filiación, la prohibición de innovar con el objeto de preservar los restos mortales del pretenso padre para la realización de las pruebas genéticas y asegurar, de este modo, la protección del derecho a la identidad del requirente, que puede tornarse abstracto ante la desaparición de la prueba fundamental para acreditar el vínculo biológico (*Cfr.* FAMÁ, María Victoria. *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*. Ob. cit., p. 250).

(1096) Conocer al cedente de gametos como padre.- 1) La Corte Suprema de Gran Bretaña dio en julio de 2002 una esperanza a activistas que luchan porque los niños concebidos a partir de esperma u óvulos donados sepan más de sus padres anónimos, aunque no necesariamente sus identidades. La familia de un niño de seis años y de un estudiante de posgrado se enfrentan al Departamento de Salud y Fertilización Humana y Autoridad de Embriología por la información sobre los padres cedentes de gametos. El magistrado Scott Baker dijo que la nueva Ley de Derechos Humanos tiene validez para los casos en que los nacimientos se produjeron luego de aplicarse la técnica de inseminación artificial con material de donantes (AID, por sus siglas en inglés). El fallo se concentra en el artículo 8 de la ley que defiende el derecho a la vida familiar, incluyendo a la identidad personal. "Un niño de AID tiene derecho a establecer un cuadro de su identidad tanto como cualquier otra persona", dijo el juez. Sin embargo, añadió que la Corte aún tiene que decidir si la actual postura del Gobierno, que bloquea el acceso a cualquier información sobre los padres donantes, de hecho violó la ley y la Convención Europea de Derechos Humanos. Si es así, los activistas esperan que conduzca al establecimiento de un registro nacional voluntario de donantes de esperma y óvulos usados para la inseminación artificial. 2) Según informa la BBC, el Gobierno Británico considera la posibilidad de poner fin a las donaciones anónimas de semen dando prevalencia al derecho de los menores concebidos por tales técnicas a conocer sus orígenes. No obstante los expertos consideran que dicho cambio legislativo agravará la escasez de donantes tres cuartas partes de los cuales son estudiantes y comprometerá la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (BBC NEWS, Health, Sperm donors 'to lose anonymity' http://news.bbc.co.uk, 18/1/2004).

- Cesión de material genético de la mujer

En el caso de la mujer la situación es más compleja, pues se vincula con prácticas de maternidad subrogada.

- Ovodonación.- La mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita de una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una cedente y 3) Gestación de la mujer cesionaria óvulo. La madre procreante no es la misma que la gestante. Hay una mujer que necesita un *óvulo.*

- Madre Sustituta. Dado que en este caso la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay *deficiencia ovárica* y *uterina* por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante. Es un caso de derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente. Hay una mujer que necesita un *óvulo* y que los *gesten.*

En la cesión de material genético se descarta:

- Embriodonación.- El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos (puede eventualmente gestar), hay *deficiencia ovárica* y *uterina* y el hombre es infértil, por lo que deben buscar a un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce una multigeneración humana. 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la propia cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante.

- Madre portadora.- La mujer genera óvulos, pero tiene una *deficiencia uterina o física* que le impide gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera. Casos extremos son la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer. Las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón, en un caso, y por carecer de útero, en el otro.

En estos casos vemos cómo la relación biológica se aparta de la relación genética. Como indica inteligentemente Sambrizzi "en lugar de hacerse referencia a la existencia de un nexo *biológico* entre el padre e hijo, más preciso sería hacer mención a una relación *genética*, pues de lo que se trata en esa relación es de la transmisión de los genes paternos y maternos a los hijos que, como recordamos, al producirse la singamia con la unión del óvulo con el espermatozoide, se mezclan para formar un nuevo código genético, absolutamente único y exclusivo, distinto del de sus padres, pero con características heredadas por de aquellos"(1097). Esto quizá sea en el futuro una regla a aplicarse en la determinación de la filiación derivada de la procreática.

BIBLIOGRAFÍA DEL SUBCAPÍTULO

- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BOSCH, Alejandro F. "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". En: *La Ley*. Año LXVII Nº 39, Buenos Aires, martes 25 de febrero de 2003.
- CAROZZI, Ema. "Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10: Derecho de familia, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- DUTTO, Ricardo. "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas". En: *Revista derecho procesal 2002 - 2: Derecho procesal de familia II*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- FAMÁ María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- FAMÁ, María Victoria. *La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal*. Abeledo-Perrot S.A., Buenos Aires, 2009.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. "La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica". En: *Revista de Derecho y genoma humano*. Nº 18, Bilbao, 2003.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el silo XXI". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 9, Derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA POVEDA, Carmen. "Constitucionalidad de las pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho de familia*. Nº 25, Lex Nova, España, octubre de 2004.

(1097) SAMBRIZZI, Eduardo A. Ob. cit., p. 49.

- GONZALES LUNA, María Alejandra. *Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños*. Lima, en: <http://www.justiciaviva.org.pe> (08/09/2007).
- LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción*. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. Ed. Método, São Paulo, 2004.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas. "Derecho a la identidad". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 222, Buenos Aires, martes 15 de noviembre de 2005.
- RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. Tomo II, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 2da edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. UCA El Derecho, Buenos Aires, 2004.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, sustentada el 8 de junio de 1990.

SUBCAPÍTULO CUARTO

LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

SUBCAPÍTULO CUARTO
LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

I. Referencias en el Derecho comparado. **1.** Brasil. **2.** Costa Rica. **3.** Ecuador. **4.** Estados Unidos de Norteamérica. **5.** Chile. **II.** Hacia dónde vamos.

I. REFERENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

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

1. Brasil

Por Ley Nº 8560, del 29 de diciembre de 1992, se regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales(1098), estableciéndose que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación. En doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial. El regulado en esta ley es el segundo –lo complementa– y se indica en un análisis especial que:

> "O reconhecimento administrativo ocorre nos casos em que o pai se recuse ao reconhecimento voluntário. Efetua-se por declaração da mãe ao oficial do registro civil, no ato de registro do filho, apontando o nome e a qualificação do genitor. O oficial encaminhará a certidão integral do registro e os dados qualificadores do suposto pai ao juiz. O juiz ouvirá a mãe e notificará o varão, independentemente de seu estado civil, para manifestar-se. Caso o suposto pai compareça e confirme expressamente

(1098) Esta Ley deroga los artículos 332, 337 y 347 del Código civil de 1916, tendencia que es seguida por el actual Código brasileño de 2002.

a paternidade, será lavrado o termo de reconhecimento e remetida a certidão ao oficial do registro, para a devida averbação" (1099).

Esta Ley tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de los hijos imponiendo en su oportunidad las responsabilidades debidas a los padres biológicos(1100).

Parte del texto que interesa para fines del presente tema nos dice:

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

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

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

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

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

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

El aporte de este trámite es:

a) En casos de nacimiento con maternidad establecida se remitirá al juez los datos del supuesto padre para que inicie la investigación.

b) Intervención de la madre y notificación al supuesto padre.

c) Respeto a la intimidad y cautela de los intereses personales con la reserva del proceso.

(1099) DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. "O direito de ser filho e a Constituição de 1988". En: *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: http://jus2.uol.com.br. Acesso 06/10/2005.

(1100) GRUNWALD, Astried Brettas: "Laços de família: critérios identificadores da filiação", en: Loc.cit.

d) Fomento de la conciliación para el reconocimiento de la paternidad y abreviación del proceso.

e) Si el supuesto padre no conteste en 30 días, el juez requerirá al fiscal para que inicie investigación del nexo filial.

Esta ley ha permitido que en Brasil se tienda a una reducción de los hijos sin padre, carentes de reconocimientos, que en cifras es desbordante como lo recuerda la profesora Ana Liési Thurler(1101) al indicarnos los cerca de 800 mil niños nacidos anualmente en Brasil que quedan sin reconocimiento.

2. Costa Rica

La Ley Nº 8101 de Costa Rica, Ley de paternidad responsable, del 27 de abril de 2001 tiene un fondo y matiz muy similar a nuestra Ley Nº 28457 pues "(...) pretende brindarle a las madres un proceso mucho más rápido, menos costoso y con ello descongestionar un sistema judicial que se encuentra colapsado, a través de un procedimiento administrativo más eficiente y en donde los plazos se reducen, cumpliendo con ello el mandato constitucional de justicia pronta y cumplida"(1102).

Esta ley costarricense tiene como precedente el Proyecto de Ley Nº 14064, denominado proyecto de ley de paternidad responsable (8 de agosto de 2000), el que entre sus considerandos de peso sustenta:

a) De los 78.526 nacimientos reportados en 1999, un 51.5 por ciento son extramatrimoniales. De estos, 23.845 nacimientos son de padre no declarado, colocándose solo los apellidos de la madre.

b) Son derechos humanos: El derecho de todo niño de conocer a su padre y madre, a saber quiénes son, a mantener contacto, a ser cuidados y alimentados.

c) A su vez, son derechos que desarrollan otros derechos como el derecho a la identidad personal, a la vida familiar y el desarrollo personal.

(1101) THURLER, Ana Liési. "Reconhecimento paterno, direito de cidadania". En: <http://www.arpenbrasil.org.br> (Acceso 16 de enero de 2006). THURLER, Ana Liési. *Paternidade e deserção. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo*. Departamento de Sociologia: Universidade de Brasilia, Tese de doutoramento, 2004. En reciente trabajo informa "Un phénomène –sociologique, éthique et politique–, qui touche chaque année un million d'enfants, reste invisible au Brésil: la non-reconnaissance paternelle. L´ampleur de ce problème nous signale les limites et la vulnérabilité de la démocratie brésilienne elle même, dans le champ des rapports sociaux de sexe. Près d'un enfant sur trois nés dans ce pays, ne réussit pas à avoir cette reconnaissance". En: "Résistances des hommes, exigences des femmes: l'exemple de la reconnaissance paternelle au Brásil", material facilitado via internet por la propia autora presentado en el 4e. Congrès International de Recherches Féministes dans la Francophonie Plurielle. Citoyennes sans frontière, Canadá, Université d´Ottawa, julio 2005.

(1102) CHINCHILLA MONGE, Cristian. "Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable". En: <http://www.uca.ac.cr>. (Acceso el 01/04/2005).

d. Frente a la situación de abandono de las responsabilidades paternas, algunas mujeres optan por el proceso de reconocimiento de paternidad que es un trámite engorroso y burocrático, conllevando a que la mayoría de los procesos iniciados sean abandonados antes de su conclusión.

e. Entre los principales obstáculos en los procesos, cabe señalar(1103):

- La negativa de los padres en el reconocimiento.
- El proceso es largo y no da la posibilidad de cautela alguna de los derechos en tanto está en trámite.
- El proceso es complicado y no se ajusta a los efectos de las pruebas.
- Las prácticas dilatorias son típicas en estos procesos.
- El costo de las pruebas de marcadores genéticos es alto.

Como se señala en el Informe Técnico(1104): "Nótese que el proyecto busca garantizar a los niños y niñas su desarrollo integral, sobre la base de la paternidad responsable, colocando por encima, este derecho, sobre otros que puedan tener los individuos en particular".

La ley de paternidad responsable de Costa Rica dispone un proceso administrativo a través del cual se busca dar solución a un problema tan real y humano como es la filiación, incorporándose mediante el artículo 1 una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil(1105) (que es

(1103) Esta identificación de obstáculos y dificultades de los procesos de reconocimiento de paternidad es producto del trabajo de consulta e investigación que efectuó la Comisión de Paternidad encargada de la formulación del presente proyecto de ley. En esta Comisión participaron representantes de las siguientes instancias: Asamblea Legislativa, Poder Judicial, Organismo de Investigación Judicial, Defensoría de los Habitantes, Patronato Nacional de la Infancia, Instituto Nacional de las Mujeres y Universidad de Costa Rica.

(1104) OFICIO Nº ST-741-10-2000, Informe elaborado por la Licenciada María Eugenia Román Mora, Asesora Parlamentaria, en colaboración con las Licenciadas Guiselle Bolaños, Georgina García, Ingrid Rojas y Rebeca Videche y Revisado por la Licenciada Ana Lucía Jiménez Méndez, Directora del Departamento de Servicios Técnicos, San José de Costa Rica 31 de octubre de 2000.

(1105) El texto de la norma citado dice:

ARTÍCULO 1.- Refórmase los artículos 54 y 112 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, Nº 3504, de 10 de mayo de 1965, cuyos textos dirán:

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

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

En ese acto, la criatura quedará inscrita bajo los apellidos de su madre. Al presunto padre se le citará mediante notificación, para que se manifieste al respecto dentro de los diez (10) días hábiles a partir de

una norma similar al Reglamento de inscripciones del Registro Nacional de identificación y Estado civil del Perú(1106)).

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

1. Si la declaración de nacimiento es realizada por ambos padres, dejarán constancia de sus datos.
2. En caso de ausencia del padre, la madre firmará el acta indicando el nombre de aquel. Para estos efectos:
   a) El Registrador le informará las consecuencias y responsabilidades si señala como padre a quien, luego de someterse a las pruebas biológicas, sea descartado.
   b) Se considera la efectividad de la prueba de ADN y su carácter obligatorio.
3. El niño será inscrito con los apellidos de la madre.
4. Se requiere al presunto padre para que en el plazo de diez días, manifieste su posición, bajo apercibimiento de declararse la paternidad mediante reconocimiento administrativo de filiación.
   a) La no aceptación de la paternidad conlleva a la realización del examen genético.
   b) El no apersonamiento o la negativa a la prueba genética determina la presunción de paternidad; en este caso se inscribe con los apellidos

---

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

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

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

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

(1106) Decreto Supremo Nº 015-98-PCM, publicado el 25/04/1998.

de ambos progenitores, siempre que la madre y el niño se hubieren practicado la prueba.

c) La declaración administrativa de paternidad genera el vínculo propio de la paternidad.

5. Contra la declaración administrativa de paternidad:

   a) No procede recurso administrativo, ni incidente de suspensión de ejecución ni medida cautelar que busquen enervar sus efectos.

   b) Procede judicialmente un proceso de impugnación, el que no suspenderá la inscripción del menor.

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

   a) Realizarán gratuitamente la prueba; y,

   b) Custodiarán la prueba y comunicarán al Registro Civil los resultados.

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

> "(...) muchas falsas expectativas se generaron en la población a raíz de esta Ley: se esperaba una ley justa, que volviera ágil y veloz la investigación de paternidad, pero la prisa de aprobar esta Ley, bien intencionada, se convierte en un mal chiste, porque no habrá dinero suficiente para pagar las pruebas de paternidad.
>
> Esta Ley autoriza al gobierno para trasladar mil millones de colones del Presupuesto Nacional a la Caja Costarricense de Seguro Social, pero no lo obliga. Es una autorización, no una orden. Hoy, el gobierno no entrega el dinero que debe al Patronato Nacional de la Infancia, ni gira el dinero debido al Instituto Mixto de Ayuda Social. En ambos casos, el gobierno está obligado y no entrega el dinero. ¿Por qué pensamos que lo hará para las pruebas de paternidad? (...)
>
> Si no hay dinero suficiente, las pruebas se retrasarán durante meses. No extrañará que las investigaciones de paternidad se vuelvan más lentas y que pronto estemos durando más que ahora, con demoras que sentirán en lo más profundo las madres que esperaban de esta Ley una respuesta de justicia pronta y cumplida.

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

Por todo lo anterior, el Partido Movimiento Libertario propone que las pruebas sean pagadas por los mismos padres irresponsables, sea el padre que siéndolo no lo reconoció desde el inicio, o la madre que mintió. Así, el programa de pruebas de paternidad estaría efectivamente financiado. En algunos casos habría que hacer arreglos de pago, pero a alguna hora se cancelaría el dinero. Consideramos que es una propuesta justa, pues los padres de la criatura, que han querido huir de su responsabilidad son los que deben asumir este cargo.

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

3. Ecuador

El Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Codificación Nº 2002-100, R.O. 737, del 3 de enero de 2003, trata en el Título V sobre el "Derecho de alimentos" y regula de forma especial una forma de declaración de paternidad(1107)

(1107) El texto completo dice:
"Artículo 131.- Situación de los presuntos progenitores.- El juez podrá obligar al pago de prestación de alimentos en favor de un niño, niña o adolescente, a una persona cuya paternidad o maternidad no han sido legalmente establecidas, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. La prestación provisional de alimentos, podrá ordenarse desde que en el proceso obren indicios suficientes, precisos y concordantes que permitan al juez fundamentar una convicción sobre la paternidad o maternidad del demandado o demandada; 2. Sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba que científicamente sean idóneos para demostrar la paternidad y en tanto ellos no sean utilizados, para la fijación de la prestación definitiva, el juez dispondrá, a petición de parte, el examen comparativo de los patrones de bandas o secuencias de ácido desoxirribonucleico (ADN) del derechohabiente y del o la demandada. Si el resultado es positivo, en la misma resolución que fije la prestación de alimentos definitiva, el juez declarará la paternidad o maternidad del o la demandada y dispondrá la correspondiente inscripción en el Registro Civil; 3. Cuando el demandado se niega injustificadamente a someterse al examen señalado en este artículo, el juez le hará un requerimiento para que lo practique en el plazo máximo de diez días, vencido el cual, si persiste la negativa, se presumirá la paternidad o maternidad y el juez procederá como en el caso de resultado positivo del examen; 4. Si el demandado, antes del requerimiento indicado en la regla anterior, funda su negativa para la práctica del examen en la circunstancia de carecer de recursos para sufragarlos, el juez ordenará que la Oficina Técnica practique un estudio social y emita el informe correspondiente en el plazo máximo de quince días. En el caso de que el informe confirme la alegación del demandado, el juez dispondrá que la Junta Cantonal de Protección de su jurisdicción lo incluya de inmediato en un programa del Sistema que cubra el costo del examen. Si el informe social es negativo para la pretensión del demandado, se procederá en la forma dispuesta en la regla anterior; 5. Salvo el caso de carencia de recursos previsto en la regla anterior, los gastos que demanden las pruebas biológicas y las costas procesales, incluidos los gastos del estudio social, cuando lo hubiere, serán sufragados por el presunto

En el establecimiento y fijación de los alimentos se tomarán en cuenta las siguientes reglas:

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

Si bien el proceso no es similar al aprobado en nuestro medio, debe rescatarse la importancia conferida a la prueba genética. En efecto, si se toma en cuenta que la naturaleza de este proceso corresponde a uno de manutención, lograr la subsistencia de una persona, siguiendo una orientación finalista y de interés social se faculta al magistrado a viabilizar en un proceso una pretensión no alegada, que resulta de mayor trascendencia que la demandada: Se demanda alimentos y puede ser sentenciada, además, la declaración del nexo filial. No se aplica el criterio

---

padre o madre, quienes tendrán derecho a que se les reembolsen por quien ha reclamado la prestación, si el resultado de las pruebas descarta su paternidad o maternidad; y, 6. Se prohíbe practicar el examen señalado en la regla segunda de este artículo en la criatura que está por nacer; pero puede hacérselo en personas fallecidas, cuando ello sea necesario para establecer la relación de parentesco.

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

ultra petita, se deja lado el principio de congruencia por el cual los fallos deben estar arreglados a lo pedido y de acuerdo con lo probado.

Con mayor rigor puede sostenerse que si bien es cierto que del parentesco se deriva la obligación alimentaria (es su fuente originaria), si es que en sede judicial es solicitada una manutención, la lógica es que se autorice al magistrado a tender al esclarecimiento de los lazos parentales entre las partes. El hecho de demandar atención económica implica la existencia de un vínculo que, de no estar probado, corresponde al juez su definición. Entonces, se toma el elemento fáctico (la demanda) como justificación para investigar el elemento objetivo (la filiación). Todo esto bajo el argumento de que existe una necesidad e indicios de una justicia social en honor de la niñez.

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

4. Estados Unidos de Norteamérica

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

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

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

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

5. Chile

El 5 de julio de 2005 se publicó en Chile la Ley Nº 20030 que "[m]odifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad y a la valoración de los medios de prueba".

La Ley elimina el reconocimiento judicial mediante la confesión de paternidad o maternidad prestada bajo juramento la que tenía un trámite de aplicación excepcional(1108), siendo el procedimiento dispuesto el ordinario. Se unifican las vías voluntaria y contenciosa en un proceso único de reconocimiento de filiación que debe adecuarse a las normas procesales dispuestas en la Ley 19968 (30/08/2004), que crea los Tribunales de Familia(1109).

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

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

Lo novedoso de esta ley radica en la incorporación de los incisos 2, 3, 4, y 5 en el artículo 199 del Código Civil. Por vez primera, en Chile, se otorga a las biopruebas valor suficiente para establecer la filiación extramatrimonial o excluirla. Antes de su vigencia no se les otorgaba tal carácter, solo se permitía la presentación de toda clase de pruebas para el esclarecimiento de la filiación, las que podían ser decretadas de oficio o de parte, el solo testimonio es insuficiente (Cfr. art. 198). Se consagra el principio de inmediación disponiéndose que "(...) El juez recabará por la vía más expedita posible, antes de dictar sentencia, los resultados de las pericias practicadas que no hubieren sido informados al Tribunal", como ya lo hiciéramos notar(1110), se mantiene el sistema abierto en cuanto a la presentación de pruebas, pero con el matiz que la prueba del ADN prevalece sobre las demás.

(1108) Los incisos 2, 3 y 4 del artículo 188 del Código Civil chileno contemplaban este tipo de reconocimiento.

(1109) CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Boletín Nº 3.043-07, Informe de la Comisión MIXTA encargada de proponer la forma y modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, durante la tramitación del proyecto de ley que modifica el Código Civil en lo relativo a la exigencia de presentación de antecedentes para dar curso a la demanda de reclamación de maternidad o paternidad, y a la valoración de los medios de prueba sobre el particular.

(1110) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: "Los vientos nuevos del sur en materia de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 62, Lima, martes 6 de setiembre de 2005, p. 8.

Respecto de la negativa a someterse a la prueba científica se dispone la presunción en caso sea injustificada (es decir citada dos veces, bajo apercibimiento de aplicarse la presunción de filiación, no concurre a su realización). De esta forma, se establece una presunción *iuris tantum,* lo que se deduce de una lectura sistemática del artículo 220 del Código Civil que indica la no procedencia de la impugnación de una filiación declarada por sentencia firme, salvo lo dispuesto por el artículo 320 del Código (al presunto padre o madre o hijo no le será oponible la sentencia de filiación, pudiendo iniciar la acción de filiación correspondiente). En esa medida se desvirtuará la presunción si se demuestra que la filiación declarada judicialmente (por negativa injustificada a la prueba pericial biológica) no coincide con la realidad[1111].

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

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

II. HACIA DÓNDE VAMOS

De los sistemas analizados, es fácil apreciar la tendencia de revelar el nombre del progenitor. Decir quién es el padre de la criatura es una obligación de la madre. Nadie más que ella sabe quién colaboró en el engendramiento de su hijo, al menos en la generalidad de los casos. Ahí está el tema, quien debe colaborar ab initio es la mujer. Sin embargo, como argumenta Dutto, la cuestión identitaria del niño no puede depender del libre albedrío materno. Por ética quienes en cierta oportunidad asumieron la paternidad y maternidad –sin vicios de voluntad, concientes de su conducta y responsabilidad– son los comprometidos con la identidad de aquel (consecuente de sus relaciones) lo que trasciende a la propia motivación individual, creando circunstancias que, por afectar al niño, no pueden a su

(1111) Antes de la vigencia de esta ley, la negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configuraba una presunción grave en su contra, apreciada por el Tribunal pudiendo constituir un elemento de prueba cuando tuviese los caracteres de gravedad y precisión suficientes a efectos de formar el convencimiento de la Sala (426 del Código de procedimiento civil). De esta forma, la negativa injustificada era debidamente apreciada, pudiendo declarar o no la filiación observándose si la negativa del demandado causaba o no convicción sobre la filiación.

antojo desvirtuar, ocultar, tergiversar. No es aceptable "la posición materna de no revelar la identidad del padre y de esa manera negar a éste la posibilidad en los primeros años de su vida de tener una identidad plena"[1112]. Lo contrario es legitimar una conducta individualista por decir lo poco, egoísta con mayor precisión. Qué duda cabe que el derecho a la identidad del hijo prima sobre la intimidad de la madre[1113].

No hace mucho la situación en el Perú es muy similar, tomando en cuenta la modificación del artículo 21 y la derogación del 392 del Código Civil[1114].

Antes, por estos lares, sucedía que en los casos de reconocimientos diferidos se restringía la revelación del nombre de la persona con la cual tuvo el hijo, lo que tenía un matiz inconstitucional. En esta línea, la Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial Nº 023-2003-DP (24 de junio de 2003) recomendó al Congreso de la República la modificación de los artículos 21 y 392 del Código Civil y el 37 del Reglamento del Reniec a efectos de que el hijo pueda ser inscrito con el apellido del presunto padre que no lo reconoce con el mero dicho de la madre o del padre que lo hace, sin que ello suponga un vínculo de filiación con el primero[1115]. En la práctica, los hijos extramatrimoniales, conforme lo decía la norma, se inscribían con los apellidos del progenitor que los reconoció, sea el padre o la madre.

Hoy por hoy, se puede revelar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, lo que no es más que reconocer lo obvio y axiomático (al menos para quien lo hace). En este caso, el hijo lleva el apellido de quien lo inscribió y el del presunto progenitor, lo cual no genera vínculo de filiación tan solo permite el ejercicio del derecho al nombre como parte de la identidad. Lo sugestivo y seductor de la nueva norma es que luego de la inscripción (dentro de los treinta 30 días), el registrador, asumiendo su responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho a efectos que confirme o niegue la paternidad administrativamente señalada, solo esperemos que lo haga.

(1112) DUTTO, Ricardo. "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas". En: *Revista derecho procesal 2002 - 2: Derecho procesal de familia II*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 154 y 155.

(1113) En la jurisprudencia de Holanda tenemos el caso Valkenhorst que es el nombre de una institución caritativa que durante 1920 y 1940 albergó a las madres solteras para que dieran a luz a sus hijos, a algunos de los cuales han demandado a aquellas para obtener información sobre sus padres. Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el siglo XXI". En: *Revista de derecho de familia*. Nº 9, Derecho de familia, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 54.

(1114) Mayor referencia ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Ley Nº 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 150, Lima, mayo de 2006, p, 49 y ss.

(1115) DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Compendio de Resoluciones Defensoriales*. Tomo II, Lima, 2000-2004, pp. 351 a 364. La afectación de los derechos a la identidad y a la igualdad de los/as hijos/as extramatrimoniales en la inscripción de nacimientos, Lima, Defensoría del Pueblo, Serie Informes Defensoriales, Informe Nº 74, setiembre de 2003.

No es para menos, pero este era un cambio bastante ansiado en nuestro Código Civil, la práctica es la que fijará el nuevo rumbo.

BIBLIOGRAFÍA DEL SUBCAPÍTULO

- CHINCHILLA MONGE, Cristian. "Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable". En: <http://www.uca.ac.cr>. (Acceso el 01/04/2005).
- DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira: "O direito de ser filho e a Constituição de 1988". En: *Jus Navigandi*. Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005. En: <http://jus2.uol.com.br>. (Acesso el 06/10/2005).
- DUTTO, Ricardo. "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas". En: *Revista Derecho Procesal 2002 - 2: Derecho procesal de familia II*. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Ley Nº 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 150, Lima, mayo, 2006.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el silo XXI". En: *Revista de Derecho de familia. Derecho de familia*. Nº 9, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- GRUNWALD, Astried Brettas. "Laços de família: critérios identificadores da filiação".
- THURLER, Ana Liési. *Paternidade e deserção. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo*. Departamento de Sociologia, Universidade de Brasilia, Tese de doutoramento, 2004.
- THURLER, Ana Liési. "Reconhecimento paterno, direito de cidadania". En: <http://www.arpenbrasil.org.br>. (Acesso el 16/01/2006).
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Los vientos nuevos del sur en materia de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 62, Lima, martes 6 de setiembre de 2005.

SUBCAPÍTULO QUINTO

VISOS DE CONCLUSIÓN EN LA INDAGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

SUBCAPÍTULO QUINTO

VISOS DE CONCLUSIÓN EN LA INDAGACIÓN DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL

Nacido en Halicarnaso, casi medio siglo antes de la era Cristiana, Herodoto relata que los Ausees, antiguos nómadas del norte de África, tenían una costumbre en la atribución de paternidad: "Estos pueblos sin cohabitar particularmente con sus mujeres, usan no solo promiscuamente a todas, sino que se juntan con ellas en público, como suelen hacerlo las bestias. Cuando una mujer tiene en su poder un niño crecido, se reúne en un lugar a los hombres cada tercer mes, y se tiene al niño por hijo de aquel a quien más se parece". Esta costumbre no solo se perdió sino que, como típica de un pueblo, no tuvo mayor impacto en el resto de la población. Los efectos de la procreación merecieron una solución inmediata y justa para la época e idiosincrasia de este pueblo, mientras que en otros caseríos reinó desbande e irresponsabilidad parental. El sexo fue un instrumento generador de placer y de hijos por doquier que no cedió frente a la juricidad de la filiación.

Padres con hijos son la mayoría de los hombres. Hombres con cantidad de hijos son la excepción y más insólito es saber de padres con una cuantiosa prole que no tienen el mayor reparo de reconocerlos. Y es que, más allá de la paternidad responsable, el engendramiento, como símbolo del linaje, contribuyó a la formación de imperios, lo que implicaba una legitimación de la descendencia.

A pesar de que cueste creerlo, quizá alguno de nosotros tengamos algo de asiático, un antepasado conocido en la historia. Gengis Khan es él. Denostado por bárbaro y cruel, lo cierto es que este líder mongol (1167) sabía hacer el amor, y por lo visto lo hacía soberbiamente, sin desperdiciar noche alguna. Esto quedó demostrado en un reciente estudio genealógico de ADN que indicó que cerca de 16 millones de personas en el mundo descienden de un ancestro asiático en común. Gengis Khan engendró miles, léase bien, miles de hijos y su multiplicación aritmética, a partir del siglo XIII, ha contribuido a dejar huella no solo en Asia, sino también en Europa y América.

Mucho antes de este fecundo mongol, el lascivo y mujeriego faraón Ramses II (1279 a.C.) tuvo 101 hijos, muchos de ellos enterrados en una misma tumba llamada KV5 (símbolo homenaje del padre a sus hijos). También se sostiene que el

hombre con mayor descendencia registrada, que rivaliza con Khan, fue el monarca de Marruecos: Ismael El Sangriento, con un total de 888 hijos, de los cuales fueron legitimados cerca de la mitad (matrimoniales o convivenciales) (http://www.anfrix.com,18/10/2007). Recientemente, hemos conocido casos como el de un beduino árabe israelí de 58 años de edad que tiene 67 hijos de su relación con ocho esposas (www.actualidad.terra.es, 18/10/2007) y el caso de un argentino de 44 años que tiene 37 hijos (http://www.clarin.com, 08/06/2006) y viene requiriendo una ayuda económica para vasectomizarse.

Acaso ¿Ellos niegan su paternidad? No, no lo hacen; al contrario, se enorgullecen de ella. Tantos hijos sin queja de ningún tipo. Mientras que en este lado de la vereda hay hombres que se jactan de sus derechos para impedir la identidad filiativa de quienes piden ser declarados judicialmente como descendientes (cosa absurda).

Un día me dijeron: "Reconocí al hijo de fulanita de tal, ¿sabes por qué?... es que me hice la prueba de ADN y resultó ser mi hijo y, además, me casé con ella". Bueno –pensé– este no es un caso ejemplar, da mucho que desear, pero al menos la desconfianza mezclada con la culpa de aquel padre desconcertado, pero sabedor de la cópula mantenida, fue claramente venida a menos con la contundencia de la prueba genética que corroboraba su paternidad. Debería estar agradecido él y tantos otros.

Se imaginan a Gengis Kahn, a Ramses y al monarca marroquí Ismael El Sangriento, opinando acerca del nuevo proceso peruano de la filiación judicial de la paternidad extramatrimonial regulado por la Ley Nº 28457 y alegando que se violan sus derechos a la libertad y al debido proceso porque la ley, dizque, obliga a someterse a una prueba que ellos no quieren. No creo que a estos señores les hubiese quitado el sueño tanta disquisición doctrinal. No fueron cobardes. Concientes de sus actos, aceptaron con hidalguía su progenie.

*

* *

Con el tiempo, los problemas de paternidad en lugar de ir simplificándose fueron complicándose. Las presunciones creadas por el Derecho para justificar una investigación de paternidad resultaron medidas buenas para una época determinada. Luego generaron procesos judiciales interminables acompañados de argucias legales. La luz al final del túnel se aprecia en 1984 cuando se descubre la aplicación del ADN para verificar el nexo filial. Esto marcó un punto importante en las páginas del Derecho, civil y procesal. Por una parte, las normas de filiación han ido adecuándose a tendencias más biológicas (la fuerza de los genes) dejando de lado el aspecto social (lo ocurrido a vista y paciencia de los demás sin mayor

grado de certeza). Las normas procesales y las decisiones jurisdiccionales marcaron el paso en la investigación del nexo parental admitiendo todo tipo de pruebas para la investigación filial.

En el 2005, la Ley Nº 28457 aprobó el proceso especial para investigar la paternidad extramatrimonial y con ella surgieron algunos poco afortndos contradictores. Se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la paternidad. La única defensa del emplazado es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN (en el plazo de 10 días siguientes). Los gastos de la prueba son de cargo del demandante. Transcurrido el plazo y no habiéndose realizado la pericia por causa injustificada el mandato se convierte en declaración de paternidad. Cabe la apelación en el plazo de tres días, el Juez de Familia tendrá diez días para resolver. Por el contrario, si la prueba de ADN descarta la paternidad la oposición será fundada y el demandante condenado en costas y costos. La diferencia con el proceso de conocimiento, que regia anteriormente, la materia es abismal por decir lo menos, incomparable. Entiéndase que el proceso aprobado solo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial, no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre (investigación post mórtem) pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres.

Esta iniciativa legal nace en la Comisión de Reforma Integral de la Administración de Justicia - Ceriajus. La justificación fue la contundencia de la prueba de ADN, es decir los resultados efectivos que de ella pueden obtenerse para establecer quién es el padre o quién no lo es, de forma irrebatible y que no merece mayor discusión. Con esta base se buscó dar solución al alarmante aumento de madres solteras, la irresponsabilidad de los progenitores, lo dificultoso de los procesos de paternidad (largos, costosos, tanto más que la pena y la angustia de los litigantes) y de la gran cantidad de niños sin padre (por sobre encima del millón). Más que un problema legal, la filiación es un drama social que merece ser afrontado con prontitud y rectitud por la ley.

La Ley Nº 28457, intimatoria de paternidad extramatrimonial, no es una ley de encaje, es una buena ley, pero que no representa una solución integral, en todo caso. Tiene sus *pro* y sus *contras*. Los primeros con mayor ventaja frente a los segundos. Serán más los beneficiados que los perjudicados. El hijo en vez que el padre, sin enfrentamiento, solo retrepados en verdades. Uno de los dos, el que generó la filiación –no el generado– asumirá un sacrificio en proporción a su acto y reponsabilidad. Antes se cometían más abusos, lo ancho para el padre y lo angosto para el hijo fue la consigna del otrora modelo procedimental. Las cosas se revierten, el cauce cambió. Pensamos que es una solución parcial al problema central en el esclarecimiento del parentesco.

Con el antiguo proceso enrevesado en trámites, papeles, decires, desconociendo la fuerza probatoria de la genética ante el estado de indefensión, de soledad e impotencia de niños sin padres, desconocedores de su identidad, de qué justicia podía hablarse. No se quiere más de lo mismo. Se necesitaba un cambio. Este es uno radical por que la coyuntura lo requiere. Estamos esperando el desarrollo ordenado de esta novedad legislativa en el estatuto de la filiación que tanto asombro y aplausos viene ganando en el Derecho Comparado. Ayudemos a crear una conciencia en nuestros futuros "padres" y en los nuevos "hijos". No dejemos a expensas del litigio la solución de estos casos. En el fondo este proceso desalienta, mejor dicho disuade, la paternidad irresponsable tendiendo al reconocimiento voluntario. García Cantero acertadamente constata que: "Quizá una de las cuestiones más importantes para el siglo XXI será repensar la paternidad (*rethinking the parentood*)[1116]", al menos en el Perú hemos dado un primer y decisivo gran paso.

Esta ley –y todas en general– no ofrece soluciones eficaces, solo alternativas. Depende de nosotros que encontremos la manera más correcta de alcanzar que cada sentimiento coincida con las relaciones humanas.

*

* *

A propósito de todo esto, en un caso judicial, el Primer Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Condevilla del Distrito Judicial del Cono Norte de Lima declaró inconstitucional e inaplicable la Ley del Proceso de Filiación de Paternidad Extramatrimonial que ordena al demandado la realización de la prueba de ADN a fin de desvirtuar la paternidad declarada, caso contrario la atribución de paternidad se mantiene. El sustento del Juzgado es que se estarían lesionando los derechos constitucionales de libertad y el debido proceso. Elevado a consulta este caso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia desaprobó la resolución emitida por dicha instancia, e indicó que esta Ley no afecta ningún derecho del demandado, preponderando el derecho fundamental al nombre y el derecho a la identidad personal consagrados en la Constitución, Convención de los derechos del niño, Código civil y Código de los niños adolescentes. Punto final. No hay más que decir, el pronunciamiento de la máxima instancia judicial peruana corre a foja vuelta de un expediente.

Este proceso de declaración de la filiación acaba con todo. Con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, casación. En fin,

(1116) GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el silo XXI". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 9, Derecho de familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 75.

es toda una revolución procesal que debe ser entendida en la dimensión del problema que busca afrontar. Este proceso fue pensado para los hijos sin padres, no para los padres que no quieren reconocer a sus hijos. No podemos seguir apañando la deslealtad en las relaciones familiares, con artilugios procesales. Respetemos los derechos de los menores de edad. Los niños no son el futuro, son el presente. El mañana para ellos puede ser demasiado tarde, no los hagamos esperar más. Un niño sin padre, aunque científicamente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal.

Pienso que si los hombres parieran como los caballitos de mar, la cosa sería muy diferente, ¿no lo creen ustedes?

ANEXO

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS LEYES Nº 28457 Y Nº 29821	
Ley Nº 28457	**Ley Nº 29821**
Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial	**Ley que modifica los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley Nº 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial**
Artículo 1.- Demanda y juez competente Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.	**Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente** Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. En este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil. En este caso, el juez, además de expedir el mandato declaratorio de paternidad extramatrimonial, correrá traslado al emplazado de la pretensión de alimentos. El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil. Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos.

Artículo 2.- Oposición La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica de ADN dentro de los diez días siguientes, en caso contrario el juez debe rechazarla de plano. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. La prueba biológica de ADN es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo y el oponente no cumple con realizarse de la prueba biológica del ADN, la oposición es declarada improcedente y el mandato se convierte en declaración judicial de paternidad. Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa. Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece los artículos 265 del Código Procesal Civil*. ***TEXTO ORIGINAL*** ***Artículo 2.- Oposición*** *La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica de ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil.* *El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.*	**Artículo 2.- Oposición** La oposición suspende el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en el momento de la toma de las muestras o puede solicitar el auxilio judicial a que se refiere el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. *Formulada la oposición y absuelto el traslado de la pretensión de alimentos, el juez fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.* *En dicha audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo. Asimismo, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.* Por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4, el juez resuelve la causa. Para efectos de la presente Ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

* Ley Nº 29715. Ley que modifica el artículo 2 de la Ley Nº 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, (DOEP., 22/06/2011).

Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.	
Artículo 3.- Oposición fundada Si la prueba produjera un resultado negativo, la oposición será declarada fundada y el demandante será condenado a las costas y costos del proceso.	**Artículo 3.- Oposición fundada** Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará fundada la oposición y dictará sentencia *declarando también infundada la pretensión de alimentos,* condenando a la parte demandante al pago de las costas y costos del proceso.
Artículo 4.- Oposición infundada Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.	**Artículo 4.- Oposición infundada** Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, constituyendo el mandato expedido declaración judicial de paternidad. *En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso.*
Artículo 5.- Apelación La declaración judicial de filiación podrá ser apelada dentro del plazo de tres días. El juez de Familia resolverá en un plazo no mayor de diez días.	**Artículo 5.- Apelación** La declaración judicial de paternidad, *la resolución que ampara la oposición y/o el fallo relativo a la prestación de alimentos podrán ser apelados dentro del plazo de tres días de notificado.* *Ingresada la causa al superior jerárquico, el juez señalará fecha para la vista de la causa dentro del plazo de diez días y se emitirá la sentencia en un plazo que no excederá de diez días.*

Las cursivas identifican los cambios entre una y otra ley.

CAPÍTULO SEXTO

ADOPCIÓN

CAPÍTULO SEXTO
ADOPCIÓN

I. Introducción. **II.** Evolución histórica. **1.** Origen. **2.** Roma. **2.1.** Adrogación. **2.2.** Adopción propiamente dicha. **2.2.1.** Adopción menos plena. **2.2.2.** Adopción plena. **3.** Edad Media. **4.** España. **5.** Edad Moderna. **6.** Perú. **7.** Derecho moderno. **III.** Etimología. **IV.** Concepto. **V.** Denominación. **VI.** Definición. **VII.** Naturaleza jurídica. **8.** Teoría contractualista. **9.** Teoría del acto jurídico familiar. **10.** Teoría de la institución de Derecho de familia. **11.** Teoría del estado. **12.** Teoría del proceso. **VIII.** Fines. **IX.** Características. **13.** Acto jurídico. **14.** Acto tutelar. **15.** Es fuente de vínculos parentales y paterno-filiares semejantes a los que provienen del parentesco y la filiación consanguínea. **16.** Acto de naturaleza emplazatoria-desplazatoria del estado de familia paterno-materno-filial. **17.** Solemne. **18.** Constitutivo de estado. **19.** Personalísimo. **20.** Multilateral. **21.** Irrevocable. **22.** Puro. **23.** Acto regido por normas de orden público. **24.** Constituye impedimento matrimonial. **25.** Multiplicidad. **X.** Requisitos. **26.** Que el adoptante goce de solvencia moral. **27.** Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar. **27.1.** Fórmula cronológica. **27.2.** Edad mínima. **27.3.** Edad máxima. **27.4.** *Adoptio naturam imitatur.* **27.5.** Excepciones a la fórmula cronológica. **28.** Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge. **29.** Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años. **30.** Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela. **31.** Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz. **32.** Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales. **33.** Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud. **XI.** Clasificación. **34.** Según el adoptado. **34.1.** Adopción de embriones - concebido. **34.2.** Adopción de menores de edad. **34.2.1.** Estado de abandono. **34.3.** Adopción de mayores de edad. **34.3.1.** Postura conservadora. **34.3.2.** Postura liberal. **34.4.** Adopción de ancianos. **34.5.** Adopción de un muerto. **35.** Según el(los) adoptantes(s). **35.1.** Adopción acumulativa. **35.2.** Adopción individual. **36.** Según los efectos de la adopción. **36.1.** Adopción plena. **36.2.** Adopción simple. **37.** Según los fines de la adopción. **37.1.** Adopción de protección. **37.2.** Adopción por integración. **37.2.1.** Adopción del propio hijo extramatrimonial. **37.2.2.** Adopción del hijo del cónyuge. **37.2.3.** Adopción del hijo del viudo. **37.2.4.** Adopción del hijo del divorciado por parte del nuevo cónyuge. **37.2.5.** Adopción del hijo del cónyuge no reconocido por su otro progenitor. **37.2.6.** Adopción del hijo adoptivo del cónyuge. **38.** Según la vía procedimental de adopción. **38.1.** Adopción judicial. **38.2.** Adopción administrativa. **38.2.1.** Base legal. **38.2.2.** Ente rector. **38.3.** Adopción notarial. **39.** Según la nacionalidad de los adoptantes. **39.1.** Adopción nacional. **39.2.** Adopción internacional. **40.** Según el carácter del vínculo entre el adoptado y su familia biológica. **40.1.** Adopción cerrada. **40.2.** Adopción abierta. **40.3.** Adopción semiabierta. **41.** Según el momento del cumplimiento de la formalidad. **41.1.** Adopción ínter vivos. **41.2.** Adopción póstuma o post mórtem. **42.** Adoção à brasileira. **XII.** Importancia. **XIII.** Sujetos. **43.** Adoptante. **43.1.** Adoptantes casados. **43.2.** Adoptante soltero. **43.3.** Adoptante divorciado. **43.4.** Adoptante viudo. **43.5.** Adoptante conviviente. **43.6.** Adoptante casado. **43.7.** Adoptantes del mismo sexo. **43.7.1.** Postura liberal. **43.7.2.** Postura conservadora. **44.** Adoptado. **44.1.** Adoptado mayor de edad. **44.2.** Adoptado menor de edad. **44.3.** Adoptado incapaz. **44.4.** Adoptado menor de edad no declarado en estado de abandono. **44.5.** Adoptado menor de edad declarado en estado de abandono. **44.6.** Adopción por el pupilo o curado. **44.7.** Adopción de personas con patrimonio. **45.** Padres biológicos. **46.** Jurisdiccionales. **XIV.** Objeto. **XV.** Formalidad. **47.** Sentencia. **48.** Resolución administrativa. **49.** Escritura pública. **XVI.** Efectos. **50.** Efectos personales. **51.** Efectos patrimoniales. **52.** Efectos laborales. **53.** Efectos procesales. **XVII.** Inscripción y registro: Extensión de nueva partida de nacimiento. **XVIII.** Revocación. **XIX.** Ineficacia. **XX.** Inexistencia. **XXI.** Invalidez. **54.** Nulidad. **55.** Anulable. **XXII.** Extinción. **XXIII.** Derecho a conocer el propio origen biológico. **XXIV.** Base legal. **XXV.** Instituciones afines. **56.** Prohijamiento. **57.** Colocación familiar.

I. INTRODUCCIÓN

No solo la naturaleza, no solo la sangre genera vínculos paternofiliales entre dos personas. La voluntad, a través de la forma prestablecida, puede generar una filiación incluso faltando el vínculo sanguíneo.

La adopción es amparada por los ordenamientos jurídicos a fin de constituir vínculos jurídicos entre personas que no la tienen de manera natural, consanguínea o biológica. *Adoptio est actus legitimus, quo quis sibi filium facit quem non generavit* (adopción es el acto legítimo por el cual alguien torna como hijo a quien no generó). Es una de las más grandes creaciones del Derecho, una *fictio iuris*. Con el tiempo esta institución, propísima del Derecho de familia, adquiere un fuerte contenido tutelar teniendo como centro y eje al niño adoptado, el pue-rocentrismo adoptivo.

La adopción se constituye en un mecanismo jurídico de interés social que busca dar solución a los problemas sociales de la niñez desamparada, la falta de tutela, protección y compañía, la imposibilidad de procrear, así como también el requerimiento de legitimación de situaciones de hecho.

Es un *munus público*, un servicio, una función de interés público relevante, con motivos solidarios, humanitarios (*pía causa*).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La adopción fue conocida por la mayoría de los pueblos de la antigüedad. En cada uno de ellos tuvo la importancia atribuida por los distintos usos y costumbres.

1. Origen

La polémica de su origen sigue vigente. Cada historiador tiene una hipótesis fundamentada acerca del surgimiento de esta figura.

La gran mayoría de los tratadistas remontan el origen de la adopción a la India, Leyes de Manú, desde donde habría sido transmitida a otros pueblos vecinos, paralelamente con las creencias y mitos religiosos. Todo hace suponer que de allí la tomaron los Hebreos, Código de Hammurabi, quienes, a su vez, la transmitieron a Egipto de donde pasó a Grecia, consolidándose, a punto que consistía en un simulacro de parto, *per pallium et indusium*[1117].

Luego, con el tiempo, pasa a Roma.

(1117) BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Direito da familia.* Ramiro M. Costa & Filhos - Editores Livraria Contemporânea, Recife, 1903, p. 474.

2. Roma

En el Derecho Romano el instituto de la adopción tenía como origen remoto el deber de perpetuar el culto doméstico, siendo su esencia un contenido religioso. Permitía al individuo sin posteridad obtener hijos que perpetuasen su nombre y asegurasen el culto doméstico, *Adoptio est legitimus actus, naturam imitans, quo liberos nobis quaerimus*(1118) (la adopción es un acto legítimo, que imita a la naturaleza, por la cual buscamos hijos para nosotros). Pero su relación con el culto religioso va perdiendo importancia; en el siglo VI permitió la adopción a la mujer que había perdido sus hijos –*ad saltium lberorum amissorum*– como una razón de consuelo (Justiniano, *Institutas*, Liv. I, Tít.XI, §10: *feminae quoque adoptare non possunt, quia, nec naturales líberos in sua potestate habent; sede x indulgentia Principis, ad solatu¿ium liberorum amissorum, adoptare possunt*)(1119). Lo cierto es que en el Derecho Romano fue donde encuentra su máximo esplendor teniendo gran aplicación a punto que más que un Emperador fue hijo adoptivo(1120).

La familia romana era entendida como el conjunto de personas unidas, pura y simplemente, por la potestad que una de ellas ejercía sobre las demás. La familia natural era el conjunto de personas que descendían de un tronco común o que tenían la misma sangre. Y es que el parentesco propio de la familia romana era el vínculo de *agnación* y el de la familia natural era el vínculo de *cognación*. La familia natural ocupaba un papel secundario en la organización del hogar y en la organización del Estado.

Dentro del régimen jurídico de la familia romana, la adopción, junto con el matrimonio y la legitimación, fue la fuente generadora de potestad del *paterfamilias* sobre el *filifamilias*.

La adopción era un acto solemne en virtud del cual un ciudadano romano prohijaba a otra persona, también ciudadano romano, adquiriendo sobre ella potestad de *pater familia*. Asimismo, es considerada como una institución de Derecho Civil Romano reservada exclusivamente para ciudadanos romanos; creadora de un parentesco similar al de la familia legítima en la que el hijo adoptivo está bajo la autoridad paterna. La adopción se realizaba solo entre varones y obedecía siempre a la siguiente máxima latina *adoptio naturam imitatur*.

Existían en Roma dos formas de adopción(1121):

(1118) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 473.
(1119) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. Ob. cit., pp. 330 y 388.
(1120) Octavio fue adoptado por su tío abuelo Julio César; Trajano adoptó a su sobrino segundo Adraino quien adoptó –a su vez– a Antonio con la condición que este adoptase a Marco Aurelio. Augusto Octavio adoptó a Tiberio mientras que Calígula, nieto de Tiberio, también fue adoptado.
(1121) PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Albatros, Buenos Aires, 1982, p. 144.

- La adrogación, y;
- La adopción propiamente dicha.

2.1. Adrogación

Llamada *adrogatio* o *arrogatio*.

Es la adopción de un *sui iuris* (ciudadano autónomo, plenamente capaz, que ejerce potestad sobre otros).

La adrogación implicaba la incorporación en la familia del adoptante al adoptado y de todas aquellas personas sometidas a su potestad, así como la transferencia de todo el patrimonio del adoptado a la cabeza del adoptante. El adoptado pasaba a ser un heredero culto (*heres sacrorum*) después de renunciar al culto de su familia natural (*detestatio sacrorum*)[1122]. En otras palabras, el *sui iuris* adoptado arrastra consigo todo su patrimonio y familia sobre la que ejercía la potestad. Se exigían requisitos precisos como que la edad del adoptante debía tener sesenta años o más.

2.2. Adopción propiamente dicha

Llamada adopción *per se, adoptio* o *datio in adoptionem*.

Era la adopción de un *alieni iuris* (ciudadano sometido a la potestad de otro). El *alieni iuris* salía de su familia de sangre (natural) y de la potestad de su *paterfamilias* para ingresar en la familia del adoptante.

Adoptada una persona como hijo del *paterfamilias* se hace hermano adoptivo de los demás hijos o descendientes en primer grado que estén bajo la potestad del adoptante y así sucesivamente, contándose los grados como si hubiese parentesco de consanguinidad. El adoptado adquiría, naturalmente, vocación sucesoral.

Justiniano modifica profundamente la adopción propiamente dicha. Simplifica, en primer lugar, sus formalidades y, luego, distingue entre la adopción menos plena o *adoptio minus plena,* que era la regla, y la adopción plena o *adoptio plena,* que era básicamente excepcional.

2.2.1. Adopción menos plena

Llamada restricta.

Su único efecto era otorgarle al adoptado un derecho hereditario ab intestato en la sucesión del adoptante.

(1122) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 219.

El adoptado no salía de su familia de origen en la cual conservaba todos sus derechos. Produce únicamente un vínculo personal entre el adoptante y el adoptado. Se conserva la patria potestad en la persona que la tenía pasando el adoptado *de facto* a la familia del adoptante pero, *de iure*, pertenece a la familia del padre natural.

No se crea el vínculo agnaticio, lo cual no tenía ninguna importancia en el nuevo derecho, en el que el vínculo de la familia era el cognaticio.

2.2.2. Adopción plena

Llamada absoluta.

Esta adopción producía los efectos tradicionales y básicos; solo era posible en dos casos:

- Cuando el *alieni juris* se daba en adopción a un ascendiente, y;
- Cuando el abuelo en vida del padre daba en adopción el nieto a un extraño.

La razón de la distinción era conjurar el peligro que el adoptado perdiera dos sucesiones, si era emancipado por el adoptante después de la muerte de su padre de sangre, pues por la adopción perdía su derecho hereditario en la familia natural y, por la emancipación, en la familia adoptiva. Justiniano dispuso que el adoptado no saliese de su familia de sangre, salvo las dos excepciones aludidas, que daban lugar a la adopción plena, pues en esos dos casos no existía el peligro mencionado. En el primero, siempre heredaba al ascendiente adoptante en razón del parentesco de sangre; y, en el segundo, si el abuelo lo daba en adopción en vida del padre carecía de expectativas hereditarias por la presencia de este; y si el padre llegaba a fallecer, la adopción se convertía en menos plena.

Pereira[1123] considera un tercer tipo, la *adoptio per testamentum* destinada a producir efectos post mórtem del testador.

3. Edad Media

Prácticamente la institución cae en desuso, llega a desaparecer, bajo el principio que solo los hijos biológicos deben heredar. El Derecho Canónico de esta época no la consideró bajo el entendido que la familia se basa en el matrimonio siendo su fin principal la procreación, además que la adopción puede representar una forma de violar las normas que prohíben el reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuoso.

(1123) PEREIRA, Caio Mário da Silva: *Instituições de directo civil*. Ob. cit., pp. 330 y 387.

4. España

En el antiguo Derecho español careció de importancia práctica.

Las distintas circunstancias que habían determinado su regulación en Roma no concurrían en modo alguno en la Castilla del siglo XIII. La adopción fue reglamentada en el Fuero Real y en las Siete Partidas bajo la denominación genérica de *Prohijamiento*.

Las Siete Partidas (escritas entre 1256 y 1263 y promulgadas bajo el reinado de Alfonso X el Sabio) constituyen la obra más importante del Derecho Histórico Castellano y consagran el prohijamiento como una ficción legal que debe imitar a la naturaleza en lo posible. Distinguen entre *adrogación* y *adopción propiamente dicha*, subdivididas, a su vez, en *adopción plena* o *perfecta* y en *adopción menos plena* o *imperfecta*, siguiendo siempre las orientaciones y directrices trazadas por el Derecho Romano(1124).

Las Leyes del Toro trataron asuntos sucesorales, precisando que los adoptados nunca podrán heredar en perjuicio de los herederos forzosos.

5. Edad Moderna

En el Derecho Moderno, la adopción adquiere características distintas a las determinadas en el Derecho Romano, puesto que son otros los fundamentos que la justifican. Ya no es la necesidad de continuar con el culto doméstico, ni la de seguir detentando el poder político, ni la de instituir un heredero, que eran los motivos por el cual se exige su consagración en todo sistema legal avanzado. La situación social de la Modernidad la hace resurgir del pasado con finalidades distintas. Las guerras presentaban un cuadro desolador con una multitud de niños huérfanos. Esta situación hizo posible que los juristas se preocuparan por su incorporación en las legislaciones, como forma de amparo a la infancia víctima de los conflictos.

Nos referiremos básicamente al sistema francés. Francia sanciona, el 19 de junio de 1923, su ley de adopción para beneficiar o favorecer a todos aquellos que necesiten de la protección y cuidados de un verdadero padre. En este ordenamiento la institución alcanzó una notable evolución. En la antigua Francia había desaparecido, en la Edad Media estaba casi olvidada, resurgió en la Revolución y se implantó legalmente en el *Code*. Napoleón señalaba frente a los redactores del Código: "Si la adopción no hace renacer entre el adoptante y el adoptivo las afecciones sentimentales de padre e hijo y no se convierte en una imitación perfecta de la naturaleza, es inútil establecerla".

Precisamente, el Código francés reguló en su Título VIII el tema de la adopción. Tenía un carácter contractual porque necesitaba el consentimiento del adoptado,

(1124) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Ob. cit., p. 117.

quien solo podía ser mayor de edad. Por su parte, el adoptante debía tener cincuenta (50) años y haber atendido al adoptivo durante su minoría de edad. Era esta una legislación poco exitosa en la medida en que excluía a los menores, deficiencia subsanada en 1923 cuando se permite la adopción de menores.

Dos formas de adopción consagró este Código: la ordinaria y la testamentaria. La adopción remuneratoria (si el adoptado había *salvado la vida* del adoptante en combate o retirándolo del fuego o de las aguas) se eliminó en 1923. Se establecen impedimentos matrimoniales entre el adoptado y el adoptante, entre el adoptado y sus descendientes, entre el adoptante y el cónyuge del adoptado, entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; entre los hijos adoptivos de una misma persona, y entre el adoptado y los hijos legítimos del adoptante que nacieren después de la adopción.

6. Perú

Cornejo Chávez[1125] nos ilustra que el Código de 1952 acogió la figura, gobernándola en forma muy semejante al *Code* (en ese entonces Chile, Ecuador, México, Paraguay, Argentina, Portugal, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos no admitían la adopción).

El Código de 1936 reguló la adopción en sus dos matices: la adopción plena, que reproducía la *adoptio* y la *adrogatio* romana y, la adopción menos plena, siendo una regulación inadecuada y deficiente lo que, en alguna medida, fue corregido por el Código de Menores y a posteriori por el Decreto Ley Nº 22209, en los casos en que se trataba de adoptar a menores en situación irregular, incluso cuando el adoptante era extranjero (previsiones estas últimas que, no obstante, no lograron impedir graves abusos).

7. Derecho moderno

Un rápido examen del actual Derecho comparado nos revela una fuerte corriente reformista empujada por factores sociales que concibe a la adopción como un medio de protección de la infancia desamparada, otorgando preminencia al interés del menor y favorecer notablemente la expansión del instituto mediante la reducción de requisitos y condiciones. Esta nueva concepción tiende, además, a la implantación de la adopción plena al considerar que el interés del adoptado exige efectos jurídicos más intensos que los de la adopción simple o tradicional[1126].

(1125) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Ob. cit., p. 404.
(1126) MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Ob. cit., pp. 121-122.

III. ETIMOLOGÍA

Del latín *adoptĭo*, -ōnis.

Jurídicamente, adopción proviene del latín *adoptionem,* de *adoptio* vocablo latino que se deriva del verbo *adoptare*, compuesto del prefijo *ad* (aproximación) y del verbo *optare* (desear, elegir o escoger). Como tal expresaba la idea de elegir o desear a alguien o algo para asociarlo o vincularlo a sí mismo(1127).

En el Derecho Romano se daba el nombre de *adoptio* al acto de adoptar a alguien. **Se denominaba adrogatio o arrogatio** a la adopción de una persona que había llegado a la mayoría de edad, *sui juris* y *datio in adoptionem,* cuando se daba en adopción a alguien sobre quien se ejercía control y poder, *alieni iuris*.

IV. CONCEPTO

Adopción es la acción de adoptar.

Adoptar, es recibir, tomar, asumir algo nuevo que no tengo pero que deseo. Este verbo implica *hacer de uno*. En materia de familia se refiere a recibir como hijo al que no lo es biológicamente con el cumplimiento de diversos requisitos y la derivación de obligaciones que establece la ley.

El querer es el fundamento de la adopción, la voluntad e intención; su base es el afecto, que se consagra en la filiación socioafectiva, como diría Lôbo(1128), la filiación no es un hecho de la naturaleza, es una construcción cultural, fortificada por la convivencia, en el entrelazamiento de los afectos, poco importando su origen. Filosófica, histórica y técnicamente la adopción representa una *fictio iuris* para casos excepcionales, el remedio consolatorio, como decía Texeira de Freitas(1129), para aquellos que no tienen hijos, *Adoptio est legitimus actus, per quem, qui filius non est, pro filio habetur* (Adopción es el acto legal por el cual quien no es mi hijo se torna en mi hijo).

Desde la óptica jurídica existen diversos criterios doctrinales para conceptualizar a la adopción. Esta palabra puede utilizarse en tres sentidos diferentes. En un primer sentido, adopción es el acto jurídico que crea entre dos personas un vínculo de parentesco civil del que surgen relaciones similares a las que se originan con la paternidad y filiación biológica; en un segundo, es el estado de filiación adoptiva que para las partes deriva de este acto, y; finalmente, el tercer sentido, puede entenderse a la adopción como un proceso.

(1127) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 395.
(1128) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 247.
(1129) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 222.

Asimismo, tenemos (i) la adopción como *acto fuente* de derechos y obligaciones, relación jurídica; (ii) adopción estado o la *situación jurídica*, estado de hijo adoptivo o del estado de adoptante; y, (iii) el *proceso de adopción*. Es importante tener en claro el triple significado jurídico del término adopción para poder determinar con posterioridad su naturaleza jurídica.

Al afirmarse que la adopción confiere al adoptado una filiación que *sustituye* a la de origen se colige su naturaleza *emplazatoria - desplazatoria* que, respecto del estado de familia, determina el título que la concede. Por la adopción hago mi hijo a quien no lo es. *Adoptio est legis actio qua qui mihi filius non est, ad vicem filii redigitur*. [Justiniano] Adopción es el acto legal por el cual quien no es mi hijo se torna en mi hijo. En esta línea, cuando el Código dice *adquiere la calidad de hijo* quiere decir que ella genera toda una gama de relaciones jurídicas familiares, como son:

- Derecho al nombre
- Vocación hereditaria
- Derecho y obligación alimentaria
- Impedimentos matrimoniales
- Patria potestad que corresponde al o los adoptantes.

El sistema de nuestro Código asimila la adopción a la filiación matrimonial siendo su fuente la ley a diferencia de la filiación biológica cuya fuente es la naturaleza.

V. DENOMINACIÓN

Se le ha llamado prohijamiento, como la conoció la doctrina y legislación tradicional (Código del 52), filiación por asimilación*, afilliatio*, de afiliar, hacer parte de, *affiliazione.*

VI. DEFINICIÓN

Dice Pontes de Miranda(1130) que la adopción es el acto solemne por el cual se crea entre el adoptante y el adoptado una relación de paternidad y filiación, se trata de la atribución de la condición de hijo con los mismos derechos y deberes, inclusive sucesorios, con el desligamiento de cualquier vínculo paternal, maternal e parental –con su familia biológica–, salvo los impedimentos matrimoniales. Es un acto jurídico por el cual una persona recibe a otra como hijo, independientemente

(1130) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 219.

que exista entre ellas una relación de parentesco o afín, según Pereira[1131]. Según Diniz[1132] es el acto jurídico solemne por el cual alguien establece, irrevocable e independientemente de cualquier relación de parentesco consanguíneo o afín, un vínculo ficticio de filiación, trayendo para su familia, la condición de hijo a persona que generalmente le es extraña. La adopción es un *acto jurídico* que establece un vínculo de parentesco entre dos personas con una relación análoga a la paternidad, i.e. crea un lazo de parentesco de primer grado en la línea recta, a decir de Gomes[1133].

Para Belluscio[1134] es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Borda[1135] enseña que es una institución de Derecho privado fundada en un acto de voluntad del adoptante y nacida de la decisión del juez en virtud de la cual se establece entre dos personas una relación análoga a la filiación legítima. Cesare Rupert[1136], por su parte, considera que es un acto jurídico dirigido a crear un vínculo de filiación artificial, independiente del hecho natural de la procreación. Es un medio para establecer la filiación, una filiación sin procreación.

En nuestro medio, Cornejo Chávez[1137] la define como un acto voluntario que sanciona una ficción consistente en reputar padre e hijo a quienes no lo son, solemne al exigir la intervención del Estado a través de un funcionario público produciendo efectos análogos a los de la relación consanguínea paterno-filial. Según Plácido Vilcachagua[1138] la adopción es un acto jurídico por el cual se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza, adquiriendo el adoptado la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

El Código precisa una definición: "Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea" (art. 377). Dicha definición legal tenemos que concordarla con aquella contenida en el artículo 115 del CNA que establece que: "La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea".

(1131) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. Ob. cit., pp. 330 y 392.
(1132) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 416.
(1133) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. Ob. cit., p. 369.
(1134) BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 309.
(1135) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia. Ob. cit., pp. 88 y 89.
(1136) RUPERTO, Cesare: (voz) "Adozione (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, pp. 584-585.
(1137) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1999, p. 396.
(1138) PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 296.

Consideramos que la adopción es una institución tutelar de Derecho de familia que implica la celebración de un acto jurídico familiar en virtud del cual se busca establecer una relación parental paterno-filial entre dos personas que no tienen vinculación consanguínea. El contenido y los efectos de dicha relación filial adoptiva viene establecido por el ordenamiento jurídico. De esta manera, la ley crea una relación filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo) con todos los derechos que como hijo le corresponden (nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos).

La adopción es fuente de parentesco. El adoptado no deja de pertenecer por completo a su familia consanguínea, quedan residuos de ella (básicamente para los impedimentos matrimoniales), pero pasa a entroncarse en la familia del adoptante, esto implica el establecimiento de una filiación legal, de allí que se le conozca también como filiación por asimilación. Es así como en esta institución, el presupuesto necesario para que surja el vínculo jurídico no se encuentra en la naturaleza sino en la ley. Se disocia, en otras palabras, el presupuesto biológico de la filiación para atribuir el vínculo jurídico.

VII. NATURALEZA JURÍDICA

Existen en doctrina diversas teorías que buscan explicar la razón de ser de la adopción. Entre ellas encontramos las siguientes:

8. Teoría contractualista

Esta tesis es presentada por la doctrina gala durante el siglo XIX y parte del XX.

Planiol y Ripert, Baudry-Lancantinerie, Josserand y Zachariae, entre otros, parten del acuerdo de voluntades para que la adopción tenga vida jurídica. Esta, al parecer, era la posición del *Code* donde concurrían los requisitos esenciales de los contratos como son el consentimiento, objeto y causa, por tal motivo la adopción debía ser un contrato. En los países cuya legislación exige para la adopción no solo la voluntad del adoptante sino también el consentimiento del adoptado, si es mayor de cierta edad o de sus representantes legales si es menor, se divulgó fuertemente esta teoría.

Esta tesis se apoya en el acuerdo de voluntades entre adoptante y adoptado a fin de que pueda surgir entre ellos la relación jurídica paterno-materno-filial adoptiva. Es privatista y afirma que la adopción es perfecta y eficaz entre las partes con el solo consenso, considerando el reconocimiento judicial solo como una formalidad necesaria para la eficacia respecto de terceros o, incluso, como un simple control extrínseco necesario para consagrar los vínculos que surgen del acto.

Un sector de esta doctrina considera al acto de adopción como un contrato sujeto a condición considerando la eficacia de ella suspendida hasta la resolución de homologación del Tribunal declarando fundada la demanda de adopción.

Cesare Ruperto[1139] menciona que la concepción contractualista de la institución encontró un obstáculo insalvable en una disposición legal que concedía tanto al adoptante como al adoptado la facultad de revocar, hasta el pronunciamiento de la resolución, su consentimiento demostrando la inidoneidad del vínculo jurídico entre las mismas partes.

Algunos consideran, tanto al consenso de las partes como a la aceptación u homologación del Tribunal, como elementos igualmente decisivos para la perfección del acto de adopción y la doctrina dominante se orientó en el sentido que el momento del perfeccionamiento de la adopción debía ser el momento de la resolución de homologación o aceptación de la solicitud por el Tribunal. *Contrario sensu*, hubo quien, impulsado por las nuevas ideas sobre la autonomía del Derecho familiar en el seno del Derecho privado, consideró a la sentencia del Tribunal como el acto constitutivo de la adopción, degradando al consenso de las partes al papel de presupuesto de aquel.

Gomes[1140] considera que se trata de un negocio jurídico contractual – contrato que establece entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad.

Dado el carácter exclusivamente patrimonial que tiene la figura contractual, la adopción en nuestro medio no puede ser considerada como tal al tener y contener tanto de patrimonial como de extrapatrimonial. El contenido de la relación jurídica adoptiva y sus efectos son determinados por la ley, no por la autonomía de la voluntad que dio origen al acto jurídico de adopción.

9. Teoría del acto jurídico familiar

Esta teoría considera a la adopción como un acto jurídico creador de una relación jurídica filial entre adoptante y adoptado en virtud de la cual surgen derechos, deberes, obligaciones y facultades *inter partes*. La adopción es un acto jurídico en sentido estricto, de naturaleza compleja, pues depende de la decisión judicial para producir efectos[1141].

Castán, Colin et Capitant y Demolombe opinan que la adopción envuelve un gran acto jurídico, y no un simple acuerdo de voluntades, que se concreta en la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir

(1139) RUPERTO, Cesare: (voz) "Adozione (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, p. 589.
(1140) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. Ob. cit., p. 373.
(1141) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 248.

efectos jurídicos: crear el parentesco civil produciendo relaciones análogas a las que resultan de la filiación.

Esta tesis considera a la adopción como un acto jurídico familiar especie dentro del acto jurídico general. Sin embargo, hay que precisar que como en todo acto jurídico familiar, la autonomía de la voluntad se encuentra restringida frente a las normas de orden público que brindan contenido y efectos jurídicos a las relaciones creadas a partir de tal manifestación de voluntad. La voluntad en el acto jurídico adoptivo encuentra restricciones que, generalmente, no deberían encontrar si la naturaleza de la adopción fuera contractual.

La adopción es el acto voluntario, lícito que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de filiación adoptiva. Es un acto jurídico complejo Gomes[1142], se inicia con el acuerdo de voluntades y se perfecciona con la homologación (judicial, notarial o administrativa).

Como acto complejo, la adopción requiere de tres elementos para su constitución:

a) La voluntad del adoptante y en su caso del consentimiento del adoptando;

b) El cumplimiento de los requisitos legales de consentimiento de los padres biológicos, el estado de abandono o la privación de la patria potestad, guarda previa o estado de hijos del cónyuge, y;

c) La intervención del órgano jurisdiccional, administrativo o notarial que implica el control de legalidad, oportunidad y conveniencia, ejercido por el juez, administrador o notario.

10. Teoría de la institución de Derecho de familia

Esta teoría considera a la adopción como una institución de Derecho de familia.

Hauriou, Renard y Ferri afirman que la adopción es una institución jurídica al constituir un conjunto de normas tendientes a reglamentar la filiación adoptiva. Una institución cuya esencia es su carácter tutelar y tuitivo.

En la adopción no hay especulaciones, cálculos o beneficios. Adoptante y adoptado no se encuentran en una relación de igualdad, por el contrario, entre ambos existe un consorcio, ya que sus intereses son coincidentes y no opuestos; existe entre ellos una comunión, no una concurrencia; lejos de desenvolverse en un plano de igualdad, sus relaciones están basadas en la jerarquía y la disciplina; sus derechos y obligaciones no están fijados por la voluntad de las partes, sino que surgen de la ley.

(1142) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. Ob. cit., p. 342.

La doctrina moderna considera a la adopción principalmente como una institución de Derecho de familia resaltando su carácter tuitivo y, asimismo, como un acto jurídico familiar, resaltando su origen en la autonomía de la voluntad, pero restringida por principios y normas de orden público y de carácter imperativo que delimitan el contenido y efectos jurídicos de la adopción.

11. Teoría del estado

La adopción no se agota en el acto jurídico complejo de su otorgamiento sino que constituye un estado.

Como estado es un régimen legal al cual los padres adoptantes y los hijos adoptados se someten y sumergen en las consecuencias del acto jurídico. Este emplazamiento en la filiación adoptiva variará en sus efectos de acuerdo a si se trata de una adopción simple o de una adopción plena, como así también si se trata de una adopción de mayor de edad, de menor de edad o de personas por nacer.

12. Teoría del proceso

La adopción como proceso es el conjunto de actos procesales que tienen por fin el dictado de una sentencia o resolución de adopción.

Esta teoría prevalece frente a las diferentes vías a partir de las cuales se puede llevar a cabo la adopción, por ejemplo, la judicial, administrativa, notarial, etc.

La adopción vendría a ser un conjunto de pasos o mecanismos que nos llevan hacia la finalidad de establecer o constituir el estado de familia adoptivo.

VIII. FINES

Desde sus orígenes con inspiración religiosa, a fin de continuar el culto, hasta el día de hoy, la adopción se presenta como una institución que busca otorgar familia a quien no la tiene. El carácter religioso se substituye por la necesidad de satisfacer el instinto paternal o cumplir las exigencias del sentimiento de la solidaridad humana[1143].

Las principales finalidades de la adopción son las siguientes:

a) Brindar protección a la niñez abandonada. La finalidad tuitiva es hoy en día la que más se tiene en cuenta, por ello el interés superior del menor es el norte que guía las decisiones en la materia[1144]. Buscar una solución a fin de brindar tutela y protección al niño o adolescente en situación de

(1143) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. Ob. cit., pp. 330 y 341.
(1144) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., 2001, p. 475.

abandono, sin familia acogiéndolos e integrándolos en una familia, la denominada familia sustituta[1145].

b) Dar hijos a quienes no los tienen. La satisfacción del legítimo y humano anhelo de la paternidad es otro de los fines que orienta el instituto de la adopción. Tradicionalmente esta finalidad era la principal. El adoptante era el centro y mira de la adopción lo cual ha variado. La finalidad de brindar descendencia a quien no la tiene o a quien no puede tenerla no tiene la trascendencia que antes tenía, pero sigue estando presente y tomándose en cuenta en los diversos procesos de adopción.

c) Integrar a la familia. Otro de los objetivos tenidos en cuenta al legislar sobre adopción es el de integrar a la familia y es por ello que se permite la adopción del hijo del cónyuge o del conviviente en condiciones especiales. A este tipo de adopciones se las denomina adopción por integración, integrativa o integrante.

d) Legitimar una situación de hecho. La legitimación de la situación de hecho es el fin que ha llevado al legislador a aceptar la adopción de mayores cuando durante la minoridad se recibió trato de hijo adoptivo sin llegar a concretarse la adopción. Esta finalidad toma en cuenta la denominada posesión constante de estado, el elemento fáctico de toda relación de familia.

e) Impedir el descarte de embriones o permitir la vida de los embriones supernumerarios. Dentro de los fines más modernos de la adopción tenemos el de evitar el descarte o muerte de los embriones supernumerarios obtenidos mediante las técnicas de fecundación asistida, así como el supuesto de orfandad o abandono de los embriones.

Como se ha referido, en un primer momento la finalidad de la adopción estaba centrada en el adoptante, priorizando la oportunidad de permitirle una descendencia. Con el tiempo dicha finalidad pasó a un segundo plano, convirtiéndose en una institución tutelar centrada en el adoptado. Actualmente, la institución de la adopción busca la protección y tutela de la persona y bienes de un sujeto a partir de la constitución de un estado de familia adoptivo con otra persona. Los niños abandonados y desvalidos se colocan como sujetos preferentes en esta institución tutelar. Su fin actual es brindar al adoptando la posibilidad de crecer en un ámbito familiar que sustituya al biológico, insertándolo en una familia basada en una unión estable. El menor adoptado ocupa el centro de la principal finalidad de la adopción, rol puerocéntrico.

(1145) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. Ob. cit., p. 387.

En el Derecho moderno, las finalidades de la institución son a decir de Ruperto[1146]:

- Proveer a quien no tiene prole de un remedio benigno para colocar los propios afectos familiares y asegurar la continuidad del matrimonio, y;
- Garantizar a los menores una asistencia idónea.

En aquellos países en los cuales la adopción representa el único medio para crear un vínculo estable entre el menor necesitado y su benefactor, prevalece la finalidad asistencial y publicista de la institución. Mientras que en los ordenamientos jurídicos donde se prevé otros medios, la adopción tiene una finalidad principalmente privatista, dirigida a ofrecer un remedio a quien no tiene prole o descendencia[1147].

IX. CARACTERÍSTICAS

La adopción posee características sui géneris.

13. Acto jurídico

Es un acto de voluntad del adoptante donde deja de manifiesto su intención de llevar acabo el procedimiento de adopción y la aceptación del adoptado (en la medida de su edad). El consentimiento termina siendo clave en la adopción. Esta no puede ser impuesta, consiente uno y el otro, aquellos que participan como sus actores.

Como acto jurídico familiar, la autonomía de la voluntad queda delimitada y restringida por las normas de orden público y de carácter imperativo que regulan el contenido y los efectos jurídicos de las relaciones jurídicas familiares.

14. Acto tutelar

Con la evolución de la adopción se verificó que desempeñaba un papel de innegable importancia, un instituto filantrópico, de carácter acentuadamente humanitario porque a través de ella se socorren a los menores desamparados[1148]. Los ordenamientos jurídicos al contemplar la institución de la adopción le brindan un tratamiento eminentemente tuitivo, tutelar, protector. Constituye en un mecanismo jurídico que, como ya se mencionó al determinar sus finalidades, busca la tutela y el cuidado de la persona del adoptado a fin de que ingrese a un círculo

(1146) RUPERTO, Cesare: (voz) "Adozione (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I, Milano, Giuffré Editore, 1958-2004, p. 585.
(1147) Ídem.
(1148) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 475.

familiar adecuado para la satisfacción de sus necesidades, su desarrollo y el logro de sus objetivos.

De esta característica se desprende que la adopción tiene como centro al adoptado y el privilegio de los intereses.

15. Es fuente de vínculos parentales y paterno-filiares semejantes a los que provienen del parentesco y la filiación consanguínea

La adopción es fuente de parentesco por mandato de la ley (art. 238), siendo un medio para la filiación(1149).

El efecto que produce la adopción es la creación de un parentesco que tiene como fuente la ley, posee caracteres especiales y está limitado a los requerimientos de la institución.

Los ordenamientos jurídicos en su gran mayoría buscan asimilar la filiación adoptiva a la filiación consanguínea en cuanto a sus efectos jurídicos, a fin de que el hijo adoptivo sea jurídicamente tan hijo de su padre o madre adoptivos como lo es el hijo biológico.

Su semejanza deriva en que el adoptado toma el apellido de su adoptante, adquiere el derecho de suceder y asume un derecho alimentario.

Uno de los caracteres que se ha mantenido estable durante el correr de los siglos es el hecho de que la adopción crea un vínculo de filiación entre dos personas que no se encuentran unidas biológicamente, situación que desplaza, y –por qué no decirlo– trasciende a los demás miembros de la familia. Esto implica que exista, a su vez, una equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos, lo que es una verdadera desbiologización de la paternidad(1150), lo que se resume en que todos los hijos tienen iguales derechos.

16. Acto de naturaleza emplazatoria-desplazatoria del estado de familia paterno-materno-filial

La adopción supone el desplazamiento del estado de familia paterno-materno filial que existía entre el adoptado y su padre o madre consanguínea a fin de lograr el emplazamiento de un *novo* estado de familia, que surge por mandato de la ley.

El emplazamiento del estado de familia adoptivo es espontáneo. Se realiza por medio de la voluntad del adoptante y la opinión y/o manifestación de voluntad

(1149) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 247.

(1150) La equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos es parte de la *teoría de la desbiologización de la paternidad*. Vide THEODORO JUNIOR, Humberto. "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil". En: *Revista dos tribunais*. Vol. 662, año 79, Ed. Revista dos tribunais, São Paulo, diciembre de 1990, p. 14.

del adoptado. Caso contrario, dicho emplazamiento se realizará por voluntad ajena exclusiva del adoptante si cumple con todos los trámites y actos que implica el proceso de adopción.

17. Solemne

La adopción es un acto jurídico *ad solemnitatem* debiendo ser realizado bajo la forma que la ley prescribe, bajo sanción de nulidad.

La ley somete la validez del acto jurídico al cumplimiento de determinada formalidad. Así, la adopción está revestida de una formalidad especial de carácter legal en virtud de la cual su validez está supeditada al cumplimiento de la forma.

18. Constitutivo de estado

La adopción como acto jurídico solemne tiene efectos jurídicos constitutivos en el sentido que, recién con el cumplimiento del procedimiento, trámites y formalidades, podrá surgir la filiación adoptiva y el emplazamiento del estado de familia correspondiente. El establecimiento de la filiación vía adopción tiene efectos *ex nunc* desde el momento que se dicta la sentencia en mérito a su calidad de acto constitutivo.

19. Personalísimo

La adopción es un acto personalísimo e indelegable por lo que el consentimiento ha de ser expresado en forma personal y directa. Sus efectos recaen directamente en la persona del adoptado y del adoptante.

20. Multilateral

Es de carácter multilateral al ser varios los que participan en la relación jurídica por lo que resulta del necesario concurso de voluntades para que la misma se perfeccione. La razón es lograr la equiparación máxima de la filiación civil con la biológica.

En la adopción intervienen:

- El o los adoptantes
- El adoptado, si es mayor de 10 años, con su asentimiento
- Los padres, tutores o guardadores
- Juez
- Fiscal
- Especialistas, asistente social

21. Irrevocable

La naturaleza y finalidad de la adopción establecen que la irrevocabilidad se presente como una de sus principales característica buscando equiparar la filiación adoptiva a la consanguínea (art. 380). El límite a la irrevocabilidad de la adopción está dirigida al adoptante, sin embargo para el adoptado se contempla el supuesto en el que puede solicitar la cesación de los efectos de la adopción (art. 385).

Siendo el adoptante una persona capaz de ejercicio, hábil para la celebración de actos jurídicos válidos, la ley no quiere permitirle que por sí y ante sí, por un simple acto de voluntad (que es, en realidad, en lo que consiste la revocación), altere o dé por terminada una relación paterno-filial que él mismo quiso libremente crear, quitando firmeza y estabilidad al estatus de hijo. El vínculo jurídico familiar creado por la adopción es definitivo, salvo eventual nulidad que lo afectara. Y es de esta manera como se robustece y consolida la institución de la adopción, ya que a través de ella formamos, creamos y (re)constituimos una familia.

Admitir la revocabilidad de la adopción introduciría la inquietante y perjudicial perspectiva de que quien hoy es, en su íntima convicción y en la de los demás, auténticamente hijo se vea privado en el futuro de tal estado de familia. La revocación de la adopción importaría tanto como desplazar el estado de familia sin atribuir, o restituir, como efecto del desplazamiento, un nuevo estado, lo cual no puede admitirse jurídicamente.

No existe uniformidad en la doctrina ni en el Derecho comparado acerca de la revocación, en algunas se admite plenamente, en otras se admite de manera restringida, en otras se prohíbe de manera tajante, mientras que en otras ni siquiera se menciona el tema.

22. Puro

La adopción es un acto jurídico familiar que constituye un estado de familia de orden filial. Se presenta como un acto puro, simple, incondicional no pudiendo hacerse bajo modalidad (art. 381), plazo o cargo para que surta efecto. Aquel acto que esté sujeto a condición es nulo.

23. Acto regido por normas de orden público

El orden público es el conjunto de principios fundamentales de vida social instituidos en una comunidad jurídica las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos. Es un límite a la autonomía de la voluntad. Es un conjunto de reglas o normas que no pueden ser dejadas de lado por decisión de parte.

En la adopción, la autonomía de la voluntad se encuentra restringida, limitada, a normas de carácter imperativo y de orden público. Por tanto, a pesar de que el origen de la adopción se encuentra en la autonomía de la voluntad por lo menos

del adoptante, el proceso de adopción, el surgimiento del parentesco y el estado de familia paterno-materno filial adoptivo no puede llevarse a cabo de acuerdo a dicha voluntad, sino que esta debe someterse a lo que el ordenamiento jurídico establece para esos efectos

24. Constituye impedimento matrimonial

La adopción constituye un impedimento matrimonial que afecta a la aptitud o capacidad nupcial de los contrayentes.

El Código indica que no pueden contraer matrimonio entre sí el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados previamente para la consanguinidad y la afinidad (art. 242, inc. 5); asimismo, el adoptado con su familia biológica, a mérito de lo cual la partida original conserva vigencia solo para el efecto de los impedimentos matrimoniales (art. 379). El fundamento de este impedimento es ético-social. Se basa en el hecho de que la adopción genera una relación familiar llamada civil que para efectos legales es igual a la relación fundada por el vínculo de sangre.

Dicho impedimento matrimonial permanece mientras se encuentre vigente la adopción, desapareciendo este impedimento al devenir en ineficaz la adopción en virtud de la cual aquel se generó.

25. Multiplicidad

El adoptante puede adoptar cuantos hijos quiera y, sobre todo pueda mantener, lo cual queda al arbitrio del juez, lo que no sucedía en Roma, *non debet qui plures adoptare nisi ex justa causa* (1151).

X. REQUISITOS

Como institución tutelar, la adopción requiere de condiciones típicas para su eficacia.

La validez de este acto jurídico familiar exige el cumplimiento de ciertos requisitos especiales e indispensables que se encuentran establecidos por la ley. Estos requerimientos para realizar la adopción vienen a ser los elementos necesarios que deben cumplirse a efectos de crear el vínculo legal y el origen jurídico de este tipo de filiación. Como tales, estos requisitos están en concordancia con los principales fines de la adopción como son su rol protector o tuitivo de la niñez abandonada, su finalidad constitutiva de filiación y legitimadora de una situación de hecho.

Con estas consideraciones, el Código establece los siguientes requisitos para la adopción (art. 378):

(1151) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 488.

26. Que el adoptante goce de solvencia moral

La adopción busca proveer al adoptado de un clima familiar adecuado a su formación por la existencia de los indispensables valores éticos, es por ello que se evita la adopción de personas dedicadas a la delincuencia, vicio o vagancia(1152).

Este requisito no es tan sencillo de probar. No bastan los certificados de antecedentes penales, judiciales o de buena conducta. Lo que se trata es de demostrar que la vida del futuro adoptante ha sido adecuada y que puede ofrecer al adoptado la esencia y trascendencia de las relaciones humanas. Y es que la adopción procura la formación de seres humanos que sean útiles para sí y para los demás. El adoptado debe recibir una formación moral, la que se enseña con palabras y, básicamente, con el ejemplo vivo y constante.

Este requisito es una herramienta del juzgador para denegar el pedido de adopción de un menor cuando considere que el o los adoptantes no son idóneos para asumir el rol de padres.

Esta norma está en relación con el artículo 11 del D.S. Nº 10-2005, MIMDES(1153) referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono cuando refiere que para ser aceptado como adoptante los solicitantes deben tener las siguientes aptitudes: "(...) d) Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal, y; e) Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia niñas, niños y adolescentes".

27. Que la edad del adoptante sea, por lo menos, igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar

27.1. Fórmula cronológica

La fórmula utilizada por el Código es algo confusa y pudo, por cierto, haber sido más directa en su redacción. Por ejemplo: establecer que entre el adoptante y el adoptado debe haber al menos 18 años de diferencia en la edad (tal como establece en el Código Civil de Québec). Pero se prefirió la indicada en el texto de la norma para no tener que cambiar el artículo cuando se modifique la edad para adquirir la mayoría (como ocurrió luego)(1154). Algunas legislaciones no establecen esta ecuación y solo limitan la edad en relación a la falta de procreación. Donde sí existe coincidencia en el Derecho comparado es en establecer una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado.

En el Derecho español, la edad entre adoptante y adoptado debe diferenciarse en 14 años, situación similar en Puerto Rico y en Ecuador. El Código chileno

(1152) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 414.
(1153) Reglamento de la Ley Nº 26981.
(1154) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 416.

requiere una diferencia de 15 años (y 20 para la adopción plena) y en el sistema Federal de México es de 17 años, así también en Portugal. Una cosa curiosa es la contenida en Código de Venezuela que establece que el adoptante, si es varón, ha de tener por lo menos 18 años más que el adoptado, y 15 si es hembra (art. 246). Por su parte, el Código de Brasil establece que el adoptante tiene que ser, por lo menos, 16 años más viejo que el adoptado (art. 1619).

27.2. Edad mínima

Si bien el Código no establece una edad mínima para adoptar, tampoco podemos decir que basta ser capaz para ello. Por ejemplo, un menor edad de 16 años casado si bien es capaz no podría adoptar en razón que entrambos, adoptante y adoptado, debe haber una diferencia mínima de 18 años. Es más, si queremos ser exigentemente kelsenianos, el adoptante más joven deberá tener 18 años y días (o semanas) tomando como referencia que el adoptado sea un recién nacido.

Hay legislaciones que ponen una edad mínima, caso de nuestro Código del 36 que establecía 50 años. El Código español y el chileno requiere ser mayor de 25 años, el Código de familia boliviano pide 40 años, en la misma línea el Código civil de Venezuela, mientras que en Argentina se requiere los 30 años así como también en Ecuador y en Italia. Algunas legislaciones como la de Portugal determinan la edad del adoptante en base a su estado civil, es decir si es casado (25 años) y si es soltero (50 años).

27.3. Edad máxima

El Código no estipula una edad máxima solo una mínima, situación que si es contemplada en el Código chileno que establece que el adoptado tiene que ser menor de 60 años. Téngase en cuenta que no puede permitirse que los adoptantes aparenten físicamente ser abuelos, esto queda al criterio discrecional del juez(1155) o del funcionario que autoriza la adopción tomando en cuenta que pueda y deba cumplir con su función de padre. Así como podría ser inconveniente una corta diferencia de edad, también podría serlo una excesiva diferencia, la amplia brecha generacional existente entre ambos. Si el adoptante fuera una persona de elevada edad se correría el riesgo que a una corta edad del menor su madre o padre adoptivo falleciera(1156).

Como hemos visto, las leyes hacen referencia a la edad mínima del padre adoptante y a la diferencia de edad entre hijo adoptado y padre adoptante; algunas de ellas indican también una edad máxima del padre adoptante, con el fin de

(1155) Cuando existe un vínculo afectivo entre el menor y los futuros padres adoptantes la adopción es procedente, a pesar de que estos sean adultos mayores. Exp. Nº 353-2010-0-021-JR-FC-01- Juzgado de Familia Transitorio. Legajo de sentencias del Juzgado de Familia de Huaraz.|

(1156) MEDINA, Graciela. *La adopción*. Ob. cit., p. 105.

obedecer las pautas naturales que contribuyan al establecimiento y continuidad de una relación paterno filial(1157).

27.4. *Adoptio naturam imitatur*

Adoptio naturam imitatur, et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater(1158). La adopción imita a la naturaleza, es cosa monstruosa que el hijo sea mayor que el padre.

Mediante esta institución buscamos imitar a la naturaleza (*adopti enim naturam imitatur*) hacer semejante el hecho fáctico que relaciona al padre con el hijo, *maiorem natu a minore adoptari non posse*.

La adopción debe generar un vínculo familiar que parezca lo más posible al biológico, una apariencia física, como dice Pontes de Miranda(1159), una ilusión de paternidad o maternidad. Esta ficción tiene sus reglas que son los trazos de verdad: *Fictio important veritatem*; para que ella sea posible es preciso que el hecho sea verdadero: *Ubi non potest cadere veritas, ibi fictio non cadit*(1160) (donde no es posible admitir la verdad, tampoco es posible admitir la ficción).

Se puede ser padre a partir de cierta edad y resultaría antinatural que el hijo sea mayor que su propio padre. Ordinariamente no se es padre o madre antes de cierta edad, lo que significa que entre el progenitor y procreado hay una cierta diferencia de años por lo menos(1161), una diferencia de edad por el intervalo de una generación(1162), esta diferencia de edad representa las condiciones temporales mínimas que se dan, normalmente, entre padre e hijo(1163).

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico y la excepción a esta regla es la adopción. Por esta razón la ley impone condiciones que, de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica. La diferencia de edad que exige la ley es necesaria para proteger la esencia misma de la institución cual es la creación de lazos de filiación entre adoptante y adoptado, los que difícilmente surgirían sin la diferencia de edad. Asimismo, se busca lograr la aptitud dialéctica paterno-filial que no puede ni debe confundirse con la fraternal. La patria potestad encuentra en la diferencia de edad entre padre e hijo, impuesta en lo biológico por la naturaleza misma, las posibilidades de ejercerse con madurez afectiva y humana(1164).

(1157) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. *La Adopción*. Ob. cit., p. 135.
(1158) Institutiones 1.11
(1159) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 224.
(1160) Ibídem, pp. 224 y 225.
(1161) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 415.
(1162) GOMES, Orlando. *Direito de familia*. Ob. cit., p. 372.
(1163) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 252.
(1164) BOSSERT, Gustavo. A. y ZANNONI, Eduardo. A. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 498.

La jurisprudencia argentina ha llegado a determinar que "la pronunciada diferencia de edad entre adoptante y adoptado (en el caso, 53 años y 3 años y medio) es, en principio, inconveniente para conceder la adopción. Sin embargo, habiéndose demostrado que la aspirante a la adopción trata a la menor con todo cariño y demás circunstancias del caso, procede acordarla"(1165).

Téngase en cuenta que el artículo 11 literal g del DS. Nº 10-2005, MIMDES (23/11/2005) que es el reglamento de la Ley Nº 26981 (31/10/1998) referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono refiere que para ser aceptado como adoptante la edad de los solicitantes debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada de la niña, niño o adolescente sujeto a adopción. Como puede apreciarse para las adopciones tramitadas vía administrativa no se requeriría la diferencia de 18 años para adoptar.

Si analizamos la norma la adopción de mayores de edad está permitida siempre que exista o se cumpla con la ecuación cronológica establecida. Situación distinta sucede en otros países, en los que sus Código civiles limitan la adopción de un mayor de edad. Tal el es caso del Código de Québec que indica "Ningún mayor de edad podrá ser adoptado, excepto por las personas que estuvieron en posesión de estado de padres cuando este era un menor. No obstante, la corte podrá dispensar este requisito en interés de la persona a ser adoptada" (art. 545).

27.5. Excepciones a la fórmula cronológica

La fórmula cronológica tiene excepciones en la legislación comparada, algunos países como Canadá, Portugal, Quebec han suprimido la diferencia de edad. En otros países se consideran las siguientes causas especiales, conocidas como los procesos de reestructuración de la adopción:

- *Adopción de ancianos*

  Actualmente, y a efectos de proteger a las personas de la tercera edad y encontrarles una familia, se viene fomentando la adopción de personas que son mayores que sus adoptantes, tal es el caso de los jubilados, ancianos, pensionistas. En esta corriente se encuentra, por citar, en la ley catalana que regula la adopción de mayores, aprobada el 29 de diciembre de 2000(1166).

  La razón de esta adopción particular es que los niños abandonados no son los únicos que podrían ser tutelados a partir de la adopción, sino que los ancianos pueden constituirse en un grupo susceptible de ser protegido a

(1165) 1ª Inst. Civ. De Capital Federal, Juzg. 23, firme, 30/10/1959, E.D. 6-324.
(1166) "Una familia de Tarragona, la primera en adoptar ancianos". En: Diario *El periódico de Cataluña*, 27/07/2001.

partir de la institución de la adopción. Este supuesto nos lleva a pensar en la familia geriátrica.

La situación está en aclarar en calidad de qué adopto. Sin duda que lo hago en calidad de hijo o de nieto, tomando en cuenta que a quien adopto me supera en edad. En estos casos el consentimiento es esencial y obligatorio y, de ser, incapaz el adoptado se requiera la opinión del Consejo de familia, ello con la finalidad de evitar la caza de adoptados mayores de edad con el afán de tomar su fortuna.

- *Adopción de embriones*

Es el caso de la adopción del concebido o como se conoce *filiación por dación prenatal.*

Es un tema de palpitante interés, sobre todo tomando en cuenta los avances de las técnicas de reproducción. Para el caso de la adopción del concebido, el Código no lo prohíbe, por tanto sería admisible. Casos expresos y específicos de normación sobre este tema lo teníamos en el Código de Brasil de 1916, hoy derogado, que indicaba en su artículo 372 que no se puede adoptar sin el consentimiento del adoptado o de su representante si es incapaz o concebido, lo que implica una permisión expresa; el actual Código brasilero (2001) no trata expresamente la materia, pero sería permisible de acuerdo al artículo 1621 que menciona que para la adopción se requiere el consentimiento de los padres o representantes.

A la fecha es muy común que se adopten embriones fertilizados *in vitro* para evitar su muerte(1167). Es más, existen instituciones como *Snowflakes Embryo Adoption Program* que promueven este tipo de adopciones. Uno de los fines de esta adopción es impedir el descarte o salvar la vida de embriones supernumerarios, lo cual requiere ser reglamentado(1168). Francia ha permitido este tipo de adopción a través de sus leyes de bioética que reformularon el *Code* (art. 152-4, 5, L. 654, 1994), en España los embriones pueden ser donados (art. 5, L. 14, 2006), mientras que, con criterio dispar, en Colombia se prohíbe la adopción del hijo por nacer.

En Brasil, para Lôbo(1169), no está permitida, y citando a Antonio Cháves, indica que es un contrasentido desde el punto de vista humano y legal; nadie debería estar facultado a adoptar a una criatura que no nació, que no sabe si va a nacer con vida, ni cuál será su salud; desde el punto de

(1167) ACI, Washington DC, 17/07/2001 "Familias adoptivas de embriones confirman que vida comienza en fertilización".
(1168) MEDINA, Graciela. *La adopción*. Ob. cit., pp. 15 y 16.
(1169) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 248.

vista jurídico es contrario al principio de seguridad y estabilidad que debe presidir las relaciones humanas.

Por nuestra parte creemos que la adopción del concebido es factible en base a al teoría de los efectos favorables.

- *Adopción del hijo del cónyuge supérstite*

  Si se produce la muerte del adoptante, el hijo adoptivo puede ser adoptado por el cónyuge supérstite siempre que cuente con la diferencia de edad, en todo caso podría hacerse una excepción en la base a la promoción de la relación filial a entroncarse. Esto con la finalidad de formalizar las relaciones familiares, permitir la trascendencia de estas y hacer permanecer en el futuro las relaciones con el adoptado y evitar que pase a ser un extraño si, en los hechos, vive una relación paterna o materna que importa ser mantenida(1170).

- *Adopción del pariente consanguíneo*

  Como lo indica el Código chileno, los requisitos de edad y diferencia de edad con el menor no serán exigibles cuando medie entre el adoptante y el adoptado un vínculo de consanguinidad, la regla es lógica, pues siendo la adopción una institución de protección y cautela debe darse un mayor sustento y facilidad en su realización cuando la adopción se realice entre parientes

28. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge

Es la denominada adopción unipersonal de persona casada.

La regla es que adopten parejas, *uno actus*. En nuestro medio se trata de parejas casadas, y es que la adopción bipersonal está limitada únicamente para los cónyuges y, no así a los convivientes lo cual consideramos se trata de un criterio sesgado, discriminatorio en razón que, finalmente, son pareja y la adopción es pensada in *favor filii*. Consideramos que la viabilidad de la adopción de parejas convivientes queda a criterio discrecional del juez.

Este requisito está referido a una adopción unipersonal solicitada por un adoptante casado. La adopción no solo significa el ingreso en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante *Adoptio est actus legitimus, quo extranei tamquam liberi in familiam assumuntur* (Adopción es el acto legítimo por el cual extraños son recibidos como hijos). También implica un desmedro en los derechos y la expectativa hereditaria de dicho cónyuge lo que por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza no quiere la ley que ocurra sin el consentimiento del afectado(1171).

(1170) BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. Ob. cit., p. 499.
(1171) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 416.

Este requisito permite que uno solo de los cónyuges sea el adoptante, *i.e.* figuraría como el único padre o madre (homoparentalidad) en tanto que el otro cónyuge no tendrá ningún tipo de relación paterno filial con el adoptado, una suerte de hijo extramatrimonial del adoptante e hijo afín del cónyuge del adoptante. El principio general que establece la norma supone que la adopción no es realizada por ambos cónyuges sino por uno solo de ellos, requiriéndose el asentimiento del otro. Diniz[1172], explicando el sistema brasilero, indica que la adopción hecha por un casado presupone, expresa o tácitamente, el consenso de ambos, situación distinta a la que se da en nuestro medio.

En el macro de una relación conyugal, la adopción por uno solo de los cónyuges (adopción unipersonal de persona casada) no es la regla sino la excepción. Esta solo se dará en aquellos casos en los cuales la unión conyugal se encuentre desgastada, desquiciada o haya sobrevenido una separación de cuerpos. Y es, en este sentido, que siendo el matrimonio un compartirse –entregarse, darse mutuamente– la adopción implica, también, una situación que debe ser asumida de manera conjunta por ambos, marido y mujer. Si uno de ellos no quiere asumir la paternidad no puede negarse a que el otro lo haga si está decidido, de allí que se establece la salvedad del asentimiento. Esta situación no es uniforme en el Derecho comparado ya que, por ejemplo en Chile, España y Portugal se requiere el consentimiento del cónyuge, con algunas excepciones.

La adopción unipersonal realizada por uno de los cónyuges es una situación anómala. Se admite la adopción por el *padre* o la *madre*, separadamente, respecto de quien el adoptado será reputado hijo, hijo de uno de ellos y extraño con respecto del otro, en todo caso siguiendo la tesis de la familia ensamblada nacería una surte de parentesco afín entre el hijo adoptivo y el cónyuge que no participó en la adopción, como hemos mencionado. A nivel legal el problema resulta incomprensible y, evidentemente, aparecen neutralizados los fines de la institución amén de los perjuicios que esta adopción unilateral puede acarrear al menor. Recordemos que, como hijo, ha sido negado por el cónyuge no adoptante sin perjuicio del asentimiento que prestó para que el otro pudiese, así, obtener la adopción.

La legislación de adopción argentina prohíbe la adopción unilateral de uno de los cónyuges, en el sentido que *las personas casadas solo podrán adoptar si lo hacen en conjuntamente*. Téngase presente que en algunos casos el asentimiento del otro cónyuge no ha de ser necesario, en los casos de separación judicial de cuerpos o ausencia.

Debiéramos preguntarnos si resulta excesivo este requisito, el cual solo debiera pedirse si el hijo adoptivo fuera a vivir a la casa conyugal y tenerse en consideración la eventual merma de las expectativas hereditarias o alimentarias del

(1172) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 428.

otro cónyuge ya que esta se puede dar por otros casos, como es el del reconocimiento de hijos extramatrimoniales(1173), acto para el cual no se requiere el asentimiento del cónyuge. Sin embargo, esta asimilación de la adopción al reconocimiento nos hace reflexionar que para la segunda no se requiere el asentimiento del cónyuge al tratarse de un acto de ciencia (se que soy el padre y lo declaro como tal). En el caso de la adopción se trata de un acto de voluntad (quiero ser padre y lo constituyo como tal) de allí la importancia de la decisión del cónyuge del adoptante. Si la adopción sustituye la filiación de origen, consanguínea, esa sustitución debe alentarse cuando el adoptado se integre como hijo en un ámbito familiar con *viabilidad sustitutiva*.

29. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años

Flius consetire debet.

Este es un requisito por demás esencial y común en el Derecho comparado. Confiere al menor de edad, mayor de 10 años, la capacidad de ejercer un derecho tan inherente como es el de la filiación. Es un presupuesto necesario, sin este el acto jurídico de la adopción es inexistente (= no entra en el mundo jurídico), no se trata de nulidad(1174).

La razón de esta exigencia es obvia. Nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que él rechaza(1175). Aplicando la norma del CNA, el menor de 10 años deberá ser escuchado, "El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente", (art. 85).

El emplazamiento del estado de familia adoptivo se otorga en virtud de voluntad propia no solo del adoptante, sino también del asentimiento del adoptado, si este es mayor de diez años. La opción legislativa de diez años se entiende establecida para el adoptado, en la medida en que a partir de esa edad, generalmente, la persona tiene capacidad de discernimiento y, por lo tanto, capacidad de saber lo que quiere y lo que no quiere, aquello positivo o negativo para él.

Con un criterio similar el moderno Código Civil de Québec indica: "Ningún niño de diez años de edad o más podrá ser adoptado sin su consentimiento, a menos que sea incapaz de expresar su voluntad. No obstante, cuando un niño menor de catorce años se niegue a dar su consentimiento, la Corte podrá posponer su fallo por el periodo de tiempo que indique o conceder la adopción sin oponerse a su negación" (art. 549). Es más, "[l]a negación de un niño de catorce años de edad o más es un obstáculo para la adopción" (art. 550). Norma similar es la establecida en el Código de Puerto Rico (art. 134, 2).

(1173) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*.Ob. cit., p. 417.
(1174) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 229.
(1175) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 417.

El asentimiento en blanco o adopción en incógnito, es cuando se asiente una adopción ignorando a la persona del adoptante[1176]. A nuestro criterio no tendría validez. Quien va a ser adoptado, sobre todo de un menor de edad, debe saber, conocer y estar enterado quien lo va adoptar para que pueda manifestar su voluntad. Esta no puede ser expresada anteladamente, debe coexistir con el conocimiento de los padres adoptantes. El asentimiento del menor de edad en estos supuestos, no es óbice para que llegada la mayoría de edad pueda el adoptado solicitar la ineficacia de la correspondiente adopción.

El consentimiento debe ser conjunto, simultáneo, *isócromo*[1177], aunque el consentimiento *ex post* validaría el acto.

30. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela

Los padres son directamente afectados por el hecho de la adopción de allí que deban dar su asentimiento. Este se dará siempre que los hijos estén bajo su custodia legal, siendo menores de edad (patria potestad) o incapaces (curatela).

Esta norma está en concordancia con el Código civil de Québec que indica que: "Ningún menor podrá ser adoptado, a menos que su padre y madre o su tutor hayan consentido la adopción; o a menos que haya sido judicialmente declarado elegible para adopción" (art. 544). Asimismo indica: "Cuando la adopción se realiza con el consentimiento de los padres, es necesario el consentimiento de ambos para la adopción si la filiación del menor es establecida en consideración de ambos padres. Si la filiación del menor es establecida en consideración de solo uno de los padres, el consentimiento de uno solo de los padres es suficiente" (art. 551) y "si alguno de los padres ha muerto, o si no puede expresar su voluntad, o si carece de autoridad paternal, el consentimiento del otro padre es suficiente" (art. 552). Finalmente, se establece que "si ambos padres han muerto, si están imposibilitados de expresar su voluntad, o si carecen de autoridad paternal, la adopción del menor estará sujeta al consentimiento del tutor, si el menor tiene un tutor" (art. 553).

Es importante señalar que el asentimiento de los padres es esencial para la formalización de este acto jurídico familiar de allí que debe ser formal y ajustarse a Derecho. Si tomamos en cuenta esta premisa el (o los) padre(s) menores de edad o incapaces no podrán dar su asentimiento por carecer de capacidad. Este supuesto ha sido considerado en el Código Civil de Québec al señalarse que "Si ambos padres han muerto, si están imposibilitados de expresar su voluntad, o si carecen de autoridad paternal, la adopción del menor estará sujeta al consentimiento del tutor, si el menor tiene un tutor" (art. 553). Asimismo, "un padre menor de

(1176) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 232.
(1177) Ibídem, p. 235.

edad puede por si mismo, sin autorización, dar su consentimiento para la adopción de su hijo" (art. 554).

31. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz

A diferencia de los padres, el tutor o el curador no tienen que dar su asentimiento sino solo su opinión. Esto se da por razones lógicas ya que el tutor o curador, si bien tienen una relación de custodia y cuidado de la persona y bienes, implícitamente tienen un vínculo afectivo, espiritual y legal de la paternidad, el cual justifica se le pida exprese su sentir respecto de la adopción.

32. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales

Para entender esta norma debemos partir del hecho que actualmente existen tres tipos de procesos para lograr una adopción:

- *Proceso judicial*, esta adopción se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los dos primeros casos no es necesaria la declaración de estado de abandono(1178). Inicialmente, en el Código de 1984, la adopción solo podía tener lugar mediante proceso judicial, era de exclusiva competencia de los jueces, presentándose como un acto de autoridad judicial. Siguiendo la tendencia de un gran sector de la doctrina comparada la adopción solo se tramita vía judicial.

- *Procedimiento administrativo*, en nuestro medio se realiza exclusivamente para el caso de niños y adolescentes declarados judicialmente en estado de abandono. Este tipo de adopciones se rige por el CNA, por la Ley Nº 26981(1179), referida al procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono y su Reglamento aprobado por D.S. Nº 10-2005-MIMDES(1180).

- *Procedimiento notarial*, se refiere a las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio, esto según la Ley Nº 26662(1181) referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos.

33. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa

(1178) La declaración de abandono solo procede cuando la situación del menor es la descrita en el CNA. Dictamen Fiscal 14-2012-MP/1FPF-Huaraz del 22 de marzo de 2012. (Exp. Nº 2008-1320-2 Juzgado Transitorio de Familia de Huaraz).
(1179) DOEP., 31/10/1998.
(1180) DOEP., 23/10/2005.
(1181) DOEP., 22/09/1996.

de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud

Se trata del acto de ratificación de la adopción aplicable única y exclusivamente para los extranjeros y debe ser por ante presencia del juez.

La necesidad de exigencias adicionales cuando el adoptante es extranjero surge cuando un número no determinado de casos pusieron en evidencia graves abusos cometidos en perjuicios de menores de edad llevados al exterior en calidad formal de hijos adoptivos(1182). Muchos países, por temor al tráfico de niños, se niegan a permitir la adopción internacional.

El CNA establece disposiciones especiales para adopciones internacionales:

- Se entiende por adopción internacional aquella solicitada por residentes en el exterior quienes no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos por la ley. Para que proceda este tipo de adopción es indispensable la existencia de convenios entre el Estado peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por estos. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre adopción internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor se sujetan a las disposiciones que rigen la adopción para los peruanos (art.s 129).
- Los extranjeros no residentes en el Perú que desearan adoptar a un niño o adolescente peruano presentarán su solicitud de adopción, por medio de los representantes de los centros o instituciones autorizados por ese país para tramitar adopciones internacionales. Lo harán ante la Oficina de adopciones o las instituciones públicas debidamente autorizadas por esta. Estas organizaciones actuarán respaldadas en convenios celebrados entre el Estado del Perú y los Estados correspondientes, o entre los organismos reconocidos por su Estado de origen y el Estado peruano (art. 130)

XI. CLASIFICACIÓN

Podemos determinar diversos criterios para clasificar a la adopción.

(1182) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 419.

34. Según el adoptado

Según el sujeto pasivo de la adopción (adoptado) podemos tener la adopción de embriones - concebido, la de un menor de edad, la de un mayor de edad[1183], la de un aciano e, incluso, la de un muerto.

34.1. Adopción de embriones - concebido

La postura tomada por nuestro ordenamiento jurídico para el surgimiento del concebido como sujeto de derecho es determinar que su inicio es a partir de la concepción.

Surge la pregunta de si puede adoptarse a un concebido. La respuesta es afirmativa permitiendo otorgar una filiación a un no nacido e, incluso, a un no implantado (embriones supernumerarios) en base a la teoría de los efectos favorables.

34.2. Adopción de menores de edad

La minoría de edad es el momento más adecuado para afianzar las relaciones paterno-filiales. Es en dicho momento donde resulta más necesaria la protección al menor y la guía del niño o adolescente. Por tal motivo, la adopción de menores se encuentra revestida de una mayor protección, tutela y control. Es a este grupo a los que principalmente tiene como eje la adopción, principalmente a aquellos menores de edad en situación de abandono. Es por eso que, generalmente, se da prioridad a la adopción de menores de edad dejando en un segundo plano, la adopción de mayores de edad.

Las vías procedimentales para la adopción de menores se dividen de la siguiente manera:

- *Adopción de menores de edad declarados judicialmente en estado de abandono*: Es una adopción administrativa seguida ante la Secretaría Nacional de Adopciones, que es un órgano dependiente del MIMP - Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y se da en casos especiales[1184].
- *Adopción de menores de edad no declarados judicialmente en estado de abandono*: Es una adopción judicial en vía de excepción en los supuestos legalmente establecidos.

34.2.1. Estado de abandono

La declaración judicial de estado de abandono es generalmente un requisito necesario para la adopción de menores, la cual es llevada a través de la vía administrativa, salvo en aquellas supuestos excepcionales en las cuales se permite la

(1183) MEDINA, Graciela. *La adopción*. Ob. cit., p. 16.

(1184) Cuando la madre del menor se desocupa materialmente del menor y peor aún, este es víctima de los abusos físicos del padre entonces este debe ser declarado en abandono. Dictamen fiscal 4-2012-MP/FPF-Huaraz del 26 de enero de 2012. (Exp. Nº 2011-521-Juzgado Transitorio de Familia de Huaraz).

adopción de menores de edad en la vía judicial. Usualmente, el trámite de adopción requiere previamente de una declaración de abandono tal y como lo dispone el artículo 127 del CNA que establece que: "La adopción de niños o adolescentes solo procederá una vez declarado el estado de abandono, salvo los casos previstos por el artículo 128 del presente código.

Por su parte, el artículo 248 del CNA establece los supuestos en los cuales procede la declaración judicial de estado de abandono del niño o adolescente: "El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando: a) Sea expósito; b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación; c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran; d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo; e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo; f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción; g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia. h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y i) Se encuentre en total desamparo. La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono".

El artículo 249 del CNA establece que: "Recibido el expediente el Juez evaluará en un plazo no mayor de cinco (5) días si se han realizado las diligencias contempladas dentro del proceso, en caso contrario devolverá al MIMDES el expediente para el levantamiento de las observaciones. El Juez, previa evaluación favorable del expediente, lo remitirá al Fiscal competente para que emita en un plazo no mayor de cinco (5) días su dictamen. El Juez competente en un plazo que no excederá de quince (15) días calendario, previo dictamen fiscal, expedirá resolución judicial que se pronuncie sobre el estado de abandono del niño o adolescente. Una vez declarada consentida la resolución judicial, y en un plazo que no excederá de cinco (5) días calendario remitirá todo lo actuado al MIMDES". El artículo 250 del CNA establece que: "La resolución que declara al niño o adolescente en estado de abandono podrá ser apelada en el término de tres días ante la instancia judicial superior".

El artículo 251 del CNA establece que: "Si como resultado de la investigación tutelar se estableciese que el niño o adolescente ha sido sujeto pasivo de un delito,

el Juez competente remitirá los informes necesarios al Fiscal Penal para que proceda conforme a sus atribuciones". El artículo 252 del CNA establece que: "En la aplicación de las medidas de protección señaladas se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios".

34.3. Adopción de mayores de edad

Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad de ejercicio.

La adopción de personas mayores de edad generalmente es facilitada, tomando en cuenta la manifestación de voluntad del adoptante y del adoptado. Esta es llevada a cabo para consolidar jurídicamente una relación paterno-materno-filial establecida en los hechos, habiendo surgido entre las partes una relación con una fuerte carga afectiva.

Respecto a la adopción de mayores de edad, surgen dos grandes posturas:

34.3.1. Postura conservadora

Considera que la adopción debe ser una institución exclusiva para menores de edad al no existir ninguna necesidad psicológica ni ética que justifiquen la apropiación de un estado civil distinto a un mayor de edad. La adopción de mayores generalmente se funda en móviles utilitarios como captar herencias, anular legítimas o eludir el pago de impuestos, por lo que carece de utilidad social y favorece el fraude.

34.3.2. Postura liberal

Se muestra a favor considerando a la adopción como una institución que puede llevarse a cabo respecto de adoptados mayores de edad. Se toman en cuenta las manifestaciones de voluntad tanto del adoptante como del adoptado. Asimismo, se constata el afecto y la posesión constate de estado que tiene el adoptante con el adoptado mayor de edad.

En nuestro medio la adopción de mayores de edad con capacidad de ejercicio puede ser llevada a cabo en la vía judicial o en la vía notarial. La vía judicial es la típica para la adopción, mientras que la vía notaria está contemplada para estos supuestos, en atención al reconocimiento jurídico que puede brindarse tanto a la manifestación de voluntad del adoptante como la del adoptado.

34.4. Adopción de ancianos

Es respecto de las personas de la tercera edad o adultos mayores.

Actualmente, y a efectos de proteger a estas personas y encontrarles una familia, se viene fomentando la adopción de personas que son mayores que sus adoptantes. Adopto a una persona como mi padre o como mi abuelo. Y es que los menores de edad no se constituyen en el único grupo de personas que necesiten tutela

partir de la adopción, sino que entre los ancianos podríamos encontrar a personas que requieran de protección y cuidado en una familia adecuada y que pueden serle otorgados a partir de la adopción.

Este peculiar supuesto nos lleva a pensar en la familia geriátrica, aquella confirmada por personas de la tercera edad, adultos mayores, etc.

34.5. Adopción de un muerto

Respecto de la admisibilidad de la adopción *post mortem, a símili* del reconocimiento póstumo (art. 394) a nuestro entender si es viable en razón que tendería a establecer una filiación y siempre que existan beneficiarios directos, descendientes del adoptado.

35. Según el(los) adoptantes(s)

35.1. Adopción acumulativa

Llamada adopción conyugal.

Es aquella en la que intervienen dos personas casadas en su calidad de adoptantes.

En estos casos puede darse adopciones sucesivas, primero reconoce el marido y, luego, la mujer o, viceversa. Se basa en que nadie puede ser adoptado por dos personas carentes vínculo conyugal (matrimonio o unión estable) en la medida que serían terceros entre sí, pero padres del adoptado, una verdadera sin razón. Es más, nadie puede ser adoptado por más de dos personas, en caso que así sea –que se produzca la adopción múltiple– prevalecerá la primera adopción(1185).

Nada obsta para que extinta la adopción una persona pueda ser readoptada(1186), ni que una persona pueda tener más de un hijo adoptivo (pluralidad de adopciones)(1187).

35.2. Adopción individual

Llamada personal o unipersonal.

Es la realizada por una sola persona en calidad de adoptante y se presenta como uma excepción al principio de equiparación de la filiación civil con la biológica. Tiene su fundamento en el artículo 382 cuya sencilla lectura menciona que puedo ser adoptado por una persona, en caso sean dos deben ser cónyuges.

(1185) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 418.
(1186) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 232.
(1187) Ibídem, p. 247.

Sin embargo, un sector de la doctrina tradicional considera que al ser una de las finalidades de la adopción el otorgar una familia a quien no la tiene debe primar la familia biparental (padre y madre) y no la monoparental (solo padre o solo madre). Es por ello que la adopción por parte de los cónyuges debería ser la regla y solo, excepcionalmente, debería ser otorgada a una persona a título individual. Estos criterios buscan una mayor semejanza entre la filiación biológica y la filiación adoptiva, en este sentido nadie puede tener sino un padre y una madre, luego nadie puede ser adoptado sino por un hombre y una mujer, en todo caso por una pareja (si pensamos en la adopción de matrimonios homoafectivos).

En nuestro medio cuando la adopción es bipersonal, los adoptantes deben ser cónyuges, no permitiéndose que sean miembros de una unión estable (ni siquiera de una unión estable propia), ni menos aún, de una unión homoafectiva, lo cual viene cediendo conforme al criterio inclusivo y democrático de las modernas relaciones familiares.

La finalidad prohibitiva de las adopciones simultáneas por quienes no son cónyuges es evitar los conflictos de influencias que implicarían para el adoptado y los adoptantes entre sí. Estos conflictos no son de temer si una adopción se produce en caso de fallecimiento del primer adoptante, las llamadas adopciones sucesivas. Algunas legislaciones, como la Argentina, indican de manera expresa que "nadie puede ser adoptado *simultáneamente* por más de una persona (...)" de allí que en doctrina se analice el alcance del término simultáneo. Según este significado, nadie puede ser adoptado por más de una persona en el mismo momento; sin embargo, parecería que puede otorgarse una adopción aunque se encuentre subsistente otra otorgada tiempo atrás. La situación es sencilla, no puedo tener tres padres y no puedo quedar sin padre adoptivo por otro padre adoptivo.

Téngase presente que esta norma no se refiere a la permisibilidad expresa de la adopción sucesiva, *i.e.* aquella concedida sobre un menor cuya adopción primigenia ha perdido vigencia por algún motivo especial, ejemplo muerte del (o de los) adoptante(s), revocación o nulidad de la adopción, incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad.

El Código Civil de Québec, establece una norma amplia al indicar que: "Cualquier persona mayor de edad podrá, por si sola o junto con otra persona, adoptar a un niño" (art. 546).

En lo que respecta a la adopción por una pareja estable es de indicar que hasta hace pocos las uniones de hecho recibían una fuerte condena social ya que eran contrarias al orden moral del momento y, por supuesto, eran inexistentes para el orden legal. Como consecuencia de ello, la situación de la convivencia constituía un descalificante moral para que la pareja accediera al otorgamiento de la

adopción[1188]. En la actualidad, la unión concubinaria es cada vez más aceptada por la sociedad y es sobrellevada con mayor naturalidad, lo que la convierte en una institución que perfectamente puede valerse de la adopción para el cumplimiento de sus fines.

36. Según los efectos de la adopción

Por sus efectos la adopción puede ser plena o simple.

36.1. Adopción plena

Llamada absoluta o total, estatutaria o legitimaria. Legitimación adoptiva.

La adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen.

La característica de la adopción plena es que rompe los lazos con la familia de sangre y, por tanto, no permite ni el reconocimiento, ni las acciones de filiación salvo a los fines de establecer los impedimentos matrimoniales, ni tampoco admite la revocación, ni los derechos sucesorios ni alimentarios con relación a la familia de sangre.

El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de esta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tienen en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico. Se produce la incorporación definitiva del adoptado al neo grupo familiar con la extinción del parentesco de sangre de aquel con todos los efectos jurídicos que ello acarrea, y entre ellos, la consiguiente pérdida de sus derechos sucesorios y alimentarios referidos a su familia de origen.

La adopción plena se equipara totalmente a la filiación biológica, sea esta matrimonial o extramatrimonial.

Esta es la aplicable en nuestro ordenamiento.

36.2. Adopción simple

Llamada semiplena o restricta.

La adopción simple mantiene los lazos con la familia de sangre. Dentro de sus características están que admite el reconocimiento, las acciones de filiación, la revocación y mantiene todos los derechos y deberes derivados del parentesco por consanguinidad salvo los derivados de la patria potestad[1189]. Esta adopción

(1188) Ibídem, p. 64.
(1189) Ibídem, p. 16.

confiere al adoptado la posición del hijo biológico pero no crea vínculo de parentesco entre aquel y la familia biológica del adoptante sino a los efectos expresamente determinados por la ley. Los hijos adoptivos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí. El adoptado conserva un estado de familia en relación a su familia biológica puesto que no se rompe totalmente el vínculo de parentesco con la misma sino que, por el contrario, se crea un nuevo vínculo familiar con el adoptante, no así con el resto de su familia biológica. El nacimiento de la filiación adoptiva simple no extiende más allá del adoptante, este no adquiere una familia adoptiva sino un padre o padres adoptantes: el adoptado no se enlaza ni se ensambla jurídicamente con la neo familia.

37. Según los fines de la adopción

Por sus fines la adopción puede ser de protección y de integración.

37.1. Adopción de protección

La adopción de protección tiende a dar hijos y padres a quienes no los tienen y, en su caso, permite el nacimiento de los embriones supernumerarios abandonados o huérfanos.

37.2. Adopción por integración

Llamada adopción integrante o adopción integrativa.

Se presenta como una exigencia propia de la institución de la adopción para adecuarla como solución integradora de las familias originadas en una segunda unión. La integración jurídica de las familias, que se inician a partir de las segundas nupcias, no genera *per se* una situación de desamparo respecto de los hijos menores de edad de anteriores uniones sino un cierto desorden del ejercicio de los deberes y derechos parentales, con causa en el desmembramiento de su guarda, consecuencia inevitable de la separación o del divorcio de sus padres. Se resalta el interés del menor de contar con una familia solamente constituida(1190).

Esta adopción busca compenetrar al hijo de una de las partes a la familia constituida por su progenitor, sea integrándolo a una familia matrimonial (adopción del hijo del cónyuge) o a una familia extramatrimonial (adopción del hijo del conviviente)(1191).

Dentro de la adopción por integración, en la doctrina comparada, encontramos dos supuestos(1192):

(1190) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. *La Adopción*. Ob. cit., p. 196.
(1191) MEDINA, Graciela. Ob. cit., pp. 16-17.
(1192) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. Ob. cit., pp. 199-200.

37.2.1. Adopción del propio hijo extramatrimonial

Este supuesto busca legitimar a los hijos de una unión anterior quienes resultaban extramatrimoniales respecto de la segunda unión. Se utiliza a la adopción como el medio formal para equiparar a los hijos dentro de la familia y para solidificar los vínculos de esta.

37.2.2. Adopción del hijo del cónyuge

Esta situación se da cuando una persona que tiene un hijo contrae matrimonio con otra, que no es el progenitor de su descendiente. En este caso se establece entre este último y el cónyuge progenitor una relación familiar que sustituye el vínculo natural con el padre o madre ausente, ya sea porque este hubiere fallecido o porque se hubiere desatendido de él[1193].

La adopción es conveniente en estos casos con el fin de integrar la familia y de receptar una realidad que, muy probablemente, ha tenido lugar durante la mayor parte de la vida del adoptado[1194]. Se procura la incorporación del hijo biológico como adoptivo de uno de los cónyuges a su nuevo matrimonio.

Cuando una persona adopta al hijo de su cónyuge, lo que pretende es sustituir la filiación de origen, pero solo en relación al progenitor que se reemplaza.

En la doctrina comparada, seguida por Graciela Medina[1195], encontramos que la adopción por integración se subdivide en:

37.2.3. Adopción del hijo del viudo

Este es el caso de la persona viuda con un hijo que vuelve a contraer nupcias y el nuevo cónyuge pretende adoptar al hijo mayor de edad. En este supuesto, si el hijo presta su consentimiento, nada obsta a que la adopción sea otorgada.

37.2.4. Adopción del hijo del divorciado por parte del nuevo cónyuge

El problema se presenta en el caso del divorcio, cuando aquel a quien ha sido otorgada la tenencia de los menores contrae nuevo matrimonio y el otro progenitor se desentiende de sus hijos.

37.2.5. Adopción del hijo del cónyuge no reconocido por su otro progenitor

Este supuesto se da cuando el hijo del cónyuge por adoptar tiene una sola filiación acreditada, *i.e.* no ha sido reconocido por uno de los padres. En este

(1193) MEDINA, Graciela. Ob. cit., pp. 46-47.
(1194) Ibídem, p. 47.
(1195) MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 49 y ss.

caso, la adopción se simplifica porque desconociéndose al otro progenitor no es necesario su consentimiento para la adopción ni se plantea su necesidad de citarlo al proceso.

37.2.6. Adopción del hijo adoptivo del cónyuge

Este supuesto se da cuando uno de los cónyuges adoptó a un menor con anterioridad a la celebración del matrimonio. En este caso no corresponde la citación de los padres de sangre al nuevo proceso de adopción porque estos han perdido la patria potestad.

La adopción por integración en nuestro medio la encontramos plasmada en el artículo 128 del Código de los Niños de Adolescentes que regula las excepciones legales a fin de poder llevar a cabo el proceso de adopción de niños y adolescentes vía judicial. Dicho artículo establece que: "En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; (…)".

38. Según la vía procedimental de adopción

Por el proceso a seguir, la adopción puede clasificarse en adopción judicial, adopción administrativa o adopción notarial.

38.1. Adopción judicial

La vía judicial suele ser la vía típica para el proceso de adopción y es tramitada por medio de un proceso no contencioso.

En nuestro medio, el proceso judicial de adopciones se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los dos primeros casos no es necesaria la declaración de estado de abandono.

Tratándose de adoptados menores de edad, el artículo 128 del CNA establece que los procesos de adopción en la vía judicial se llevan a cabo en vía de excepción ante el juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente.

Los peticionarios deben de cumplir con los siguientes requisitos:

a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos. Se trata del cónyuge que adopta al hijo de su pareja.

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad (en la línea recta hasta el tatarabuelo y la línea colateral hasta el primo hermano) o segundo de afinidad (en la línea recta hasta el tatarabuelo político y la línea colateral hasta el cuñado o hermano político) con el niño o adolescente pasible de adopción.

c) El que ha prohijado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un período no menor de dos años. Cuando ha existido una relación de vida con el menor[1196].

El proceso judicial de culmina con la resolución judicial consentida o ejecutoriada que declara la adopción.

38.2. Adopción administrativa

El procedimiento administrativo de adopciones se realiza exclusivamente para los casos de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono.

38.2.1. Base legal

Este tipo de adopción se rige por el CNA, por la Ley Nº 26981 (31/10/1998), Ley del procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono y su Reglamento aprobado por D.S. Nº 10-2005-MIMDES (23/10/2005).

38.2.2. Ente rector

Esta vía se lleva a cabo ante la Secretaría Nacional de Adopciones - SNA, autoridad central responsable de proponer la política y normativa en materia de adopción, conducir y supervisar los procesos de adopción administrativa a nivel nacional e internacional y que forma parte del MIMP - Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

38.3. Adopción notarial

El procedimiento notarial se encuentra reservado únicamente para las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio, esto según la Ley Nº 26662 (22/09/1996) referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos. Se deja la vía notarial para los referidos supuestos en el entendido que estos, tanto la manifestación de voluntad del adoptante como la del adoptado, son plenamente reconocibles para llevar a cabo la adopción, en una búsqueda

(1196) Se ha verificado que el menor se encuentra adaptado al hogar de los demandantes y la relación de los pre adoptantes con el menor está sólidamente establecida, contando ambos con capacidad para asumir el rol de padres que desde hace varios años lo vienen ejerciendo. Exp. Nº 2158-2002- Décimo Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima (12/02/2004).

por descargar la vía judicial de todo aquello que no suponga mayor litigio o conflicto de intereses y exista común acuerdo entre las partes.

La Escritura Pública de adopción es el instrumento que pone fin al procedimiento notarial de adopción.

39. Según la nacionalidad de los adoptantes

Por la nacionalidad de los adoptantes, la doctrina divide la adopción en nacional e internacional.

39.1. Adopción nacional

La adopción es nacional cuando la misma es solicitada por residentes en territorio nacional.

39.2. Adopción internacional

La adopción internacional es aquella en la cual los futuros adoptantes están domiciliados en un Estado distinto de aquel en el cual se encuentra el domicilio o residencia habitual del adoptado, cualquiera sea la nacionalidad de este y de aquellos.

El CNA regula determinadas disposiciones específicas para adopciones internacionales. Dicho cuerpo normativo, en su artículo 129, establece que: "Entiéndase por Adopción Internacional la solicitada por residentes en el exterior. Estos no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos en el presente Código. Para que proceda este tipo de adopción es indispensable la existencia de convenios entre el Estado peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por estos. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre Adopción internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor se sujetan a las disposiciones que rigen la Adopción para los peruanos". Mientras que el artículo 130 establece que: "Los extranjeros no residentes en el Perú que desearan adoptar a un niño o adolescente peruano presentarán su solicitud de adopción, por medio de los representantes de los centros o instituciones autorizados por ese país para tramitar adopciones internacionales. Lo harán ante la Oficina de Adopciones o las instituciones públicas debidamente autorizadas por esta. Estas organizaciones actuarán respaldadas en convenios celebrados entre el Estado del Perú y los Estados correspondientes, o entre los organismos reconocidos por su Estado de origen y el Estado peruano".

40. Según el carácter del vínculo entre el adoptado y su familia biológica

La reserva que se guarde respecto del proceso de adopción, así como también el vínculo que pueda subsistir entre el adoptado y su familia biológica o consanguínea, da lugar a una clasificación: adopción cerrada, adopción abierta o semiabierta.

40.1. Adopción cerrada

Llamada reservada.

Es la adopción tradicional y está pensada a fin de asimilar lo más posible la filiación adoptiva a la filiación biológica.

Los padres adoptivos tienen poco o ningún contacto con los padres biológicos. A veces, la familia adoptiva no sabe el nombre o la información de contacto de la madre biológica. Esto puede crear problemas para el niño, si decide ponerse en contacto con su madre biológica, en algún momento.

Por otra parte, estas adopciones ayudan a los padres adoptivos a solidificar el vínculo padre / hijo con el niño, sin miedo a la interferencia de los padres biológicos. Muchos padres adoptivos están eligiendo una forma balanceada entre la adopción abierta y cerrada. Aunque el niño no podrá tener contacto frecuente con la madre biológica, existe un cierto intercambio de información entre la familia adoptiva y la madre biológica. De esta manera, el niño es capaz de convertirse en parte integral de la familia adoptiva, mientras mantiene el acceso a su historia médica y genética.

Durante el proceso no se les brinda ninguna información a los padres adoptivos con respecto al origen del niño o a la identidad de sus padres biológicos. Del caso se hace cargo una agencia o un trabajador social, los nombres de los padres adoptivos se ingresan en una lista y, finalmente, se encuentra al niño indicado según sus circunstancias. Luego que se lleva a cabo la adopción, generalmente los archivos del caso se cierran y, en muchos casos, el niño ignora que ha sido adoptado.

Con el pasar del tiempo este tipo de adopción se vuelve poco común, conforme se incrementa la postura doctrinaria a favor de la subsistencia de contacto entre adoptado y su familia biológica y el derecho a conocer sus orígenes. Este tipo de adopción es más común en los casos de adopción internacional.

40.2. Adopción abierta

La adopción abierta es aquella que propone levantar toda reserva respecto a los datos del origen biogenético del menor adoptado o de la situación familiar originaria que dio lugar a su adopción propiciando, además, un encuentro y eventual trato entre el menor adoptado y sus progenitores.

Esta adopción promueve la recuperación o el mantenimiento del contacto personal entre el menor de edad, su familia biológica o de origen y su familia adoptiva, ya sea mediante el trato personal, como también a través del contacto telefónico y

epistolar, lo cual es de interés respecto a la significación personal que puede tener para el menor, principal sujeto a considerar, y definir, en consecuencia, qué regulación legal corresponde(1197).

40.3. Adopción semiabierta

Esta adopción surge a modo de los diferentes grados que encontramos al interior de las adopciones abiertas en lo referente al contacto existente entre el adoptado y su familia biológica.

Los padres biológicos escogen a los padres adoptivos y, muy comúnmente, van a conocerse personalmente antes de la adopción. También es muy común que compartan en el hospital durante y después del nacimiento. Se intercambia información entre la familia biológica y la adoptiva. Esta información, sin embargo, no es identificativa. No se intercambian direcciones, apellidos, etc. Este tipo de adopción no envuelve contacto en persona luego de la colocación. El contacto consiste en cartas, fotos, y correo electrónico que pueden ser directos o a través de la agencia de adopción. Como en la adopción cerrada, una vez el niño cumpla la mayoría de edad, podrá buscar y contactar a la familia biológica. Contrario a la adopción cerrada, se conoce más información, lo que hace la búsqueda y contacto mucho más fácil. Es más común conocer el historial médico familiar, incluyendo el cuidado prenatal.

Consideramos, en virtud de las diversas disposiciones normativas, que en nuestro medio la adopción se encuentra tratada con una tendencia a ser institución cerrada ya que se busca la plena incorporación del adoptado a su familia adoptiva así como la reserva respecto de los vínculos consanguíneos originarios del adoptado.

41. Según el momento del cumplimiento de la formalidad

Según el momento en el que se da cumplimiento a la formalidad *ad solemnitatem* de la adopción, esta se puede clasificar en: adopción intervivos o adopción póstuma o post mórtem.

41.1. Adopción ínter vivos

Se da cuando durante la vida del adoptante y el adoptando se cumplen todos los requisitos y trámites procedimentales necesarios que conforman la formalidad solemne necesaria para que la adopción surja como acto jurídico familiar válido.

41.2. Adopción póstuma o post mórtem

Es aquella que surge con posterioridad a la muerte del padre.

(1197) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa.Ob. cit., p. 241.

Se caracteriza por que la guarda que precede a la adopción ha sido otorgada en vida del matrimonio, produciéndose el deceso de uno de los cónyuges antes de cumplirse el plazo de la guarda, o sea antes de peticionarse la adopción y, va de suyo, antes de la sentencia o resolución de adopción.

Generalmente, la ley da como respuesta que el cónyuge supérstite esté en condiciones de demandar la adopción y que el adoptado hijo matrimonial en lugar de serlo únicamente del cónyuge sobreviviente.

Nuestro ordenamiento jurídico peruano no tiene disposiciones específicas para estos supuestos.

42. Adoção à brasileira

Es la llamada adopción a la brasilera.

Se presenta en aquellos casos en los cuales asumo una paternidad sin un debido proceso y sin cumplir con la forma que manda la ley. En lugar de adoptar (como exige la norma) procedo a reconocer a un menor sabiendo que no es mi hijo pero que, finalmente, quiero que lo sea. En base a la teoría de los actos propios el reconociente no puede, luego, desdecir el reconocimiento alegando que se trata de una falsa declaración, en razón que él fue consciente que reconocía a una persona que no era realmente su hijo. En este caso se configura un verdadero parentesco socioafectivo[1198].

XII. IMPORTANCIA

La adopción es una institución que coadyuva al amparo familiar en la medida que determinadas personas, tanto adoptantes como adoptados, han visto realizados los anhelos de atener una familia a partir de esta institución. Se muestra como una salida y alternativa frente a la incapacidad de una persona de generar descendencia y para combatir la soledad.

Como institución tutelar, constituye un mecanismo jurídico para brindar protección a la persona y bienes de sujetos débiles, como los niños y adolescentes en estado de abandono.

XIII. SUJETOS

En la adopción participan los siguientes sujetos.

(1198) MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Ob. cit., p. 420.

43. Adoptante

Es el sujeto activo de la adopción. Llamado padre/madre adoptivo.

Es el que promueve la adopción, el demandante, solicitante, requirente.

Puedes ser cualquiera persona capaz, mayor de edad y con una diferencia de 18 años con el adoptado. No pueden ser adoptantes el propio padre o madre.

Con respecto a los abuelos[1199] es controvertida la permisión de ser adoptantes de sus nietos. Los abuelos no requieren realizar el trámite de la adopción ya que pueden, simplemente, tramitar la tenencia y así ejercer los derechos que le competen a los padres si estos no pueden cumplir acabadamente con su función. Además, es bueno recordar que los *abuelos* tienen la obligación o carga familiar de ocuparse de sus nietos en situaciones en que estos sean abandonados o desatendidos por sus padres.

Tanto el hombre como la mujer en su condición de solteros pueden libremente adoptar (familia monoparental). En caso ser casados, necesitan asentimiento de su cónyuge (no cabe la adopción del casado sin el asentimiento de su pareja). El adoptante puede tener el estado civil de casado, soltero, viudo, divorciado. En el primer caso necesita asentimiento de su cónyuge.

Asimismo, puede declararse la adopción respecto de un adoptante muerto en la medida que se haya demostrado la guarda y custodia que tuvo respecto de un menor[1200].

Sobre el adoptante recae principalmente y de forma primigenia la manifestación de voluntad que da origen a la adopción. Básicamente es él quien tiene la iniciativa de generar el estado de familia paterno-materno-filial adoptivo.

El adoptante asume legalmente el carácter de padre o madre.

(1199) Los demandantes cumplen suficientemente los requisitos para adoptar a su nieto y son personas con capacidades afectivas e intelectuales suficientes para tener bajo amparo y protección al adoptado, asimismo, se debe tener en cuenta que este no cuenta con padre biológico que lo haya reconocido y su madre tiene otro compromiso y carga familiar. Exp. Nº 362-2005- Juzgado de Familia Transitorio de Cañete. Corte Superior de Justicia de Cañete (25/10/2006).

(1200) Adopción post mórtem. Pedido de nulidad de la adopción. Padres desplazados por el adoptado en la línea sucesoria. Interés superior del niño. Hechos: Luego de fallecida la guardadora de un niño, la Defensora de Menores solicitó como medida autosatisfactiva que se lo declarara hijo adoptivo de aquella, petición que fue concedida. Promovida la sucesión y al resultar el niño heredero *ab intestato*, y la hermana de la causante, heredera instituida, los padres de la causante, alegando como perjuicio que el menor los desplazaba de la línea sucesoria, solicitaron que se decretara la nulidad de la adopción. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, al casar la sentencia de Cámara, hizo lugar la acción. El Defensor General local dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, dio origen a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejo sin efecto la sentencia impugnada y ordenó el renvío del expediente al tribunal de origen para que sea dictado un nuevo fallo. *La Ley*. AÑO LXXVI Nº 194, martes 16 de octubre de 2012, p. 6 y ss.

43.1. Adoptantes casados

Llamada adopción conyugal o bipersonal.

Este tipo de adopción solo se concreta con la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, *i.e.* ambos deben iniciar el trámite dado el carácter de plenitud y permanencia que posee la familia que ellos han constituido al estar casados.

43.2. Adoptante soltero

La adopción puede perfectamente ser tramitada por una persona soltera, al menos así lo permite nuestro sistema, en especial cuando interpretamos –a contrario sensu– el inciso 3 del artículo 378: "Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge", asimismo el artículo 382, puede ser adoptado por una sola persona (lectura en sencillo).

43.3. Adoptante divorciado

Se aplica la lógica del adoptante soltero.

43.4. Adoptante viudo

Se aplica la lógica del adoptante soltero.

43.5. Adoptante conviviente

El otorgar la adopción bipersonal a los miembros de una unión estable es un tema controversial. En nuestro medio, los miembros de una unión estable deben adoptar por separado, de manera unipersonal, pero nunca en conjunto.

Como hemos indicado, la regla es que adopten parejas casadas, no así a los convivientes lo cual consideramos se trata de un criterio sesgado, discriminatorio en razón que, finalmente, son pareja y la adopción es pensada in *favor filii*.

Somos de la opinión que la viabilidad de la adopción de parejas convivientes queda a criterio discrecional del juez.

43.6. Adoptante casado

Solo uno de los cónyuges.

Este supuesto es de una adopción unipersonal en la cual el adoptante es casado pero su cónyuge no interviene en el proceso de adopción como adoptante. Es un requisito indispensable no solo que ambos cónyuges tengan pleno conocimiento de los procesos de adopción que puedan haber iniciado su pareja, sino que se requiere consentimiento.

La inobservancia de este requisito puede acarrear la invalidez de la adopción tras la protesta del cónyuge que desconocía la solicitud de adopción.

43.7. Adoptantes del mismo sexo

Uno de los supuestos más controversiales en materia de adopción es la adopción por parte de miembros de una unión homoafectiva, vale decir, entre personas que comparten el mismo sexo. Así pues, se presenta una crítica constante a la institución de la homoparentalidad.

En la doctrina encontramos una postura liberal, a favor y una postura conservadora, en contra de este tipo de adopción:

43.7.1. Postura liberal

Esta postura le concede prioridad al derecho de los miembros de una unión homoafectiva a la celebración del acto jurídico de adopción y consolidar mediante esta institución su derecho a la paternidad o maternidad, alegando que la solvencia moral o ética y la capacidad de poder asumir y cumplir los deberes y obligaciones que supone la adopción, quedan al margen de toda opción sexual.

43.7.2. Postura conservadora

Esta postura alega que es necesario que el adoptado ingrese a una familia que permita su desarrollo personal integral en un ambiente familiar con valores éticos y morales y que tal finalidad no se podría llevar a cabo, en el marco de la homoparentalidad que supone la familia homoafectiva. De esta manera se estaría condicionando al adoptado, a solo poder formar parte de una familia heterosexual.

Se restringe el derecho a adoptar a parejas homoafectivas de manera que solo uno de los miembros de esta unión quizá pueda llegar a adoptar de manera unipersonal, pero el otro no pueda ejercer filiación alguna sobre el menor adoptado. Las parejas homoafectivas en nuestro medio no pueden adoptar.

44. Adoptado

Es el sujeto pasivo directo de la adopción. Llamado hijo adoptivo.

Puedo adoptar al hijo de otros, no a mi propio hijo. No aquel reconocido ni declarado judicialmente como tal. En todo caso sería una adopción ineficaz puesto que la relación paterno-materno-filial se encontraría legalmente determinada o establecida a partir del reconocimiento o la declaración juridicial.

El adoptado puede tener el estado civil de casado, soltero, viudo o divorciado.

Es aquel que, mediante autorización de funcionario público autorizado, siendo por naturaleza hijo de una persona, es prohijado como tal por otra. Es aquel que va a ser recibido legalmente como hijo del o los adoptantes.

44.1. Adoptado mayor de edad

En el Perú, la adopción de personas mayores de edad con plena capacidad de ejercicio se encuentra facilitada. Se puede efectuar ante el Notario o ante el Juez de Paz y se tramita como proceso no contencioso. Generalmente esta adopción se lleva a cabo para consolidar jurídicamente una relación existente entre adoptante y adoptado.

44.2. Adoptado menor de edad

La adopción de menores de edad es la que es revestida jurídicamente de una mayor observancia y tutela puesto que los menores de edad son los sujetos pasivos centrales de la institución de la adopción.

Para que la adopción del menor de edad sea válida se requiere *consentimiento* de los padres o, en caso ser mayor de diez (10) años, del adoptante; la ausencia de consentimiento determina la nulidad de la adopción.

Este consentimiento no es un obstáculo para que el adoptado, al llegar a la mayoría de edad –de ser el caso– solicite la ineficacia de su adopción.

44.3. Adoptado incapaz

El Código exige que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz (inc. 6, art. 378).

44.4. Adoptado menor de edad no declarado en estado de abandono

La adopción de menor de edad no declarado judicialmente en estado de abandono, o adopción por excepción, es una medida de protección al niño y adolescente que se realiza a través del juzgado de familia cuando hay un vínculo entre el adoptado y el adoptante. Y es que la vía judicial para la adopción de menores de edad constituye una vía de excepción, en determinados supuestos en los cuales no se requiere la declaración de estado de abandono del menor de edad.

El artículo 128 del CNA contiene los supuestos excepcionales en los cuales procede en la vía judicial, la adopción de menores de edad no declarados judicialmente en estado de abandono.

44.5. Adoptado menor de edad declarado en estado de abandono

Fuera de los supuestos de excepción de la vía judicial para la adopción de menores de edad, será necesario acudir a la vía administrativa para la adopción de menores de edad con el requisito que el adoptando menor de edad será declarado judicialmente en estado de abandono.

El estado de abandono es aquel en el que un menor se encuentra en situación de carencia que afecta su protección y formación integral en los aspectos material,

psíquico y moral, por acción u omisión. El estado de abandono también es llamado por el ordenamiento jurídico de países centroamericanos, como El Salvador o Guatemala, como estado de preadoptabilidad.

No solo los menores abandonados pueden ser declarados judicialmente en estado de abandono. También los huérfanos, que son los menores que carecen de uno o ambos padres, pueden ser declarados en estado de abandono.

44.6. Adopción por el pupilo o curado

Esta institución ofrece una protección al adoptado en lo referente a su patrimonio (bienes, intereses pecuniarios) frente a alguien que pretenda disfrazar con la adopción malos manejos ya realizados o por efectuar. En definitiva la *ratio iuris* del artículo 383 es que tanto el tutor como el curador podrán adoptar a su pupilo o curado, según sea el caso, una vez extinguidas las obligaciones emergentes de su función tutelar.

El sentido es evitar que, mediante la adopción, el tutor pretendiese liberarse o eludir las responsabilidades que genera la administración de la tutela con lo cual se habría desnaturalizado el fin mismo de la institución este mismo criterio es aplicable para la curatela.

Para que esta adopción tenga validez debe cumplirse:

- Aprobación de la cuenta de su administración
- Garantizarse el alcance que resulte de ellas

El tutor o curador solo podrá iniciar el proceso de adopción de su pupilo o curado una vez extinguidas las obligaciones derivadas de la tutela. No basta la simple rendición de cuentas, es necesaria que esta sea aprobada judicialmente.

44.7. Adopción de personas con patrimonio

Es indispensable y necesario brindar la protección del adoptado en lo referente a su patrimonio (bienes, intereses pecuniarios) frente a alguien que pretenda disimular con la adopción los malos manejos en su gestión. En definitiva la *ratio iuris* del artículo 384, *a simili* del anterior es proteger el patrimonio del adoptado.

Los requisitos para determinar la validez de la adopción de aquellas personas que cuentan con un patrimonio son:

- Inventario y tasación judicial de los bienes del adoptado, lo que permite determinar cuáles son los bienes que forman el patrimonio de la persona a adoptarse, así como la valorización de cada uno de ellos. Este requisito que se relaciona con el establecimiento del patrimonio o hacienda del adoptado.

- Constitución de garantía a criterio del juez, de manera que esta funcione como una caución, como un aval, que personalmente debe prestar el adoptante. Esta garantía dependerá de la cantidad de bienes, así como de la valorización de cada uno de ellos. Este requisito que se relaciona con la cautela del patrimonio o hacienda del adoptado.

Con estos dos requisitos si bien no se soluciona el problema de las adopciones por conveniencia de manera cabal, sí se pone un límite a ellas.

45. Padres biológicos

Sujetos pasivos indirectos de la adopción.

Básicamente son los demandados, quienes asienten de la adopción. Los padres que cuentan con la patria potestad en caso de hijos menores de edad, o la custodia legal a partir de la curatela, en caso de hijos mayores de edad incapaces de ejercicio, están llamados a prestar su asentimiento respecto de la adopción de sus hijos en la medida en que son los responsables directos de la persona y bienes de sus hijos y, en virtud de la adopción, se producirá la ruptura de los vínculos legales, con el hijo consanguíneo que es adoptado.

46. Jurisdiccionales

Aquellos que actúan en el proceso de establecimiento del vínculo filial, sea el juez, fiscal, notario o funcionario público. Dentro de ellos encontramos a los auxiliares (sicólogos, asistentes sociales, perito) que a criterio del juez participan en el proceso.

XIV. OBJETO

La adopción es un acto jurídico solemne, en virtud del cual se hace ingresar al núcleo familiar a una persona extraña en calidad de hijo.

El objeto del acto jurídico de la adopción es la relación paterno-materno-filial que se establece legalmente entre adoptante y adoptado.

Al ser dicha relación jurídica el objeto del acto jurídico adoptivo, forman parte del objeto de este acto, los derechos, deberes, obligaciones y facultades que traen consigo dicha relación jurídica.

Lo que encontramos al interior de la institución de la adopción es la creación legal del estado de familia paterno-materno-filial adoptivo, análogo al estado de familia que se genera en virtud de la naturaleza. El principio de isonomía o igualdad en las categorías de filiación impone que entre padre o madre adoptivos e hijo(a) adoptivo(a) se generen derechos deberes, obligaciones y facultades iguales o análogos cual si existiera entre ellos una relación consanguínea.

Hay un doble objeto, uno para el adoptante y uno para el adoptado: el adoptante admite en su seno familiar a un tercero respondiendo a causas morales o sentimentales; esta persona se equiparará a un descendiente consanguíneo gozando de todos los beneficios que esta calidad le conferirá. Por otro lado, el adoptado pasará a formar parte de un núcleo familiar gozando de los atributos patrimoniales, hereditarios, alimenticios, etc. de los que goza un hijo consanguíneo.

XV.FORMALIDAD

La adopción es un acto jurídico sometido a una formalidad *ad solemnitatem* que somete la existencia y validez de la adopción a su cumplimiento.

Esta formalidad la constituyen cada uno de los actos que requieren realizarse de acuerdo a la vía procedimental utilizada para tal fin, vale decir, la vía judicial, la administrativa o notarial, según el caso.

No basta la sola voluntad para hacer efectiva una adopción. La ley impone ciertos requisitos y formalidades que deben ser atendidas, de lo contrario no podrá llevarse a cabo.

Los siguientes instrumentos son los que se requieren a fin de que la adopción surja como acto jurídico válido:

47. Sentencia

La resolución judicial, la sentencia, es el documento que pone fin a todo proceso judicial, en este caso, al proceso judicial de adopción. La vía judicial a seguir es la no contenciosa, entendiéndose que la adopción no genera mayores litigios o conflicto de intereses. En nuestro medio, la vía judicial está destinada para la adopción de mayores de edad y en vía de excepción, para la adopción de menores de edad no declarados judicialmente en estado de abandono que se encuentren en determinados supuestos legalmente establecidos.

48. Resolución administrativa

La resolución administrativa es la que pone fin a la vía procedimental administrativa de adopción, la cual está destinada para la adopción de menores de edad declarados judicialmente en estado de abandono y en nuestro medio es llevada a cabo ante la Secretaría Nacional de Adopciones que es una entidad dependiente del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - MIMP.

49. Escritura Pública

La escritura pública de adopción es el instrumento que pone fin al procedimiento notarial de adopción en los supuestos en los cuales este acto jurídico se

lleva a cabo en esta vía, como es el caso de la adopción de mayores de edad con plena capacidad de ejercicio.

XVI. EFECTOS

Sea cual fuere el trámite (judicial, administrativo o notarial) que se haya seguido, la adopción trae consigo efectos jurídicos, personales y patrimoniales, creando una relación jurídica de la que derivan derechos y obligaciones, facultades y deberes.

50. Efectos personales

- ***Surgimiento del estado de familia paterno-materno-filial entre adoptante y adoptado***

La adopción hace surgir de manera irrevocable, el estado de familia paterno-materno-filial entre el adoptante y el adoptado, en virtud del cual el adoptado pasa a ser hijo del adoptante.

En base al principio de isonomía en las categorías de filiación, los hijos adoptivos tienen iguales derechos, deberes, obligaciones y facultades que los hijos biológicos. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico, sea matrimonial o extramatrimoinial.

- ***Surgimiento de parentesco legal entre el adoptado y la familia del adoptante***

La adopción es fuente de parentesco. La ley hace surgir vínculos parentales entre quienes no los tienen por naturaleza o consanguinidad. Tales vínculos surgen entre el adoptante y su familia conforme lo indica el artículo 238 del Código al establecer que: "La adopción es fuente de parentesco dentro de los alcances de esta institución".

- ***Extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia consanguínea***

La adopción supone la ruptura de los vínculos legales existentes entre el adoptado y su familia consanguínea. Dichos vínculos se van a trasladar al adoptado y su familia adoptiva.

La adopción tiene un efecto desplazatorio del estado de familia paterno-materno-filial existente entre el adoptado y sus padres biológicos El adoptado pasa a ser parte integrante de su familia adoptiva. La adopción incorpora en forma total al adoptado a la familia del adoptante. La profundidad de este efecto no se podría lograr si el adoptado continuara con alguna pertenencia a la familia anterior. Los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia consanguínea solamente seguirán teniendo efectos es para los impedimentos matrimoniales.

Los adoptados quedan desligados de su familia de sangre, pero no lo están en cuanto a los impedimentos matrimoniales, pues median los mismos fundamentos con respecto a las prohibiciones para contraer matrimonio que tienen los ascendientes y descendientes biológicos.

La excepción a este principio de ruptura de los vínculos legales consanguíneos se presenta en la adopción por integración o adopción integrante, en consideración al supuesto en que el adoptante es cónyuge del padre o la madre de la persona por adoptar(1201).

En nuestro medio, la referida excepción la encontramos en el artículo 128 del CNA que establece que: "En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes: a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; (…)".

- ***Asunción del apellido del adoptante por parte del adoptado***

En la adopción, sus efectos impactan sobre el apellido del adoptado y pueden impactar sobre su prenombre. El adoptado pierde el apellido anterior, el de su familia biológica(1202).

En la adopción individual (de un solo adoptante), el adoptado toma el apellido del adoptante, unipersonal o compuesto, a petición del adoptante(1203).

En la adopción dual (por los cónyuges) el adoptado toma el apellido del progenitor varón, pues se aplican las normas que la ley prevé para los hijos biológicos(1204), seguido del apellido de la madre.

Al respecto, el Código establece que el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes (art. 22).

El Código de Québec indica que "La orden de posicionamiento confiere el ejercicio de la autoridad de paternidad en el adoptante y permite al niño ejercitar sus derechos civiles bajo un apellido y nombres elegidos por el adoptante, que

(1201) El demandante ha contraído matrimonio con la madre de la menor adoptada, quienes han asumido el sostenimiento, alimentación, cuidado, protección, educación a favor de la menor, brindándole todas las comodidades que un padre debe brindar a sus hijos, condiciones que no ha brindado el padre biológico. Exp. 060-2010- Juzgado Mixto de Mala. Corte Superior de Justicia de Cañete (29/02/2010).

(1202) Los intervinientes en un proceso de adopción no pueden establecer reglas propias, ni pueden fijar los términos o las condiciones sobre la forma como se constituirá el nombre del adoptado pues tal atributo se constituye según lo dispuesto por el código civil, norma de observancia y aplicación obligatoria. Res. Nº 1011–2005 JEF / RENIEC 393 - 1998.

(1203) LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*. Ob. cit., p. 240.

(1204) Ibídem, p. 241.

serán inscritos en ese mismo orden" (art. 569). Pero existe una norma singular en cuanto a la composición del nombre que refiere que: "La Corte asigna a la persona adoptada un apellido y nombre escogido por el adoptante, a menos de que exista un requerimiento del adoptado. Este le permite mantener su apellido original y sus nombres anteriores (art. 576).

- ***Surgimiento de impedimentos matrimoniales entre el adoptado y su familia adoptiva***

Este efecto tiene un hondo contenido moral.

Al haber una equiparación total de los efectos jurídicos de la filiación biológica y la filiación adoptiva, los ordenamientos incorporan los impedimentos matrimoniales por adopción.

La adopción constituye un impedimento dirimente (afecta la validez del vínculo matrimonial), relativo (entre adoptante, adoptado y sus familiares) y perpetuo (dado el carácter irrevocable de la institución adoptiva). El Código no regula expresamente el caso del parentesco adoptivo como causal de nulidad del matrimonio, a pesar de ser un impedimento expreso (art. 242, inciso 5).

No pueden contraer matrimonio entre sí el adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad (inciso 5, art. 242).

51. Efectos patrimoniales

- ***Extinción de la patria potestad de los padres biológicos y asunción por parte del adoptante***

La adopción produce la extinción de la patria potestad de los progenitores anteriores del menor.

Con la sustitución del lazo parental, la supresión del vínculo biológico entre el adoptado y su familia de sangre deja sin sustento a la patria potestad, extinguiéndose la que existía entre los padres biológicos y el hijo de estos por haberse convertido en hijo adoptivo pleno de una o dos personas[1205]. No se puede hablar de la existencia de dos padres, el biológico y el adoptante.

Pero esta consecuencia jurídica viene acompañada de otra simultánea y es que, a raíz de la adopción, y como consecuencia de la extinción de la patria potestad de los progenitores biológicos, el o los adoptantes son los nuevos titulares y ejercientes de la patria potestad sobre el hijo adoptivo menores de edad.

(1205) MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 32.

Si se trata de una adopción unipersonal, el adoptante ejercerá en forma exclusiva la autoridad de los padres, de modo análogo a los progenitores biológicos, tanto en los actos cotidianos como en los trascendentales en la vida del menor, relativos a su persona y a sus bienes(1206). En la adopción dual, los cónyuges adoptantes ejercerán la patria potestad del hijo adoptivo en forma compartida respecto de los actos cotidianos sobre la persona y los bienes del menor, y de modo conjunto obligatorio respecto de los actos trascendentales sobre la persona y los bienes del menor(1207).

La titularidad y el ejercicio de la patria potestad de los padres anteriores del menor, que desaparece como efecto de la adopción plena, reconocen como faz positiva la nueva patria potestad que se atribuye a los adoptantes(1208).

- ***Surgimiento de vocación hereditaria***

El hijo adoptivo es un hijo a plenitud del término.

El Código, en su artículo 724, establece que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. Dicho artículo no distingue entre vínculos biológicos y vínculos adoptivos. Como hijos, determinan el tercio de libre disposición, artículo 725.

En esta línea, le es aplicable el artículo 805, en caso el hijo adoptivo no haya sido considerado en el testamento este caducará.

- ***Surgimiento de obligación alimentaria***

La obligación alimentaria rige para los parientes tanto por consanguinidad como por afinidad. Como obligación recíproca ha sido estructurada según orden fijado por ley, es sucesiva o subsidiaria y no simultánea, por lo que la obligación de un pariente no es exigible sino en caso falten los obligados o de imposibilidad de estos para prestarlos(1209).

En nuestro medio, el artículo 474 del Código establece que se deben alimentos recíprocamente: 1.- Los cónyuges. 2.- Los ascendientes y descendientes. 3.- Los hermanos. Dicho dispositivo no distingue entre vínculos biológicos y vínculos adoptivos.

(1206) LLOVERAS, Nora. Ob. cit., p. 216.
(1207) Ídem.
(1208) Ídem.
(1209) MEDINA, Graciela. Ob. cit., p. 25.

52. Efectos laborales

- ***Licencia de maternidad/paternidad por adopción***

En Brasil por Ley 10.421 (15/4/2002) se concede un plazo en que la madre adoptante puede estrechar con mayor afinidad al hijo recién adoptado (si es de 1 año, la licencia será de 120 días; de 1 a 4 años, licencia de 60 días; entre 4 a 8 años, licencia de 30 días).

Asimismo, por Ley 8.112/90, Estatuto del funcionario público, se establece que por el nacimiento o adopción de un hijo, el servidor tendrá derecho a licencia de paternidad de cinco (5) días consecutivos de licencia.

53. Efectos procesales

La adopción genera algunos efectos procesales.

En materia procesal civil, la adopción genera impedimento para el juez de dirigir un proceso, cuando tiene parentesco adoptivo con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso. Asimismo, las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso (causal de recusación) cuando su pariente por adopción tiene relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público.

En materia procesal penal, se establece que los jueces se inhibirán cuando sus parientes por adopción tuvieren directa o indirectamente interés en el proceso. Así también pueden abstenerse para rendir testimonio en todo o en parte, los parientes por adopción.

XVII. INSCRIPCIÓN Y REGISTRO: EXTENSIÓN DE NUEVA PARTIDA DE NACIMIENTO

Culminada la adopción se procede a la inscripción de la adopción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec.

El Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec peruano[1210] indica en su artículo 39: "La adopción notarial o judicial generará una nueva partida en sustitución de la original, en la que deberá consignarse el mandato de adopción. La partida original conserva su vigencia para los efectos de ley", lo que está en concordancia con el artículo 379 del Código.

La extensión de nueva partida en sustitución de la original refleja el propósito de asimilar al máximo posible la condición de hijo adoptivo a la del consanguíneo

(1210) Aprobado por Decreto Supremo Nº 015-98-PCM, emitido el 23/04/1998, publicado el 25/04/1998.

a punto que no sea necesario siquiera que el propio adoptado llegue a saber que tal es su condición[1211]. Esta situación, a pesar que no es la *ratio esendi* de la norma se encarga de borrar –si bien no todo– el vestigio de la verdadera filiación del adoptado. Esta situación puede generar inconvenientes en la determinación del origen del adoptado quien no pierde su derecho a conocer su origen biológico. Y es en este punto que nuestra legislación no trata el tema del conocimiento del derecho que le asiste al hijo adoptivo de conocer su estado civil, mientras que otras legislaciones ya lo consideran.

Sobre este punto, téngase en cuenta que es un derecho natural de la persona saber, conocer, enterarse quienes son sus progenitores.

Se ha manifestado que desde un ámbito práctico operativo, la extensión de una nueva partida de nacimiento debe darse solo en los casos en los que la adopción se lleve a cabo por una pareja, de manera tal que existirá un padre y una madre. No debería extenderse nueva partida de nacimiento, sino solo realizar una anotación marginal en la partida original, cuando la adopción se realiza por una sola persona, lo contrario implica que la nueva partida solo tenga el nombre de un progenitor. La tesis de la integralidad familiar determina el respeto por igual a los derechos a la identidad y a la intimidad familiar lo que se robustece con la expedición de un acta de nacimiento "nueva".

Esto no impide que los Registros del estado civil se lleven según los principios y normas del Derecho registral. En este sentido se deberá respetar lo siguiente:

- En la primera partida se anotará la filiación biológica de la persona.
- Una anotación marginal en esta dará cuenta de la adopción.
- Finalmente, una nueva partida informará sobre la filiación de la persona, y en ella figurarán como padres los adoptantes.

Y es de esta última, solamente, de la que podrá expedirse una fotocopia certificada.

Esto se tomó como muestra para el reconocimiento y de la declaración judicial de la paternidad, casos en los que, para efectos de la concreción de la relación filial establecida, se procedía a colocar un sello marginal en la partida, antecedente de referencia histórica de la identidad que generaba casos de discriminación, (…) este es un hijo extramatrimonial, (…) este otro un hijo adoptado. En una línea de criterio paritario es que se modifica el artículo 387, agregándole un segundo párrafo que indica: "Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad

(1211) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. Ob. cit., p. 421.

o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas"[1212].

XVIII.REVOCACIÓN

Es un caso de impugnación o renuncia a la adopción.

Permitiría al adoptante y/o adoptado variar o cambiar su manifestación de voluntad a favor de la adopción y, por consiguiente, del estado de familia paterno-materno-filial adoptivo que se creó. La revocación se determina en virtud de resolución o declaración judicial (*ope iudicis*).

La revocación de la adopción resguarda el acto constitutivo de la adopción y puede operar, de ser el caso, independientemente del consenso de las partes, a las cuales la ley, en este caso, reconocería solo el poder de solicitar el pronunciamiento por la revocación, la que se constituye como una excepción al principio de inmutabilidad del estado familiar y se configura solo en los casos expresamente previstos.

Algunas causales de revocación que encontramos son:

- Indignidad del adoptado,
- Indignidad del adoptante, y;
- Razones de buenas costumbres.

En el ordenamiento jurídico peruano, dado el carácter irrevocable de la adopción, no se contemplan causales de extinción o revocación de la adopción.

No obstante, el menor o incapaz que haya sido adoptado puede impugnar la adopción de la que ha sido parte y pedir que se deje sin efecto la misma, dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. Téngase presente que el plazo es de dos años, los que se computarán desde que adquiere su mayoría o a cesa de su incapacidad.

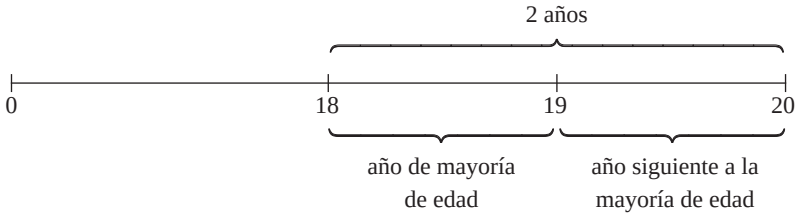
No es este un verdadero caso de revocación, *i.e.* uno que se retracte de su voluntad quien de manera libre y con plena capacidad la otorgó, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad en virtud justamente de la situación de minoridad o incapacidad: precísese que en este caso no está revocando la voluntad, sino manifestando la que ahora se goza al adquirir la mayoría de edad o recobrar la plena capacidad de ejercicio, ya que el estado de familia paterno-materno-filial adoptivo le fue emplazado por voluntad ajena, vale decir, sin que jurídicamente se haya podido considerar la propia voluntad del

(1212) Artículo 5 de la Ley Nº 29032, Ley que ordena la expedición de una nueva partida o acta de nacimiento cuando el reconocimiento de paternidad o maternidad se realiza con posterioridad a la fecha de inscripción (DOEP, 05/06/2007).

adoptado. Así pues, lo que busca el menor de edad o el incapaz al llegar a la mayoría de edad o recobrar la capacidad, respectivamente, es que mediante su manifestación de voluntad se deje sin efecto la adopción. Por su carácter jurídico se permite que la adopción pueda ser revocada o declarada su invalidez, situaciones que no se dan en la filiación biológica.

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2011. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se compute dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2012, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24 de setiembre de 2013. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:



El Código de familia boliviano establece que la impugnación de la adopción puede realizarse dentro de los dos años siguientes a su mayoridad o cese de incapacidad.

De acuerdo al estudio del artículo 400 del Código civil peruano y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencia existente la aplicación de este plazo de caducidad, como lo venimos sosteniendo, implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de civil de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los derechos del niño.

La renuncia ha de inscribirse en la partida de nacimiento según lo indica el Reglamento de inscripciones del registro nacional de identificación y estado civil (art. 22, e).

XIX. INEFICACIA

Existen determinadas instituciones que nos pueden llevar a la ineficacia de la adopción, vale decir, a la cesación de los efectos jurídicos de dicha adopción.

La adopción como acto jurídico se encuentra sometida a las causales de nulidad o anulabilidad del acto jurídico en general (arts. 219 y 221 del Código). Dichos supuestos afectan la validez del acto jurídico desde el momento de su celebración, y por consiguiente, al despliegue de los efectos jurídicos de dicho acto.

Asimismo, en la doctrina y legislación comparadas encontramos dos instituciones que pueden devenir en la ineficacia de la adopción: la extinción y la revocación. Son las disposiciones de los diversos sistemas jurídicos, los que van a determinar la posible existencia de causales de extinción y/o revocación de una adopción válidamente constituida.

XX. INEXISTENCIA

Pontes de Miranda(1213) menciona las siguientes: (i) si no existe la persona a adoptar o falleció a la fecha de la escritura pública; (ii) cuando no existe fecha de la muerte del adoptante, y; (iii) si no consintió el adoptado o, es absolutamente incapaz, concebido sin representación del padre, tutor o curador.

Diniz(1214) manifiesta, por su parte, estas: (i) Falta de consentimiento del adoptante o adoptado; (ii) falta de objeto, v.gr. si el adoptante está privado del ejercicio de la patria potestad por incapacidad, ausencia o interdicción civil, y; (iii) falta de proceso judicial con intervención del Ministerio Público.

XXI. INVALIDEZ

La adopción puede ser declarada nula o anulable.

54. Nulidad

La adopción será nula, en los siguientes casos:

- Si el adoptante no es capaz (art. 42).
- Cuando no hay diferencia de 18 años de edad entre adoptado y adoptante (art. 378, inciso 2).
- Cuando dos personas, sin ser cónyuges, adoptan a una misma persona, (art. 382).
- Cuando el individuo ya fue adoptado por otra persona, el adoptado es persona distinta o está siendo adoptado por otra (salvo que sea el cónyuge de quien pretende adoptar).

(1213) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Ob. cit., p. 245.
(1214) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. Ob. cit., p. 427.

- Si el tutor o curador no rindió cuentas de la administración de bienes de su pupilo o curado (art. 383).
- Por simulación

Así también serían nulas las adopciones negadas como por ejemplo:

- La adopción del cónyuge (terminarían siendo padre / madre - hijo y hermano de sus hijos).
- La adopción de los cónyuges por un tercero (terminarían siendo hermanos).

55. Anulable

- Vicio resultante de error, dolo, violencia.
- Falta de consentimiento del cónyuge del adoptante.

XXII. EXTINCIÓN

Supone la determinación de causales en virtud de las cuales, los efectos de la adopción cesarán automáticamente. La extinción queda determinada por la ley (*ope legis*).

Dos de las principales causales de extinción de adopción que encontramos en los sistemas jurídicos comparados son:

- *Matrimonio entre las personas ligadas por el vínculo adoptivo*, al devenir en incompatible el estado de hijo adoptivo con el estado de cónyuge. Este supuesto está considerado en aquellos sistemas normativos en los cuales se prevé dispensa del impedimento matrimonial existente entre adoptante y adoptado que permitiría el matrimonio de estos, y;
- *Legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante. Reconocimiento del adoptado.* El venir a menos de la adopción se explica en virtud de la presencia de un estado más perfecto y completo por parte del hijo adoptivo y, por lo tanto, la inutilidad del vínculo artificial. Tenemos, v.gr. el post reconocimiento a la adopción solo a los fines de la legitimación, si existieran algunos supuestos en los que se permita jurídicamente dicho reconocimiento.

Se puede reconocer al hijo adoptado siempre que exista consanguinidad; pero, surge la pregunta: ¿Por qué adoptar si, finalmente, siendo mi hijo consanguíneo –habiéndolo procreado–, debí reconocerlo?

En esta línea nada impide la adopción del hijo extramatrimonial, ante la negativa de reconocerlo, dado que no existe en la legislación norma alguna que prohíba

las relaciones de parentesco civil entre el padre o madre y el hijo natural(1215) (mejor dicho consanguíneo). Lo que no se podría es reconocer y luego querer adoptar, no tendría sentido. En el primer caso, reconocer al adoptado puede estar dirigido a generar el parentesco consanguíneo que ab initio quise ocultar y que hoy quiero sustituir por el civil, pero los efectos serían los mismos, sería un acto jurídico carente de razón o, como diría Diniz(1216), sin objeto.

XXIII. DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO

Actualmente, el denominado derecho a conocer el propio origen biológico para el caso de la adopción está teniendo mayor connotación y así viene siendo aceptado jurisprudencialmente(1217).

Este derecho es reconocido en algunas legislaciones como es el caso Argentina que indica que el adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica (art. 328), asimismo el Proyecto de Código Civil argentino (art. 596).

El derecho a conocer el propio origen biológico es una facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de la verdad biológica, le permite el ejercicio de averiguar quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible (*patre nullu natus*). Debe tomarse muy en cuenta que el culto al no develamiento del origen biológico del adoptado ha desaparecido. Hoy en día se viene promocionando el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes biológicos. La facilidad al acceso del expediente de adopción al menor y el compromiso que asumen los padres adoptivos de informar en su momento los orígenes al adoptado es un reconocimiento al derecho a la identidad.

El Código Civil de Québec también tiene una norma al respecto y se sustenta en que "cualquier persona adoptada tiene el derecho de acceder a la información que le permita encontrar a sus padres naturales si es que previamente estos lo han consentido. Lo mismo se aplica a los padres adoptivos, si es que el adoptado, una vez mayor de edad, previamente lo ha consentido. Un niño adoptado menor de 14 años de edad tiene el derecho de acceder a la información que le permita encontrar a sus padres naturales si es que tanto los padres naturales como los padres adoptivos previamente lo han consentido. El consentimiento no puede ser solicitado; sin embargo, no se le puede informar a un menor adoptado si los padres naturales consintieron o no que se les pueda ubicar" (art. 583) y además "Si el denegar la información relacionada con la adopción sea causa de daño serio a la salud de una persona adoptada (sea mayor o menor de edad) o a cualquiera de

(1215) DINIZ, María Elena. Ob. cit., p. 419.
(1216) Ídem.
(1217) *El País*, Madrid, 28 de mayo de 2001.

sus parientes cercanos, la corte puede permitir que el adoptado acceda a esa información. Un pariente cercano de una persona adoptada también tiene ese derecho si es que dicha información puede ser la causa de un daño serio a su salud o de cualquier de sus parientes cercanos" (art. 584).

El Código Civil de Portugal (art. 1985, Segredo da identidade) tiene una norma un tanto difusa, pues por un lado restringe el conocimiento de la identidad y por otro lado la permite, veamos: 1. A identidade do adoptante não pode ser revelada aos pais naturais do adoptado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação. 2. Os pais naturais do adoptado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adoptante (Redacção do Dec.-Lei 185/93, de 22-5).

En el plano del derecho positivo, el derecho del hijo por adopción a la información sobre su origen biogenético es expresión escrita en los tratados internacionales y también en algunas de las más actuales leyes o proyectos de reforma de las leyes de adopción(1218).

Se debe reflexionar acerca de la realidad como tal; el origen biogenético, como su nombre lo indica, ofrece los datos de origen acerca de los progenitores. No más, en la mayoría de los casos. De allí que se insiste en la necesidad de la fundamentación de la sentencia, acordando la adopción, incluyendo el relato de las circunstancias que contribuyan a que el adoptado pueda interpretar ese momento de su historia personal (1219).

De todos modos, nunca podrá ser más que una información; tal vez, una explicación que al llegar a su destinatario lo encuentra ya convertido en otro. En sí mismo solo puedo surgir merced a la relación con sus padres y su familia adoptiva. La identidad de cada persona humana excede, con holgura evidente, esa información del origen biológico. Como tal no educa, no acompaña, no alimenta, no vincula con fuerza psicoafectiva, no nutre la vida convivida; los datos biogenéticos son referencias huecas del hombre y/o de la mujer que los han proporcionado, como un guante perdido sin la mano que le da sentido(1220).

XXIV. BASE LEGAL

La institución de la adopción está regulada principalmente por:

- Código Civil, conjuntamente con la regulación de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

(1218) ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. Ob. cit., p. 287.
(1219) Ídem.
(1220) Ibídem, pp. 287-288.

- Código Procesal Civil, para la regulación de la adopción judicial, dentro de los procesos no contenciosos.
- Código de los Niños y Adolescentes, para la adopción de menores de edad; la Ley Nº 26662.
- Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, en lo que respecta a la adopción en la vía notarial para mayores de edad y, la Ley Nº 26981.
- Ley de procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono y su Reglamento aprobado por D.S. Nº 10-2005-MIMDES para menores de edad en situación de abandono.

XXV. INSTITUCIONES AFINES

56. Prohijamiento

También llamada preadoptabilidad.

Es una situación familiar de hecho en la que una persona funge de padre o madre, sin serlo legalmente, cumpliendo con los deberes propios de una relación paterno-filial.

Vivir, criar y mantener integralmente a un niño sin tener la obligación de hacerlo, determina el denominado prohijamiento y se demuestra con la posesión constante de estado de familia(1221).

Esta institución tiene una importancia fundamental en la adopción por excepción (art. 128 del CNA).

57. Colocación familiar

También se le conoce como "acogimiento familiar".

Mediante esta institución un niño o adolescente es acogido por una persona(1222), familia o centro especializado que se hará responsable de él en forma transitoria (art. 104 del CNA).

(1221) Los demandantes sostienen que son hijos biológicos de don XX y doña XY, quienes comenzaron a hacer vida convivencial en fecha anterior a los nacimientos; asimismo, se ha emitido pronunciamiento sobre el estado de posesión constante de hijos extramatrimoniales que ostentaron los demandantes, siendo ambas circunstancias causales para la declaración judicial de filiación extramatrimonial previstas en los incisos 3 y 2 del artículo 402 del Código, respectivamente. Cas. Nº 3368-2006, Puno.

(1222) Mujer soltera y con capacidad económica y moral puede solicitar que un menor en abandono sea colocado en su familia. Dictamen Fiscal 10-2012-MP/1 FPF-HUARAZ (14/3/ 2012). Exp. Nº 2010-1239, Primer Juzgado de Familia de Huaraz.

En la determinación de la colocación familiar se toma en cuenta el grado de parentesco y la relación de afinidad y afectiva con la persona, la familia o la institución que asumirá su cuidado, así como su ubicación en su entorno local (art. 105 del CNA). Es una situación tutelar de los menores que se realizará únicamente en familias residentes en el Perú (art. 106 del CNA).

Entre sus características tenemos:

- Es decretada por instancia administrativa o judicial.
- Puede ser remunerada o gratuita.
- En los procesos de adopción se aplica como medida de aclimatamiento.
- Brinda una protección a los niños desamparados o que corren peligro en su integridad.
- Su finalidad es integrarlo a la vida familiar.
- Sus objetivos se cumplen exclusivamente en el territorio nacional.
- Se toma en cuenta la opinión del menor para su reubicación.
- Antes de otorgar en colocación familiar, las familias son capacitadas para cumplir cabalmente con su encargo.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. *La Adopción*. Abeledo-Perrot S.A.E e I., Buenos Aires, 1997.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo 2, 7ª edición, 1ra reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BEVILÁQUA, CLÓVIS. *Direito da familia.* Ramiro M. Costa & Filhos - Editores Livraria Contemporânea, Recife, 1903.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Familia, 10ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia.* 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano.* 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho civil brasilero*. 17ª edición actualizada, vol. 5, Sao Paulo, Saraiva, 2002.

- GOMES, Orlando. *Direito de familia*. 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001.
- LÔBO, Paulo. *Familias* (Direito civil). Saraiva, São Paolo, 2008.
- LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*. Ediciones Deplama, Buenos Aires, 1998.
- MEDINA, Graciela. *La adopción*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- MEDINA, Graciela. *La adopción*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Campinas, Bookseller, São Paulo, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito civil*. Vol. 2: Direito de familia, 36ª ed., actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de directo civil*. 14ª edição, Vol. V, Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatros, Buenos Aires, 1982.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia.* 2da edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- RUPERTO, Cesare. (voz) "Adozione (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto.* Tomo I, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil". En: *Revista dos tribunais*. Ed. Revista dos tribunais, año 79, vol. 662, Sao Paulo, diciembre, 1990.

CAPÍTULO SÉTIMO

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y PROCREÁTICA

CAPÍTULO SÉTIMO
DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN Y PROCREÁTICA

I. Introducción. **II.** Definición y aproximación. **1.** Procreación y filiación. **2.** Determinación de la filiación. **3.** Derecho a conocer nuestra identidad. **4.** Verdad biológica. **5.** Verdad formal. **5.1.** Voluntad procreacional. **6.** Procreación asistida y filiación. **6.1.** Filiación civil. **7.** Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen. **III.** Fecundación homóloga. **IV.** Fecundación heteróloga. **8.** Determinación de la filiación extramatrimonial. **9.** Determinación de la paternidad. **9.1.** Con consentimiento del marido. **9.2.** Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad. **9.3.** Sin consentimiento del marido. **10.** Sin consentimiento del marido por incapacidad. **11.** Con consentimiento del conviviente. **12.** Sin consentimiento del conviviente. **V.** Determinación de la maternidad. **13.** Ovocesión. **14.** Madre sustituta. **VI.** Maternidad subrogada. **15.** Madre portadora. **16.** Embriocesión. **VII.** Cesión mixta o conjunta. **VIII.** Clonación. **17.** Autorreproducción. **18.** Gemelación. **19.** Partenogénesis. **20.** Clonaje de células masculinas. **21.** Clonaje de células femeninas. **22.** Delimitación. **IX.** Fecundación post mórtem. **23.** Generalidades. **24.** Determinación de la paternidad. **25.** Determinación de la maternidad. **26.** Consentimiento como base de determinación de la filiación. **X.** Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La reproducción asistida representa una ventaja para aquellas parejas que adolecen de infertilidad permitiéndoles una descendencia biológica pero, a la vez, genera una serie de inconvenientes en materia legal: su calificación como derecho de la persona, su calidad de acto de libre disposición del cuerpo humano, la reducción y desplazamiento de la adopción y los intrincados problemas filiales. A decir de Sesta[1223] el problema que presenta las técnicas de reproducción están en dos órdenes: (i) el relativo a la licitud de la práctica de procreación asistida, y; (ii) la modalidad de atribución del estatus del nacido a través de ellas. Es aquí donde la determinación de la filiación se presenta como un tema recurrente considerando que las normas jurídicas fueron pensadas y estructuradas en base a la reproducción natural hace bastantes siglos atrás.

Es con el *boom* de la procreática que empiezan a surgir los problemas que, en antaño, eran imprevisibles y que hoy son una realidad[1224]. Reproducción asistida

(1223) SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Tomo IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002, p. 594.

(1224) Como lo sostiene Adriana Wagmaister "(…) nos encontramos hoy –como resultado de las nuevas técnicas para la procreación– ante nuevas formas de paternidad y maternidad que revelan la escisión de facetas otrora unidas". Cit. FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Ob. cit., p. 52.

y filiación son temas recurrentes y cotidianos que van en aumento, creciendo inconteniblemente. Requieren del interés, de una solución eficiente y eficaz en beneficio del ser humano, de la familia y de la sociedad frente al avance de las técnicas de reproducción asistida(1225).

La filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza), pero puede encontrar su fuente en la ley (filiación por adopción)(1226). Esta amplia noción permite caracterizarla destacando su diferencia de los restantes institutos que conforman el Derecho de familia tomando en cuenta las permanentes alteraciones que experimenta frente a la presencia de dos variables principales: a) los cambios sociales, y; b) el impacto biotecnológico. Mientras que la adopción y la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio son consecuencia de variantes sociales, la incorporación de la prueba biológica y las técnicas de reproducción humana asistida son resultado de la incidencia de la biotecnología en el ámbito jurídico(1227).

De las dos formas de filiación conocidas y tradicionales –por naturaleza, derivada de la procreación y por adopción, donde el vínculo nace sin depender del hecho biológico– debemos sumar la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida en la que ha de primar la voluntad en su establecimiento(1228). Es el deseo y la intención de los partícipes, que anhelaron ser padres *unos* y colaboradores *otros*, lo que debe primar y respetarse, asemejándose al sistema de la adopción, cuya esencia radica no en la génesis sino en la voluntad. La filiación por técnicas de reproducción asistida deja de lado la biologicidad para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad.

La filiación por técnicas de reproducción asistida se asemeja a la que surge por adopción lo que nos lleva a determinar que su tratamiento debe ser equiparable al de la filiación adoptiva.

(1225) Al respecto Claudia Moran de Vicenzi señala: "La aparición y desarrollo de las diversas técnicas de procreación humana –como es la aparición de la fecundación artificial, que comprende tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro– ha cuestionado la vigencia de algunos principios del Derecho de Familia y el contenido del propio concepto de filiación, comenzando por los conceptos de paternidad y maternidad". Vide MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA Editores, Lima, 2005, p. 25.

(1226) KRASNOW, Adriana N. *Pruebas biológicas y filiación*. UNR Editora, Rosario, 1996, p. 49 y ss.

(1227) KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*. 2005-A, p. 1458.

(1228) Azpiri, en crítica al postulado "la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción", establecido en el artículo 558 del Proyecto de Código Civil argentino - 2012, considera que no es la técnica de reproducción humana asistida la fuente de la filiación sino la voluntad de las partes cuando no exista coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas. La fuente de la filiación que debe consignarse en el mentado artículo 558, junto con la naturaleza y la adopción, es la voluntad procreacional en el caso de técnicas de reproducción humana asistida realizadas con material heterólogo. *Cfr.* AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de código civil y comercial". En: *Revista de Familia y las Personas*. Las Ley, julio de 2012, p. 115 y ss.

II. DEFINICIÓN Y APROXIMACIÓN

El tratamiento de la determinación de la filiación en las relaciones surgidas de las técnicas de reproducción asistida precisa tener claramente establecidos ciertos conceptos que han ido evolucionando como consecuencia del avance científico, más aún en las formas de procreación artificial heteróloga que han implicado un cambio en la tradicional relación de descendencia bipartita padre-hijo, cambiándola por otra en la que juega un papel determinante la voluntad.

1. Procreación y filiación

La aspiración de todo ser humano a la paternidad y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de fecundación artificial han llevado a defender la existencia del derecho a procrear o derecho a la procreación humana y, como una de sus manifestaciones, la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de las técnicas de reproducción.

La procreación natural es un acto biológico tan humano que implica la participación conjunta de un hombre y una mujer, *pro - crear*. Fueron dos quienes engendraron a uno. Ese "uno" necesita conocer a esos "dos" o a uno de los "dos". Mis orígenes, mis padres, mis raíces, nada como sentirse identificado con los ascendientes que nos dieron la vida. Pero, la unión sexual, la procreación matrimonial y la veracidad de la madre fueron destronadas por la procreática.

Un sector de la doctrina se ha aferrado a la idea que existe un derecho a la procreación derivado de varios derechos fundamentales como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la libertad, afirmación que concibe un derecho a procrear como el alcance mismo de la libertad personal. El criterio de Miranda Luna va en esta línea y en el entendido "(…) que, como derecho que se reconoce a todo ser humano, incluso contemplado a nivel constitucional, se encuentra el derecho a constituir su propia familia, no parece que haya viso alguno que para poder optar a uno de los métodos de fertilización asistida se vaya a instituir como requisito previo que la iniciativa y solicitud sea formulada por parte de una pareja matrimonial o, en su caso de convivientes declarados, imposibilitados por causas exclusivamente biológicas para procrear por vía natural"(1229).

La filiación es consecuencia de la reproducción. Esta puede ser natural o asistida. En el primer caso no presentan mayores problemas (salvo los referidos a la determinación de la filiación extramarital solucionados hoy con el ADN). Es la reproducción asistida la que genera inconvenientes que, en muchos casos, se condicen con los planteamientos legales tradicionales y con el biologismo imperante.

(1229) MIRANDA LUNA, Raúl E. y otro. *Bioética y Derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 300.

La tendencia actual es que el aporte de la ciencia genética en la determinación biológica de la paternidad con el ADN se aplique, solo y exclusivamente, a la filiación por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial) mientras que la voluntad y el afecto (socioafectividad) sea la base para la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida –como lo ha dado a entender un criterio de nuestra Corte Suprema(1230)–, *a símili* de la adopción, *i.e.* el régimen de filiación debe sustentarse en el principio de veracidad (*favor veritatis*), principio de igualdad, el principio de protección de los intereses del hijo (*filii)* y en la voluntariedad. Y es que entre la pareja sometida a estas técnicas y el niño surge una relación socioafectiva, llena de amor, afecto y bondad, más allá de los límites del vínculo biogenético. La pareja abdica la conexión biológica con el niño con el deseo puro –único y simple– de poder ser padres. Se establece el vínculo emocional de paternidad, un vínculo que, como ocurre en la adopción, es irrevocable(1231) y tanto más natural que el derivado del engrendramiento.

Lo que hay que enfatizar es la socioafectividad que se forjará de la relación de padre-hijo, anteponiéndose a los lazos biológicos, el factor de crianza. El desarrollo del hijo en el seno de la familia en conjunto con sus padres que lo desearon por medio de la técnica procreática hace desarrollar lazos más fuertes que los biológicos. El amor y el afecto se irán incrementando al pasar de los años, se unirán de forma innegable, hijo y padres, forjando un vínculo difícil de romper, creando verdaderamente una familia en el más amplio sentido de la palabra. Una familia derivada de la ciencia pero (re)fundida en el amor.

La filiación por técnicas de reproducción asistida se afianza en la socioafectividad debiendo ser apreciada como un reconocimiento del derecho fundamental a la felicidad(1232), sin distinguir si se trata de pareja heterosexual u homosexual que haya hecho uso de las mismas, sino que se reconozca como principio derivado de la dignidad de la persona humana, de su libertad, autodeterminación, igualdad, intimidad, no discriminación, del pluralismo que inspira a la familia moderna.

2. Determinación de la filiación

Consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación. Esta es el presupuesto biológico fundamental

(1230) Cas. Nº 563-2011, Lima.

(1231) DE SOUZA NOGUEIRA, Juliano Augusto. "La investigación de paternidad de la reproducción heteróloga". En: *Jus Navigandi*. <http://jus2.uol.com.br>, p. 3 (agosto de 2011).

(1232) El derecho a la felicidad consta en el preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del año 1776 en las palabras de Thomas Jefferson: "Consideramos estas verdades como evidentes por sí mismas, que todos los hombres son creados iguales, dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos está el derecho a la vida, la libertad y la procura de la felicidad".

en la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

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. Hasta cierto punto, como vemos, se contraponen.

En los supuestos de fecundación artificial con intervención de terceros, la filiación se determina a favor del varón o la mujer que sin haber aportado sus gametos consiente que su pareja recurra a aquella técnica para después del nacimiento asumir la paternidad o maternidad del nacido, produciéndose una disociación entre la paternidad y maternidad biológica o genética y la filiación establecida por ley. Como consecuencia de aquella separación –dato biológico y el vínculo jurídico– y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a esta clase de técnicas, se establecen dos grandes excepciones al principio de veracidad:

- Inimpugnabilidad de la filiación, y;
- Anonimato del cedente.

Vale decir, que la inseminación heteróloga practicada con conocimiento y consentimiento del marido lo inhabilita a demandar *ex post* por impugnación de la paternidad. Lo contrario sería entorpecer sus propios actos. En cambio, en relación al anonimato del cedente, algunos señalan que el hijo tiene derecho a conocer la identidad de sus progenitores, argumentando que este derecho está ligado con la dignidad y el derecho de conocer su origen biológico. En cambio, la otra postura señala que el derecho de conocer la identidad del donante constituiría una fuente de litigios, crearía incertidumbre en las parejas que recurrieran a esta práctica y violaría el derecho a la privacidad. Incluso, existe la opinión generalizada entre los médicos y personal sanitario que el anonimato del cedente es una condición sine qua non para que exista donación de gametos. Kemelmajer, Herrera y Lamm[1233] formulan la teoría que no se priva a la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida del derecho a conocer su origen genético, sino que tiene la posibilidad de acceder a dicha información mediante un trámite judicial en el que debe encontrarse protección a los intereses involucrados –los del cedente– todo a la luz del principio de proporcionalidad.

(1233) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. "Filiación derivada de La reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", En: *La Ley*. AÑO LXXVI Nº 189, Buenos Aires, martes 9 de octubre de 2012, p. 1.

3. Derecho a conocer nuestra identidad

Es la facultad del ser humano sustentada en el principio de la verdad biológica que le permite saber quién es su progenitor que, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Entre la identidad personal y la realidad biológica existe una relación mediante la cual un sujeto encuentra su ubicación en una familia y obtiene el emplazamiento que le corresponde, el derecho a saber quiénes son sus padres.

Las técnicas de procreación afectan este derecho y no puede negarse a una persona la facultad a establecer el cuadro de su identidad cuando en su generación de por medio hubo la asistencia reproductiva.

4. Verdad biológica

Se sustenta en la transferencia de genes entre progenitores y generados, *favor veritatis*(1234).

Utiliza el presupuesto biológico o genético de la filiación dejando de lado el aspecto social (verdad social, verdad de vida, verdad vital representada en la posesión de estado, conocido como la verdad sociológica o el vínculo socioafectivo).

El sistema legal tiende a ello, favoreciendo la determinación de la filiación conforme a la realidad biológica(1235).

5. Verdad formal

Se sustenta en el principio voluntarista, *favor affectionis*.

El consentimiento, deseo y afecto marca la obligación y responsabilidad de las personas que autorizaron la técnica de procreación quienes no pueden negar, luego, su compromiso biológico(1236).

(1234) Moran de Vicenzi señala que uno de los principios fundamentales del Derecho de filiación, denominado favor veritatis, supone que el vínculo paterno filial se establece una vez comprobada la descendencia genética y/o biológica del nacido respecto a un varón y una mujer determinada. La importancia del favor veritatis y del derecho a conocer el propio origen biológico se fundamenta en la protección de los intereses del hijo y en el cumplimiento de los deberes de los padres respecto a sus hijos, salvo en aquellos casos excepcionales considerados por el legislador. Cfr. MORÁN DE VICENZI Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores, Lima, 2005, pp. 30 y 61.

(1235) Esta postura, asumida por Moran Vicenzi y defendida por autores como Soto La Madrid y Coviello, sostiene que el elemento biológico es el factor subyacente de la filiación, lo que no supone desconocer el importante papel que tiene la voluntad en la constitución o modificación de la relación jurídica paterno filial, sino más bien establecer su verdadera función. Por ello, antes de recurrir a complicadas e inciertas interpretaciones lo más conveniente es modificar las normas jurídicas que permitan brindar una solución adecuada a las nuevas situaciones planteadas. Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. Ob. cit., p. 89.

(1236) Con relación a cómo puede ser definido o en qué consiste este elemento de la voluntariadad como presupuesto determinante de la relación de paternidad, la doctrina no tiene un criterio unánime sobre el concepto y el fundamento del mencionado factor voluntad. En opinión de algunos juristas, es una consecuencia del principio de la responsabilidad por actos propios. Otros, lo identifican con la voluntad

5.1. Voluntad procreacional

El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica considerando que esta no es un valor absoluto, si se toma en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes. *Favor affectionis vs. favor veritatis.* Prima la voluntad y la responsabilidad, reafirmándose al "padre de derecho".

La teoría de la voluntad procreacional tiene en Díaz de Guijarro su principal exponente, quién en uno de sus trabajos sostiene que "(…) en el caso de la inseminación heteróloga, cuando el semen es proporcionado por un extraño, también encontramos la voluntad procreacional, porque el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso la calidad jurídica de padre"(1237). Esta teoría apunta a la determinación de la filiación con fundamento en la voluntad de querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no de nexo biológico, el que queda sin cuidado.

Autorizada la técnica y la filiación, se determina no por las pautas de la naturaleza, sino por la declaración de voluntad. De acuerdo a la tesis de la voluntad procreacional, el régimen de filiación reconoce, implícitamente, la existencia de un elemento voluntario subyacente en la relación de paternidad de tal importancia que puede llegar a la determinación de aquella al margen del dato biológico. En ese sentido, se dice que para la atribución de la paternidad es precisa la voluntad del hombre de tener un hijo con una mujer, la cual, a su vez, desea ser fecundada con el semen de aquel o, sea el caso, de un tercero. Es necesaria la voluntad de tener un hijo como descendiente común de un hombre y una mujer que se han elegido mutuamente, por lo que no es posible atribuir la paternidad en cabeza de quien, sabiendo y aceptando que su semen sirva a la fecundación, se ha limitado a ponerlo a disposición de terceros, como sucede con los cedentes, quienes no adquieren responsabilidad alguna.

Desde esta perspectiva, la evolución en materia de filiación puede sintetizarse de la siguiente manera: del inicial *favor legitimitatis* se pasó al *favor veritatis*, mientras hoy se asiste al predominio del *favor affectionis* como criterio prevalente de constitución de la relación paterno filial. La fecundación artificial heteróloga da origen al *statuts filationis ulteriore* de carácter intermedio entre la biológica y la adoptiva, determinada sobre la bases de factores sociales y psicológicos.

La verdad formal se aplica en la procreación asistida heteróloga en la que se prefiere la intención frente a la sangre. No se puede dejar de reconocer que por tratarse de una forma de procreación asistida, la voluntad de la pareja puede llegar

---

de procrear. Una tercera postura, lo equipara con la voluntad de asumir el vínculo jurídico de filiación; y, finalmente quienes lo relacionan con una exigencia del deber de solidaridad. Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. Ob. cit., p. 81.

(1237) Cit. KRASNOW Adriana N. *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*. Ob. cit., p. 219.

a jugar un papel no solo de cierta importancia, sino preponderante en la determinación de la filiación.

La pregunta latente y de siempre es: ¿Cuál debe tenerse en cuenta?

La filiación se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción. Existe una disociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida. Fundado el vínculo filial en la voluntad procreacional compartida entre marido y mujer deben adoptarse criterios que se ajusten a la misma por el camino de la ejemplaridad, perdiendo importancia la verdad biológica(1238).

Para adecuar las normas legales a los requerimientos de los usuarios se consideran dos excepciones al principio de veracidad:

- Inimpugnabilidad de la filiación, y;
- Anonimato del cedente.

6. Procreación asistida y filiación

En la actualidad, la procreación asistida es un tema que no se encuentra adecuadamente regulado en los países latinoamericanos debido a que se requiere el establecimiento de directrices jurídicas que sirvan para orientar el desarrollo de la legislación de la materia.

En Argentina se han realizado diversos foros académicos en los que autorizadas opiniones se han pronunciado al respecto, tal como se evidenció en el marco del II Encuentro Regional de Derecho de Familia del Mercosur, en el que Aída Kemelmajer se manifestó al respecto alcanzándonos algunas pautas(1239):

- Definir si la procreación asistida es un método subsidiario o alternativo de procreación.
- Establecer quienes tendrán acceso a las técnicas (cónyuges y/o convivientes, y/o mujeres solas, y/o parejas del mismo sexo).
- Precisar si es necesario establecer una limitación de edad mínima y máxima para someterse a estos tratamientos y/o técnicas.
- Fijar los requisitos exigibles para los donantes de material genético, si la donación debe ser anónima o delimitar sus consecuencias.

(1238) Ibídem, p. 281.

(1239) RODRIGUEZ ITURBURÚ, Mariana. "Sobre la Inconstitucionalidad de la ley de fertilización asistida de la provincia de Buenos Aires. ¿Ley de cobertura?". En: *Revista de: Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. VI, diciembre de 2011, pp. 136-138.

- Establecer la filiación materna y paterna en los supuestos de fecundación heteróloga.
- Resolver si se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o integrantes de la pareja conviviente para la determinación de la paternidad matrimonial o extramatrimonial en los casos de fecundación heteróloga.
- Reafirmar el principio de voluntad procreacional y tener en cuenta la posibilidad de no impugnación de filiación y definir si se acepta la maternidad subrogada y, en su caso, cuáles deben ser los requisitos de admisibilidad, y por último expedirse sobre fecundación post mórtem.

En el sistema de filiación común, típico o tradicional, la paternidad se sustenta en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica. En el hombre la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer el hecho de parir.

El fin de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas estériles, por lo que debe estar acompañadas de un sistema de atribución de la filiación eficiente, que no imponga sino que construya la filiación de los concebidos y nacidos por estos medios.

En los supuestos de fecundación artificial con intervención de terceros, la filiación se determina a favor del varón o la mujer que sin haber aportado sus gametos consiente que su pareja recurra a aquella técnica para, después del nacimiento, asumir la paternidad o maternidad del nacido. Se producirá una disociación entre la paternidad y maternidad biológica o genética y la filiación legalmente establecida(1240).

Así vemos que el esquema típico de la filiación no responde a las necesidades de la procreática, a contrario sensu la complica más, la altera. Y es aquí cuando verificamos que no siempre hay coincidencia entre el aspecto biológico y el legal.

En el reparto autónomo que se desarrolla entre el equipo médico y la pareja se presenta la particularidad de intervenir elementos ajenos a los sujetos del reparto, como el material genético del tercero dador. Sin embargo, este último no forma parte de la relación intersubjetiva puesto que carece de interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus células germinales(1241).

(1240) La fecundación artificial de carácter heteróloga ha supuesto un cambio en los modos de determinar la paternidad y la maternidad sobre la base del elemento voluntario. Un amplio sector importante de la doctrina defiende que el consentimiento juega un papel preponderante en la determinación de la filiación sobre el presupuesto biológico y, por tanto, es posible inducir la existencia de un principio que denominan *favor affectionis* cuya aplicación se haría extensible a la determinación de la filiación de los nacidos en virtud a esta técnica. Cfr. MORÁN DE VICENZI Claudia. Ob. cit., p. 68.

(1241) KRASNOW, Adriana N. Ob. cit., p. 217.

Como consecuencia de aquella separación entre el dato biológico y el vínculo jurídico, y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a esta clase de técnicas, se establecen dos grandes excepciones al principio de veracidad: la regla de la inimputabilidad de la filiación y el principio del anonimato del cedente, como *ut supra* indicamos. Un sector del Derecho comparado tiende a la prevalencia de la voluntad desplazando lo que mandan los genes. Esta corriente busca distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Es la voluntad la que prima y, además, la robustece. En la fecundación asistida la voluntad desempeña un papel relevante, por lo que puede interpretarse:

Procreación con voluntad → Natural → TERAS

Procreación sin voluntad → Excepcional → Violación

Las técnicas de fecundación artificial con intervención de cedentes tienen por finalidad sustituir el acto de la fecundación por la aportación del material genético. El interés no se centra en la realización del acto de procrear sino en la voluntad. Esta actúa como causa eficiente del origen del nuevo ser, es su razón y motivo determinante para su establecimiento.

6.1. Filiación civil

Llamada filiación social[1242] o filiación tecnológica[1243].

Es contraria a la filiación por naturaleza y contiene conceptos nuevos.

Se fundamenta en la generación y la voluntad de los participantes. Voluntad de procrear, de aportar, de gestar, por un lado y, voluntad de no asumir una relación paterno filial, por el otro. La típica paternidad pierda fuerza. El *progenitor* es desplazado por el afecto del *padre*. El amor y comprensión, ya no más conceptos cargados de biologisismo. A partir de ahora deben primar las categorías sociológicas y culturales.

La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico representado por el progenitaduría. La descendencia corresponde aquellos que la desearon. El régimen de la filiación para las técnicas procreáticas se asemeja a la adopción

(1242) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Ob. cit., p. 312.

(1243) "A plena possibilidade de atestar a verdade biológica, em percentuais elevados de confirmação da paternidade pela via do exame de DNA, traduz consigo mesma um paradoxo: a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade. Cogita-se, então, que, mesmo sem desprezar o conteúdo biológico, passa-se a uma filiação totalmente baseada na teoria da afetividade. O elemento sanguíneo, que por longo espaço de tempo serviu de alicerce para a constituição da relação de filiação, cede espaço para aquilo que poderíamos chamar de *filiação tecnológica*". (LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família". En: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. Acesso em: 9 agosto. 2012).

dado que ambas se sustentan en la voluntad, no en el dato biológico. Así como en la adopción, la paternidad es totalmente espontánea, carente de cualquier vínculo de sangre. La relación entre padres e hijos se establece sobre una opción voluntaria, según el afecto entre los sujetos y, por tanto, debe considerarse legítima y verdadera relación de los padres en caso de conflictos relativos a la determinación de la paternidad(1244).

Hay una relación lógica entre la adopción y las técnicas asistidas. La adopción se constituye como una institución jurídica en la que se considera padres aquellos que son así reconocidos ante la ley. La adopción nace de un acto voluntario premunido de un afecto. De igual manera debe considerarse la paternidad asistida, ya que contiene elementos similares a la adopción. La diferencia radica en el uso de la ciencia médica, pero en ambos casos da nacimiento a una familia afectiva.

Cabe la siguiente interrogante ¿Qué hacer? (i) Crear una nueva categoría de filiación en base a la procreática, o; (ii) Adaptar la filiación a los modelos existentes. La primera gana cada vez más adeptos y se presenta como una labor a realizar de forma apremiante, considerando que la procreática exige nuevas reglas de filiación, sea a través de la paternidad real o formal, al parecer más segura es la segunda.

En el sistema tradicional la filiación depende básicamente del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, desconociendo el *querer* que es la motivación de las prácticas de generación asistida. En la reproducción natural la falta de voluntad del hombre para procrear *es irrelevante* mientras que en la reproducción asistida *es la base*. En esta línea, Moran de Vicenzi(1245) considera que la fecundación artificial, en especial la heteróloga, ha supuesto un cambio en los modos de determinar la filiación sobre la del elemento voluntario. Un sector importante de la doctrina estima que el consentimiento juega un papel preponderante en la determinación de la filiación sobre el presupuesto biológico y, por tanto, es posible inducir la existencia de un principio dominado *favor affectionis* cuya aplicación se haría extensible a la determinación de la filiación de los nacidos en virtud de estas técnicas.

La atribución de la paternidad no es el acto de generación, sino de consentimiento. La voluntad es la causa última dado que el elemento biológico puede variar entre uno u otro cedente. La voluntad del marido termina teniendo más fuerza que la presunción *pater est*, cuando se trata de una técnica homóloga, por ejemplo.

(1244) DE SOUZA NOGUEIRA, Juliano Augusto. "La investigación de paternidad de la reproducción heteróloga". En: *Jus Navigandi,* <http://jus2.uol.com.br> (agosto 2011).
(1245) MORÁN DE VICENZI Claudia. Ob. cit., p. 68.

7. Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen

La regla que vino imponiéndose es que la información de la historia clínica de usuarios de las técnicas procreáticas, el proceso de selección de cedentes y la información contenida en el Registro Nacional de Cedentes fueran recogidas, tratadas y custodiadas en la más estricta confidencialidad con el fin de conseguir una suerte de inmunidad parental (principio de anonimato).

Pero este tratamiento no es uniforme. Suecia permite conocer la identidad del cedente y España la limita considerándose que los hijos tienen derecho a obtener información general de los cedentes, información esta que no incluirá su identidad, correspondiendo igual derecho a las receptoras de gametos y preembriones(1246).

Teniendo en consideración la participación de un tercero dador de material genético en el proceso reproductivo y en la determinación de los vínculos filiales, las legislaciones comparadas han otorgado diversos tratamientos en cuanto a la protección del anonimato del dador. España, Francia, Grecia y Noruega regulan el anonimato. Austria y Suecia admiten el derecho de los hijos a conocer a su progenitor biológico. Alemania e Inglaterra, son si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los Tribunales. En torno y retorno de todo esto debe descartarse la reserva de la identidad, desterrando el padre anónimo.

La reserva de la información no se trata de un límite total, es solo parcial. El hijo tiene el derecho de conocer su origen a fin de permitir la formación de su personalidad, independiente del establecimiento filial, reconociéndose que el acto de cesión de gametos no implica una responsabilidad procreacional tomando en cuenta que esa no fue la voluntad, el deseo que sustentó la práctica(1247).

La interrupción del anonimato se aplicará para tres fines(1248):

- Para satisfacer una necesidad psicológica de conocer la ascendencia genética,

(1246) Las legislaciones que desarrollan este tema se agrupan en dos corrientes. La primera, conformada por Alemania, Austria, Reino Unido, Suecia y Suiza, permite la aplicación de las técnicas de reproducción asistida solo si se respeta la dignidad de las personas (se acepta la donación de esperma y óvulos y se reconoce al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo). La segunda, conformada por Bulgaria, España, Francia, Noruega y Quebec admiten la aplicación de las técnicas de reproducción pero no reconocen al hijo posibilidad alguna de conocer la identidad de los donantes, solo en forma excepcional. Vide FAMÁ, María Victoria. *La filiación.* Ob. cit., p. 419.

(1247) María Victoria Fama sostiene que: "la ponderación de los derechos en juego exige adoptar una solución intermedia que, por un lado, garantice el derecho a la identidad del hijo y, por el otro, preserve los vínculos familiares habidos de la fecundación heteróloga, siendo en tal caso necesario "sacrificar" en cierta medida la intimidad del donante. Esta solución implica, necesariamente distinguir entre dos aspectos del derecho a la identidad: el derecho al emplazamiento filial y el derecho a conocer los orígenes". Vide Ob. cit., p. 427.

(1248) DE SOUZA NOGUEIRA, Juliano Augusto. Ob. cit. En: *Jus Navigandi*. <http://jus2.uol.com.br>, p. 32 (agosto 2011).

- Impedimentos matrimoniales,
- Para preservar y salvaguardar la vida y la salud del niño y, sus padres, en caso de enfermedad genética o hereditaria.

III. FECUNDACIÓN HOMÓLOGA

Es una fecundación interconyugal.

Se realiza con gametos de los cónyuges, marido y mujer.

Según Paulo Lobo(1249) la inseminación artificial homóloga es la que manipula los gametos de la mujer (óvulo) y del marido (semen). La manipulación, que permite la fecundación, implica sustituir a la concepción natural. Este medio artificial resulta de la imposibilidad o de la deficiencia para engendrar de uno o de ambos cónyuges. El uso del semen del marido solamente es permitido en cuanto esté vivo, por ser el titular exclusivo de las partes de su cuerpo. María Victoria Famá sostiene que: "La inseminación homóloga se practica en los casos en que, a pesar de ser ambos progenitores fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual, por diversas causas, tales como la impotencia del hombre o el vaginismo de la mujer, trastornos endocrinos o del metabolismo, secesiones vaginales que neutralizan los espermatozoides, alteraciones del cuello del útero, etc"(1250).

No crea mayor problema en la determinación de la filiación puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga seguridad jurídica a la descendencia en base a la presunción *pater est* y a la determinación de la maternidad por el parto y es que cuando el semen proviene del propio marido, la realidad biológica del niño coincide con el presupuesto legal que origina la presunción de paternidad(1251). En la homóloga existe una perfecta coincidencia entre la verdad biológica y la verdad jurídica con lo cual no existe obstáculo para que el hijo nacido de la fecundación artificial homóloga del genitor unido en matrimonio consiga el estatus de hijo matrimonial(1252).

Alcanza, también, a los convivientes, a las parejas estables, aunque con limitaciones Su aceptación puede aceptarse en la unión de hecho, pues ofrecen una presunción legal de paternidad respecto del conviviente de la mujer.

(1249) LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Familias*. Ob. cit., p. 197.
(1250) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 110.
(1251) Ídem.
(1252) SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". Ob. cit., p. 596.

IV. FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

Es la fecundación supraconyugal.

Se realiza con gametos de ajenos a los cónyuges, terceros, cedentes (mal llamados donantes).

El matrimonio es una institución cerrada en la que se consagra los fines de la familia. Es en ella donde nacen los hijos. Cuando un cónyuge es infértil recurrimos a un tercero para que ceda sus gametos, surgiendo diversos problemas, principalmente filiativos.

Se trata de una técnica realizada con cesión de gametos en la que la fecundación puede ser *in* o *ex útero*. Esta última suprime la *unitas carnis* –el coito– de allí que se diga que es una concepción antinatural. Crea situaciones inseguras puesto que con el cedente se carece de una relación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), negación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros. Existe o genera una divergencia entre el *favor veritatis* y el *favor legitimatis*, lo biológico se contrapone a lo legal[1253].

La cesión de material genético implica tanto los productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos) y encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad.

Esta técnica procreática tiene importante uso en mérito del ejercicio del derecho a la procreación a través del cual se facilita a quienes no pueden tener hijos propios encargarlos a un tercero mediante sus componentes genéticos.

En gran medida esta forma de procreación deja de lado la adopción –en todo caso esta ya no es una opción para tener hijos– quedando en el olvido, siendo desplazada. Mediante este tipo de TERA, los hijos son más de mi naturaleza –no del todo pero al menos una parte sí– a diferencia de los adoptivos en que no tiene nada de la pareja adoptante.

Cuando los gametos empleados son de terceros se produce una disociación entre la paternidad legal y la biológica rompiendo con el principio tradicional de la determinación de la filiación. Se parte del principio que aquel nacido de estas técnicas es hijo de la mujer que lo da a luz y del marido o pareja estable de esta, siempre que exista consentimiento.

Es reconocido por la doctrina la gran problemática referida a este tipo de reproducción asistida. Esta forma de reproducción humana, por utilizar célula

(1253) Ibídem, p. 597.

reproductiva de un tercero extraño a la pareja, presenta mayores discusiones jurídicas en torno a sus consecuencias dentro del arraigo familiar. Y no podría ser diferente, dado que en esta hipótesis la filiación no será regida por el dogma del biologismo, sino por un aspecto superior, fundado en lazos de afectividad(1254).

Una de las cuestiones debatibles es cómo asegurar la filiación del hijo. Discutiéndose su admisibilidad se corre el riesgo de quedarse sin un entroncamiento filial claro. Como refiere Azpiri(1255), la verdadera cuestión referida a la filiación se presenta cuando ha mediado una técnica de procreación con material total o parcialmente heterólogo en razón que en dicho supuesto, al no coincidir el aporte genético con la pretensión de establecer el vínculo filial, pasa a cobrar importancia la voluntad procreacional.

8. Determinación de la filiación extramatrimonial

El Derecho parte del principio que: "Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio" el cual queda desfasado como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, el congelamiento de material genético y la crioconservación de embriones. A la fecha puede concebirse un hijo dentro del matrimonio, crioconservarse y ser implantado luego de disuelto el vínculo, incluso después de transcurrido el plazo de 300 días, la implantación *post matrimonial* altera la calidad legal y el estado civil de los hijos.

9. Determinación de la paternidad

Consideramos en estos casos que la relación jurídica del hombre y la mujer puede estar sustentada en un matrimonio o unión estable, siendo ambos actos jurídicos fuentes de familia y que consolidan la relación filial con la descendencia. Cuando nos referimos al marido, entonces, debemos considerar, también, al conviviente, a la pareja estable.

Hay tres teoría que se han discutido: 1. El consentimiento del marido determina la paternidad con carácter inimpugnable y sin posibilidad de establecer la de los cedentes; 2. En base al interés del menor, el consentimiento del marido es similar al reconocimiento y se descarta la investigación de la paternidad del cedente pues este no se responsabilizó de la paternidad, y; 3. El consentimiento del marido es ineficaz para determinar la filiación pudiendo determinarse la filiación del cedente.

Se presenta una casuística variopinta.

(1254) ARRAIS SOBRINHO, Aurimar de Andrade. "Relación socioafectiva: Desbiologización del concepto de filiación". Disponible en: http://jus2.uol.com.br/doutrina. Acceso el 5 de mayo de 2011.

(1255) AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y comercial". En: *Revista de familia y las personas*. La Ley, julio de 2012, p. 115 y ss.

9.1. Con consentimiento del marido

Sin mayor inconveniente considerando que existe una manifestación de voluntad en la realización de la técnica con material de cedente, no pudiendo impugnar su paternidad dado su consentimiento previo y en base a la teoría de los actos propios.

La doctrina extranjera(1256) ha estudiado la problemática derivada de la fecundación artificial con intervención de cedente de semen desde dos perspectivas distintas, pero estrechamente vinculadas entre sí:

- El consentimiento del marido es eficaz para establecer la paternidad y, de ser el caso, si la filiación podría llegar a ser determinada en cabeza del cedente de semen.
- Establecer los efectos jurídicos que se derivan del consentimiento sobre el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad.

En el supuesto de la fecundación heteróloga de la mujer casada efectuada con consentimiento del marido, la paternidad matrimonial quedará determinada a favor de este en virtud de la presunción *pater ist,* por lo que la doctrina ha intentado justificar qué criterio y por qué debe prevalecer al momento de determinar la filiación del nacido, existiendo dos posturas:

1° El consentimiento del marido para la fecundación heteróloga determina la paternidad matrimonial, excluyendo cualquier posibilidad de establecer la filiación en cabeza del cedente de semen(1257).

2° El principio del *favor minoris* se alega para descartar la determinación de la paternidad del cedente de semen, ya que el menor no tendría interés en determinar su filiación frente a quien con la cesión de sus gametos evidencia su voluntad de no querer asumir dicho vínculo paterno-filial(1258).

Sin embargo, se han venido presentando algunos casos a nivel judicial que contrarían las normas del Derecho de familia y la determinación de la paternidad, por ejemplo:

- *Cuando existe un vicio en el consentimiento*

(1256) FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Ob. cit., p. 91.

(1257) Cfr. Entre otros DE RUBEIS, D. *Inseminazione eterologa: consenso del marido, azione di disconoscimento di paternita e tutela del bambino*. Dir. Fam. E Pers., 1998, p. 526; FERRANDO, G.: Il disconocimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa, Dir. Fam e pers., 1997, pp. 746 -747; SOLDANO: Disconoscimento di paternita e inseminazione eterolaga, Giust. Civ., 1994, cit., p. 1967; UDA, G: Inseminazione artificiale eterolaga, e stato della persona, Dir . Fam. E pers., 1996, p. 602.

(1258) Cfr. SCIANCALEPORE, G. *Línteresse del minore tra esercize di formalismo giuridico e legalita costituzionate*, Fam, e Dir, n. 5, 1998, p. 412.

Habiendo coincidencia genética y matrimonio de por medio solo cabría una acción de daños a favor del marido quedando la paternidad incólume.

- *Error en la fecundación con semen distinto del marido*

  Debe considerarse como padre al existir no solo consentimiento sino, también, el acto de cesión de semen, muy a pesar que la fecundación se realizó erróneamente con material de tercero(1259).

9.2. Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad

Estos casos se han venido resolviendo en base a la teoría de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), limitándose la impugnación de la paternidad considerando que se trata de un acto contrario a la buena fe y se cometería un abuso del derecho.

La tendencia aplicable es que la voluntad procreacional inicial del marido marca su compromiso como padre en la aceptación y atención de la descendencia.

A decir de Sambrizzi(1260), uno de los escollos que presenta la doctrina que admite la posibilidad de la impugnación de la paternidad por parte del cónyuge lo constituye la inmoralidad resultante de la conducta de quién a pesar de haber dado libremente su consentimiento para la fecundación con gametos de un tercero, luego de haberse producido se vuelve atrás y asume una posición distinta, violando el principio de la buena fe y lealtad, que el derecho no puede desatender.

Imagínense aquel caso en que el padre impugna su paternidad y no puede conocerse la identidad del cedente configurándose nada menos que un hijo de nadie, *parentless*.

9.3. Sin consentimiento del marido

La falta de consentimiento de uno de los cónyuges en la participación del otro como aportante (marido) o receptora (mujer) afectan las relaciones conyugales tipificándose una causal de divorcio (teleadulterio o injuria grave) siendo el hijo pasible de impugnación de su filiación.

Esta situación no solamente afecta a la cónyuge sino también puede perjudicar al hijo que puede terminar sin padre. De allí que es importante exigir el consentimiento del marido para la fecundación de su mujer con semen de tercero, la misma que no solo es aplicable para la fecundación heteróloga sino, también, para la

(1259) Con este criterio SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. Ob. cit., p. 213.
(1260) SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. El Derecho, UCA, Buenos Aires, 2004, p. 183.

aplicación de las técnicas de procreación asistida que comprende la fecundación de la mujer con semen del cónyuge[1261], como vimos *ut supra*.

10. Sin consentimiento del marido por incapacidad

El acto procreacional se configura y legitima en base a la voluntad.

La decisión de tener un hijo genera obligaciones y responsabilidades que deben ser asumidas de manera general e integral. La incapacidad del procreante limita su responsabilidad y deberá comprometerse a quien utilizó indebidamente el material genético.

Otros casos que se han planteado en la doctrina y en la casuística son:

a) Paternidad del hijo de mujer casada o conviviente fecundada sin su consentimiento con semen de cedente;

b) Error en la fecundación respecto del material genético;

c) Fallecimiento de los cónyuges antes de la transferencia del embrión, y;

d) El caso de mujer soltera, separada legalmente, viuda o divorciada (se crearía una familia unilineal o monoparental, mejor dicho matrilineal).

11. Con consentimiento del conviviente

En este caso debe realizarse el reconocimiento para atribuir legalmente la paternidad.

Admite la doctrina y jurisprudencia comparada que el asentimiento de la pareja para la fecundación homóloga, sea por escritura pública o testamento, puede ser considerado un reconocimiento indirecto o, en su caso, un escrito indubitado a efectos de canalizar una demanda judicial de paternidad extramatrimonial.

Esto operaría como un caso de reconocimiento de un *concepturus* (aquel no concebido). Téngase presente que se está reconociendo a un hijo no biológico configurándose un reconocimiento por conveniencia o por complacencia.

12. Sin consentimiento del conviviente

Al no existir título de estado y falta de consentimiento la atribución de paternidad estaría negada.

(1261) Ibídem, p. 178.

V. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

El principio tradicional seguido por el Derecho *in genus* es el *mater semper certa est* puesto que el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad, el parto sigue al vientre, *partus sequitur venter*, razón por la cual, la maternidad en sentido biológico, es siempre cierta. Sin embargo, las nuevas tecnologías reproductivas alteran dicho principio ante la posibilidad de que la madre gestacional no sea al mismo tiempo la madre genética, puesto que el hijo que lleva en su vientre es el resultado de la unión de la cédula germinal de su marido con la célula germinal de otra mujer(1262).

La determinación de la maternidad es compleja al vincularse con prácticas de maternidad subrogada relacionadas con la cesión de gametos como son, entre otras las siguientes:

13. Ovocesión

Vulgarmente conocida como ovodonación.

La mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar, por lo que necesita de una mujer que solo le ceda óvulos.

Es un caso de maternidad parcial.

Se produce un caso de trigeneración humana:

1. Espermatozoides del marido,
2. Óvulo de una cedente y,
3. Gestación de la mujer cesionaria óvulo.

La madre procreante no es la misma que la gestante.

En nuestro país, mediante Casación Nº 4323-2010, Lima (11/08/2011) se ha dejado establecido que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonación, no siendo un procedimiento ilícito, sino solo un tema de vacío normativo y jurisprudencial. Este pronunciamiento se emitió en el marco del recurso de casación que interpuesto contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima(1263), la cual revocó la apelada que declaró infundada la demanda de *nulidad de acto jurídico* y reformándola la declaró fundada, al considerar que la ovodonación, realizada en este caso en mérito

(1262) KRASNOW, Adriana N. *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*. Ob. cit., p. 218.

(1263) En el proceso seguido contra ella y contra PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) por Custodio Olsen Quispe Condori y doña María Alicia Alfaro Dávila.

a los documentos denominados *Convenio de realización de Técnica de reproducción asistida* y *autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria,* es un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud; sin embargo, el referido Tribunal Supremo sostuvo que si bien la ovodonación es un procedimiento que no se encuentra legislado, su práctica no deviene en ilegal en virtud al axioma jurídico de que para los ciudadanos *todo lo que no está prohibido está permitido*(1264).

Ya en un fallo anterior –Casación Nº 5003-2007, Lima (06/05/2008)– el mismo órgano jurisdiccional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la alegada prohibición de la ovodonación, lo cual no hizo.

Por su parte, la Casación Nº 563-2011, Lima (06/12/2011) resuelve el caso de una maternidad subrogada en la que una pareja que recurrió a la técnica lleva a cabo un proceso de adopción para regularizar la situación filial destacándose que, de acuerdo al interés suprior de la niña, la misma estaría mejor con ellos –los demandante y recurrentes– por la intención que mostraron de ser padres, a diferencia de la pareja demandada que en ningún momento tuvieron la intención de ser padres, solo obtener una ventaja económica(1265).

14. Madre sustituta

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, hay *deficiencia ovárica* y *uterina* por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones, *i.e.* que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso de maternidad integral.

Se produce un caso de progeneración humana integral:

1. Espermatozoides del marido,
2. Inseminación en tercera mujer.

La madre procreante es la misma que la gestante.

VI. MATERNIDAD SUBROGADA

Aparte de los dos casos antes mencionados las prácticas de maternidad asistida son más complejas y variadas.

(1264) Situación que aunada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil, determinó que se declare fundado el recurso de casación, en consecuencia nula la sentencia de vista y actuando en sede de instancia se confirme la sentencia apelada.

(1265) Vide MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. "El primer caso de vientre de alquiler". En: *Diálogos con la Jurisprudencia*. Nº 167, año 18, Lima, agosto, 2012, p. 55 y ss.

La maternidad subrogada pone de manifiesto dos dificultades preliminares (i) la confusión del problema de la regulación de la filiación con el de la regulación de la maternidad por subrogación, y (ii) el hecho de que no estén explicitadas las razones que han conducido a permitir solo la subrogación por motivos altruistas(1266).

Actualmente es viable que hasta cinco (5) mujeres puedan ser madres participando indistintamente en el proceso biosociojuridico que ella implica.

1. *Genetrix*, madre genética. La que aporta el óvulo.
2. *Gestatrix*, madre biológica o gestacional. La que gesta.
3. *Madre biogenética*. La que enriquece con su material genético.
4. *Madre legal.* La que adopta.
5. *Madre social.* Aquella que lo cría.

El problema de la delimitación de la maternidad frente a la utilización de técnicas de reproducción asistida se presenta cuando se advierte una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social.

El Derecho comparado, casi unánimemente, se pronuncia sobre el tema al indicar que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, prohibiendo los contratos de maternidad subrogada(1267).

(1266) SELEME, Hugo Omar. "La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía". En: *La Ley*, Año LXXVII Nº 13, viernes 18 de enero de 2013, p. 2.

(1267) Las legislaciones que desarrollan esta figura se agrupan en tres corrientes; *Primera*, conformada por Australia, Alemania, Austria, Australia, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Japón, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Taiwan, Turquía regulan esta figura como nulas, las prohíben y algunas establecen sanciones penales para estas prácticas, como es el caso de Alemania. *Segunda,* conformada por algunos estados norteamericanos y Grecia, la admiten a través de acuerdo escrito entre las personas que desean procrear validado a través de un tribunal competente que es quien establece la filiación. *Tercera*, conformada por Brasil, Ecuador y El Salvador, en estos países no existe un marco regulatorio, la maternidad subrogada se practica sin restricciones.

En Brasil la admite solo si se recurre a un miembro de la Familia. A criterio de Lôbo "(…) en el caso de la inseminación artificial homóloga, en Brasil y en la mayoría de países, no se permite el uso instrumental del útero ajeno, sin vínculo de filiación (popularmente conocido como "vientre de alquiler"). Con la naturaleza de la norma ética dirigida a la conducta profesional de los médicos, la Resolución Nº 1.358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina admite la cesación temporal de útero sin fines lucrativo, siempre que la cedente sea pariente colateral hasta el segundo grado con la madre genética". Una posición que cabe destacar a nivel de Latinoamérica es la surgida en el derecho latinoamericano, tal como lo señala Paulo Lôbo cuando afirma que "(…) en el caso de la Inseminación artificial Homóloga, en Brasil y en la mayoría de países, no se permite el uso instrumental del útero ajeno, sin vínculo de filiación (popularmente conocido como "vientre de alquiler"). Con la naturaleza de la norma ética dirigida a la conducta profesional de los médicos, la Resolución Nº 1.358 de 1992 del Consejo Federal de Medicina admite la cesación temporal de útero sin fines lucrativo, siempre que la cedente sea pariente colateral hasta el segundo grado con la madre genética". Vide LÔBO, Paulo. *Derieto Civil. Familias*. Ob. cit., p. 199.

Con relación a la celebración de los contratos de maternidad subrogada, existen países que los admiten previo cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos. Ante la eventualidad de surgimiento de conflictos derivados del incumplimiento de los contratos –por la negativa de la madre gestante a entregar al nacido– se ha resuelto por los tribunales mediante la aplicación del principio de interés del menor, propiciando en algunos casos la adopción de la madre comitente, en otros casos, han determinado la filiación de los padres comitentes, reconociendo el derecho de visitas de la madre subrogada (maternidad compartida)[1268].

En el Perú no existe una prohibición, como ab initio se creía, a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación subrogada (maternidad portadora). Supuestamente la limitación se fundamentaba en dos principios: la maternidad se prueba por el hecho del parto (Código Civil, artículo 409) y la calidad de madre genética debe coincidir con la de madre biológica (Ley General de Salud, artículo 7); sin embargo, mediante la Casación Nº 4323-2010, Lima (11/08/2011), la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonación, la misma que no es un procedimiento ilícito, representando más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

Solo se trata de restricciones éticas al contrariar instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En buena cuenta son actos no arreglados a Derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley penal no son delito, ni falta. Lo delictual se produce cuando hay fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (Código Penal, artículos 143 a 145), tendientes al tráfico de niños como es reconocido y así perseguido.

Debe considerarse que la ley peruana, en especial la Ley General de Salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley General de Salud resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del Código Civil en su norma citada (artículo 409).

Muchas legislaciones consideran que la maternidad corresponde a la mujer que gesta, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de

(1268) Dentro de este grupo se encuentran Reino Unido, Human Fertilization Embriology Act - 1990 que permite el recurso a la maternidad subrogada siempre que se celebre a título gratuito y bajo la supervisión de la entidad encargada de regular y el tratamiento de la infertilidad humana.

otra, tendencia reconocida en innumerables criterios judiciales a nivel mundial. Algunos países permiten la sustitución de maternidad y sus derivaciones cuando se realiza en mujeres emparentadas familiarmente (madre-hija, hermanas, tía-sobrina, primas, cuñadas) y no hay lucro de por medio.

La tendencia viene redireccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir procreacional, el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra.

Frente al principio de la *verdad biológica*, que es el que debe imperar, surge el principio *voluntad procreacional* que parte del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño.

Para Sesta[1269] existen tres formas de maternidad subrogada:

1) *Donación de ovocito*, entrega de óvulo a un(a) tercero(a).

2) *Maternidad subrogada*, con consentimiento de su cónyuge el marido fecunda el ovocito de una tercera mujer quien gesta, pare y entrega al menor a la pareja.

3) *Locación de útero* (*affitto di ventre*) e, embrión *in vitro* es colocado en el vientre de una mujer que no es genéticamente la madre a cambio de una contraprestación dineraria.

A nuestro criterio, la maternidad subrogada puede darse en dos niveles:

15. Madre portadora

La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica.

Es un préstamo de útero dándose una maternidad parcial.

Se produce un caso de trigeneración humana:

1) Aporte de espermatozoides del marido,

2) Aporte de óvulo de su mujer y,

3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora. Como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una misma mujer.

(1269) SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Ob. cit., pp. 600 y 601, nota 200.

16. Embriocesión

Vulgarmente llamada embriodonación.

El problema es de infertilidad completa de la pareja.

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación.

Es un caso especial de procreación produciéndose un caso de multigeneración humana.

1) El marido y la mujer son infértiles,
2) El embrión es de una pareja cedente, y
3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante.

VII. CESIÓN MIXTA O CONJUNTA

Se da con la espermatocesión y ovodocesión incluso con madre portadora.

Los problemas legales de orden filiativo se complejizan al confluir una multiplicidad de componentes biogenéticos, una suerte de multigeneración parental.

VIII. CLONACIÓN

La clonación artificial causa problemas al Derecho.

Su realización está sustentada en la voluntad y el interés humano presentándose como una técnica que crea una vida humana de una manera total y absolutamente antinatural, duplicando.

La naturaleza jurídica de la clonación es la de representar un hecho jurídico voluntario e ilícito realizado a través de una manipulación genética en la etapa biológica de la fecundación. No es un acto jurídico, pues su fin es ilícito al dañar los derechos del ser humano.

Puede ser realizada de varias formas:

- *Autoreproducción*, consiste en extraer el núcleo celular de la persona a duplicar y trasladarlo a un óvulo fecundado enucleado a fin que se desarrolle y así reproducir a un ser humano ya existente;
- *Reproducción gemelar*, se basa en fisionar, dividir, el ovocito fecundado *in vitro* obteniendo embriones iguales, y;

- *Partenogénesis*, permite el autodesarrollo del óvulo mediante la estimulación nuclear. Sin la presencia de espermatozoide se logra que el óvulo empiece el proceso generacional, en este proceso no hay fecundación.

Con estas variantes de la clonación se hace más complejo realizar un estudio jurídico de sus consecuencias legales las que a su vez son absolutamente distintas en cada caso.

Tomando en cuenta que la filiación es la más importante relación de familia, estructurada entre quienes comparten un parentesco consanguíneo en línea recta ascendente-descendente en primer grado, padre-hijo, el clon carecería de filiación clara e integral al no ser ascendiente ni descendente de nadie, prácticamente un hijo sintético (sin padres).

Veamos cómo se determinaría la filiación de acuerdo a cada tipo de clonación.

17. Autorreproducción

Los padres genéticos del clon serían algo así como sus abuelos (los padres del clonado) pues genéticamente compartimos con nuestro padres solo el 50 % de la información genética de cada uno, no el 100 %, y esto puede ser demostrado con una prueba de ADN la que realizada daría como resultado que el clon es origen directo de la transferencia de genes de sus abuelos.

Es como si ellos hubieran vuelto a tener un hijo con las mismas características de su primogénito. Igual problema se presenta en la partenogénesis.

18. Gemelación

En este caso los clones tendrán como padre biológico al cedente del material genético que generó el embrión luego fisionado y como madre biológica a quien lo gestó.

19. Partenogénesis

El tema es más complicado desde dos puntos de vista.

Primero, que el óvulo de la cedente, al ser autoestimulado y no requiriendo presencia espermática, carecería de padre y siendo la clonada quien lo geste tendríamos, como resultado, que ella será la madre legal –por el parto– de su propia hermana genética, su clon partenogenético.

Segundo, que la clonada recurra a una maternidad subrogada, situación en la cual el clon tendrá dos madres, (i) la cedente del clon partenogenético y (ii) quien parió.

20. Clonaje de células masculinas

En este caso se requerirá de un útero que anide al nuevo ser y que permita su gestación.

En este caso la mujer que ceda su vientre adquirirá la situación solo de madre biológica, ya que no intervino genéticamente (aportando su óvulo) en el proceso de fecundación. Desde el punto de vista legal, esta maternidad no será subrogada ni sustituta, puesto que no existe una segunda mujer que intervenga en este proceso biológico. Solo existirá una cesión de útero.

21. Clonaje de células femeninas

En este caso, aparte de concebirse solo mujeres (puesto que la conformación cromosómica de estas es XX) puede darse el caso de la maternidad sustituta o subrogada ya que la madre genética puede tener dificultades para permitir la anidación o la gestación del clon.

22. Delimitación

Como se ve, en la autoreproducción y en la partenogénesis existen los principales problemas.

Por lo demás, los procesos de clonación alterante participa un solo progenitor sea hombre o mujer y, aparte de no existir los sexos complementarios para la reproducción natural, no se va a producir la recombinación, *crossing over* o intercambio de la información génica que determine la conformación biológica de un ser único, singular e irrepetible en cuanto a la estructura de su patrimonio genético, puesto que no existe dualidad de progenitores que transmitan cada quien sus rasgos típicos al nuevo ser sino que, simplemente, se va a crear un cigoto con el patrimonio genético de su progenitor procediéndose, únicamente, a duplicar su información biológica, lo que si bien en nada afecta el derecho de tener un relación filial, la filiación en su esencia es desencajada al no compartirse realmente la información genética con un verdadero progenitor.

En materia de clonación, la biologicidad de los progenitores puede ser determinada a través de estudios genéticos, pero la complejidad y alteraciones en la generación de vida es los genera el conflicto ético y legal de esta técnica.

IX. FECUNDACIÓN POST MÓRTEM

23. Generalidades

La fecundación post mórtem es una de las técnicas de reproducción que ha despertado mayor polémica en su aplicación y uso por parte de las personas que pretenden recurrir a ella. La aplicación de esta técnica es una de las más controvertidas

en cuanto a la determinación de la paternidad al estar en juego aspectos y derechos que deben ser cuidadosamente resguardados como es el derecho del niño a conocer su identidad y el respeto de la voluntad del cónyuge cuyo material genético se ha utilizado. El desarrollo de las técnicas de fecundación, así como los métodos de crioconservación de esperma, óvulos y embriones, ha presentado serios problemas en cuanto a la filiación, matrimonial o extramatrimonial que corresponden al procreado post mórtem. Si bien existe la plena certeza de la descendencia genética y de la identidad del progenitor, el nacido es hijo de una persona fallecida (hijo sin padre).

La fecundación post mórtem está referida a:

- Los hijos póstumos (concebidos por el padre en vida, nacidos después de su fallecimiento pero antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio), y;
- Los hijos superpóstumos o post póstumos (hijos concebidos y nacidos después de la muerte del progenitor, luego de los 300 días siguientes a la disolución del casamiento, no siendo aplicable la presunción de paternidad).

Las técnicas de fecundación *in vitro* y de crioconservación de gametos permiten que la fecundación y la gestación sean dos momentos del proceso de procreación que pueden presentarse de manera discontinua. Uno de ellos está relacionado con la procreación artificial post mórtem que puede darse en dos supuestos, bien cuando el marido o compañero *more uxorio* de la mujer fallece, en un momento anterior a la implantación de un embrión formado en vida de aquel o, bien cuando el deceso del hombre se verifica antes de haber iniciado la fecundación.

La procreación artificial post mórtem no es una práctica unánimemente admitida en el Derecho comparado(1270) debido a lo engorroso de sus efectos jurídicos. Además, debe considerarse el hecho que no se trata que un evento fortuito haya producido el fallecimiento luego de la concepción, porque ello se encuentra dentro de las posibilidades naturales(1271), sino que la concepción o implantación es consecuencia de la voluntad de las partes.

De presentarse corresponde verificar, necesariamente, los siguientes puntos:

(1270) Dentro de las legislaciones que prohíben la fecundación post mórtem tenemos a Alemania que sanciona con pena privativa de libertad o sanción pecuniaria. Suiza prohíbe la utilización de gametos de una persona después de fallecido. Noruega no permite la inseminación post mórtem. Dinamarca dispone que en el caso que muera el hombre, el esperma que ha sido conservado para practicar una inseminación artificial a la mujer o compañera debe ser destruido. Italia excluye como destinatarios de las técnicas de reproducción asistida a las mujeres viudas pero el Tribunal autorizó una implantación post mórtem de un embrión fecundado en vida del marido. Francia establece que el consentimiento a la fecundación asistida deja de producir efectos en el supuesto de defunción. Por su parte, España, Reino Unido, Grecia, Canadá autorizan y permiten la fecundación post mórtem, previo consentimiento.

(1271) AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de código civil y comercial". Ob. cit., p. 115 y ss.

- Consentimiento del cónyuge expresado en vida a fin que el otro utilice el material genético.
- Eficacia del consentimiento luego del fallecimiento.
- Momento de la implantación y del nacimiento para efecto de establecer la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial.

24. Determinación de la paternidad

Una de las aristas en este tema es el relacionado a la atribución de paternidad, considerando el fallecimiento anticipado del padre biológico, lo que para muchos es el tema fundamental debido a las consecuencias jurídicas en la filiación, considerando que la causa más compleja sujeta a análisis es la determinación de la filiación entre el niño nacido de esta técnica y el padre premuerto.

Algunos han considerado que es "una novedad legal en esta primera hipótesis es la posibilidad de que la fecundación ocurra cuando ha fallecido el marido. La presunción tradicional atribuye la paternidad en relación al hijo nacido dentro de los trescientos días después de la muerte de aquel. La fecundación artificial homóloga podrá ocurrir en el tiempo posterior a la muerte de este persistiendo la presunción de paternidad del fallecido desde que se aprobó la utilización de sus gametos por parte de la entidad en que cumplió con el almacenamiento. El principio de autonomía de los sujetos, como uno de los fundamentos del bioderecho, condiciona la utilización del material genético del fallecido al consentimiento expreso que se hubiera dado para este fin. Asimismo, la viuda no podrá exigir que la institución responsable del almacenamiento le entregue el semen almacenado para que sea inseminado, no podrá ser objeto de herencia. La paternidad debe ser consentida porque no se pierde la dimensión de libertad. La utilización no consentida del semen apenas es admisible para el donante anónimo, que no implica atribución de paternidad"[1272].

La crioconservación significó la proliferación de estas prácticas y fue una forma de incentivar la fecundación post mórtem como medio de revivir la muerte a través de la fecundación de un nuevo ser. En estos casos se han optado por aplicar las siguientes reglas.

1. Si el hijo nace dentro del plazo se aplica la presunción *pater est,* siendo matrimonial y del difunto.
2. Si el hijo nace fuera del plazo debe diferenciarse si se trata de una:
   a) Inseminación, si hay certeza de la identidad genética y de la voluntad, no cabe aplicar el plazo.

(1272) LÔBO, Paulo. *Dereito Civil. Fimilias*. Ob. cit., p. 198.

b) Transferencia embrional, si fue concebido durante el matrimonio se le reputa matrimonial.

3. Si la fecundación es con material genético de cedente. Un sector la rechaza al no haber matrimonio, identidad genética, ni voluntad salvo que el marido consienta de manera expresa e inequívoca. Para estos efectos se toma en cuenta la voluntad procreacional hecha en vida por el marido.

La procreación post mórtem lleva a establecer que el derecho a la maternidad de la viuda genera hijos sin padre a pesar de acreditarse el vínculo biológico. Por lo demás, generaliza la uniparentalidad o monoparentalidad.

25. Determinación de la maternidad

Nada obsta que se verifique una fecundación *post* mortem con material genético de la mujer premuerta, v.gr. utilización de los óvulos o embriones congelados en los que la mujer partícipe ha fallecido.

La determinación de la maternidad, *a símili*, debe provenir de la voluntad previamente establecida.

26. Consentimiento como base de determinación de la filiación

El consentimiento es una condición definitiva que debe quedar claramente establecida en los casos de la realización de fecundación post mórtem.

La verificación del otorgamiento del consentimiento debe ser el elemento que debe manifestarse previa y expresamente o bien ser razonablemente inferido para que sean respetuosos de la autonomía de la persona. A contrario sensu el uso de material genético, esperma, óvulos o embriones, violarían esta regla ética debido a que adoptar tales decisiones por otros sería tratarlos como medios y no como un fin en sí mismo.

X. CONSIDERACIONES FINALES

A efectos de no generarse más problemas debe primar, en la determinación de la filiación, el aspecto formal sustentado en la voluntad procreacional.

La vertiginosa carrera cientificista en materia procreática avasalla el Derecho de familia, sobre todo en el tema filial, siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización.

Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en sustento de la motivación de las partes y el interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se

habla de la denominada filiación civil fundamentada en la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres, el contenido socioafectivo.

La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación derivada de la procreación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la anhelaron. El régimen paterno filial se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico (en el padre, no el progenitor ni dador).

Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil o tecnológica cuya naturaleza es la socioafectividad, la intención de ser padres(1273), y no la biologicidad.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ARRAIS SOBRINHO, Aurimar de Andrade. "Relación socioafectiva: Desbiologización del concepto de filiación". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. (Acceso el 5 de mayo de 2011).
- AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y comercial". En: *Revista de familia y las personas*. La Ley, julio de 2012.
- DE RUBEIS, D. *Inseminazione eterologa: consenso del marido, azione di disconoscimento di paternita e tutela del bambino*. Dir. Fam. E Pers., 1998.
- DE SOUZA NOGUEIRA, Juliano Augusto. "La investigación de paternidad de la reproducción heteróloga". En: *Jus Navigandi*. <http://jus2.uol.com.br>, (agosto de 2011).
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FERRANDO, G. *Il disconocimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*. Dir. Fam e pers., 1997.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. "Filiación derivada de LA reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico". En: *La Ley*. AÑO LXXVI Nº 189, Buenos Aires, martes 9 de octubre de 2012.
- KRASNOW, Adriana N. *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*. 2005-A.

(1273) Cas. Nº 563-2011, Lima.

- KRASNOW, Adriana N. *Pruebas biológicas y filiación*. UNR Editora, Rosario, 1996.
- LIRA, Daniel Ferreira de; CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3325, 8 ago 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. (Acesso em: 9 ago. 2012).
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Familias*. Editora Saraiva, Sâo Paulo, 2008.
- MIRANDA LUNA, Raúl E. y otro. *Bioética y Derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA Editores, Lima, 2005.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. "El primer caso de vientre de alquiler". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 167, año 18, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2012, .
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 14ª ed. Forense, Río de Janeiro, 2004.
- RODRÍGUEZ ITURBURÚ, Mariana. "Sobre la inconstitucionalidad de la Ley de fertilización asistida de la provincia de Buenos Aires. ¿Ley de cobertura?". En: *Revista de Derecho de Familia*. Vol. VI, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, diciembre de 2011.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. El Derecho, UCA, Buenos Aires, 2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCIANCALEPORE, G. *Línteresse del minore tra esercize di formalismo giuridico e legalita costituzionate*. Fam, e Dir, n. 5, 1998.
- SELEME, Hugo Omar. "La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía". En: *La Ley*. Año LXXVII Nº 13, viernes 18 de enero de 2013.
- SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Tomo IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002.
- SOLDANO. *Disconoscimento di paternita e inseminazione eterolaga*. Giust. Civ., 1994.
- UDA, G. *Inseminazione artificiale eterolaga, e stato della persona*. Dir. Fam. E pers., 1996.

CAPÍTULO OCTAVO

PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA. LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES

DEL IMPERIO DEL BIOLOGISMO A LA CONSAGRACIÓN DEL AFECTO

CAPÍTULO OCTAVO

PATERNIDAD SOCIOAFECTIVA. LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES DEL IMPERIO DEL BIOLOGISMO A LA CONSAGRACIÓN DEL AFECTO(*)

I. Generalidades. **1.** ¿Quién puede ser o no ser el padre? **II.** El renacimiento de la posesión de estado. **III.** Socioafectividad. **2.** Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva. **3.** La filiación socioafectiva en el Derecho constitucional y en la jurisprudencia internacional. **4.** La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos. **IV.** De la desbiologización a la axiologización de la paternidad. **V.** Derecho a la filiación y el derecho al conocimiento del origen genético: distinciones necesarias. **VI.** El error de la desconstitución del vínculo filial para fines sucesorios o patrimoniales. **VII.** Conclusión.

I. GENERALIDADES

La familia es el conjunto de individuos que comparten una vida bajo la misma escala de valores en la cual el afecto es su principal razón de integración(1274). En el entorno familiar, la estabilidad, permanencia y ostensibilidad es la forma natural del relacionamiento de sus integrantes, lo cual genera un estado de familia sustentado en una identidad familiar. *Sentirse* y *ser* tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse, de una paternidad que se vive y se siente, conocida modernamente como la paternidad socioafectiva que, por más que se condiga con la biológica debe prevalecer al estar amparada en el máximo componente de la vida social del ser humano, el afecto e interrelacionamiento.

(*) Con la colaboración de Marianna Chaves, Doctoranda en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra; Magíster en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa; Especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa, Posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI – Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual y la Universidad de Lisboa; Con estudios de Posgrado en Derecho de la Filiación, Adopción e Protección de Niños y Adolescentes por la Universidad de Lisboa; Directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia, www.ibdfam.org.br); Miembro de la International Society of Family Law. Consultora Jurídica.

(1274) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, 1ª edición, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2011, p. 16.

1. ¿Quién puede ser o no ser el padre?

Para el Derecho, padre es aquel que confiere su apellido en la partida de nacimiento. Si es nacido dentro del matrimonio se presume que el marido es el padre y la partida de matrimonio el documento para proceder al registro de nacimiento con la identidad del padre-marido.

Una vez que haya establecido la paternidad registral se configuran los derechos y obligaciones como son el sostenimiento, custodia y educación. Pero el sistema jurídico, tan vinculado a elementos biológicos a la paternidad, acaso:

- ¿Puede asegurar o ayudar a garantizar el establecimiento de la paternidad?
- ¿Puede identificarse al padre, como progenitor, marido o pareja de la madre a aquel cría a los niños y les proporciona el mantenimiento, o a aquel que le da su nombre?(1275).

Para demostrar que la paternidad no es un mero hecho de la naturaleza nada mejor que ejemplificar el instituto milenario de la adopción. Como señala João Baptista Vilella(1276), la adopción suplanta el origen biológico por un nivel más alto como es la libre determinación de la voluntad. Incluso, teniendo en cuenta las líneas evolutivas del Derecho de familia, la adopción se presenta como la paternidad del futuro por la excelencia enraizada en el ejercicio de la libertad. Solo el padre adoptivo se da la opción de algún día ser capaz de repetir a sus hijos lo que Cristo dijo a sus apóstoles: "No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os elegí a vosotros" (Juan: 17, 16).

Según Rodrigo da Cunha Pereira(1277), separándose del concepto de la paternidad biológica y de las ideologías que disfrazan los sistemas de parentalidad, considera que la paternidad es, según el psicoanálisis, una función. Sí, una función paterna realizada por un "padre" que es decisivo y responsable por el desarrollo de los sujetos. Por lo tanto, calidad de padre puede recaer en una serie de personas: el padre, el marido de la madre, el amante, compañero, el protector de la madre durante el embarazo, el tío, el abuelo, aquel que cría al niño, aquel que le da su apellido, aquel que lo reconoce, aquel que lo reconoce ritualmente, aquel que lo adopta. En fin, quien detenta la calidad paterna es aquel que desempeña un papel - función como padre.

(1275) Cfr. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pp. 116 y 117.

(1276) VILLELA, João Batista. "Desbiologização da paternidade". Em: Sep. da Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, p. 400 - 419, 1979, p. 417.

(1277) PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 117.

Actualmente, se viene consolidando en la dogmática *ius familista* la teoría que en ejercicio del derecho a la dignidad y el derecho al conocimiento del origen genético es perfectamente viable investigar la paternidad biológica de una persona sin destruir el vínculo socioafetivo y los derechos que de ella se configuran, considerándose que estos se originan de una paternidad legalmente existente(1278). Y es que el estado de filiación se deriva de la comunión afectiva que se construye entre padres e hijos, independientemente de ser parientes consanguíneos originarios, por lo que no debe confundirse el derecho al conocimiento del origen genético con el derecho a la filiación, sea genética o no(1279). Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para desmantelar la filiación cuando está probada la existencia de vínculo socioafectivo(1280) por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación(1281), este se generado y como tal debe prevalecer.

II. EL RENACIMIENTO DE LA POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación a otra independientemente que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica.

El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) *tractatus* comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres); (ii) *nomen* (la persona tiene el nombre de familia de los padres) y (iii) *fama* (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo

(1278) En este sentido, ya ha expresado el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul - Brasil: Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; AC 70029363918; 8ª C.Cív.; Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda; DOERS 14/05/2009; p. 55).

(1279) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 204.

(1280) Como ya indicó el Tribunal de Justicia de Minas Gerais - Brasil: Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Perícia excludente da paternidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Demonstração da existência de vínculo sócio-afetivo. Improcedência do pedido. Em princípio, quando o lastro genético não subsiste, segundo a perícia, exame de DNA, a declaração da não paternidade é medida que se impõe, visando proteger até mesmo direito do próprio menor. Entretanto, se comprovada a existência da paternidade sócio-afetiva, como no caso dos autos, a improcedência do pedido formulado na ação negatória de paternidade é medida que se impõe. (TJMG; AC 1.0701.06.166161-0/001; 1ª C.Cív.; Rel. Des. Geraldo Augusto; DJEMG 23/04/2008). Bottom of Form

(1281) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 204.

así considerada por las autoridades)[1282]. En conjunto, estos componentes se revelan por la convivencia familiar, por el efectivo cumplimiento de los deberes de guarda, educación y sustento del hijo por el relacionamiento afectivo, en fin, por el comportamiento que adoptan los padres e hijos en la comunidad en que viven[1283].

En efecto, la posesión del estado de hijo se manifiesta por la conducta de las personas, al asumir y realizar las funciones de padre o madre en la educación y la protección de otras personas consideradas como sus hijos[1284].

Determinado el rol de padre respecto de una persona que no ha transmitido los rasgos biológicos a otra es evidente que tenemos una hipótesis de filiación socioafectiva. El padre afectivo, sociológico o socioafectivo es lo que ocupa en la vida del niño un verdadero lugar y presencia, cumpliendo una función, convirtiendo la paternidad sociafectiva en una especie de adopción de hecho[1285] y el símbolo máximo de una relación social paterno - filial.

La posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética[1286] en razón que más valen las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van (re)componiendo, los segundos son inalterables pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro, lo cual no genera una relación de familia; sino, simplemente, una relación genética. La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético[1287].

(1282) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 212.

(1283) Ídem.

(1284) FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2a ed., Atlas, São Paulo, 2011, p. 79.

(1285) FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 589-590.

(1286) LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 212.

(1287) La simple ausencia de vínculos biológicos no tiene el poder para desmantelar a una paternidad que persistió en el tiempo y poseía como base la buena fe y el afecto, como demuestra la siguiente Resolución judicial de Brasil, juzgada en el Distrito Federal: Embargos infringentes. Ação de anulação de registro civil. Ausência de vínculo biológico. Relação socioafetiva demonstrada. Vícios não comprovados. Validade do ato. Improcedência do pedido. 1. Registro de nascimento feito por quem sabia não ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada. 2. Uma vez procedido o registro civil de forma livre, consciente e de boa-fé, por pessoa capaz e com discernimento do ato que praticara, inexiste o alegado vício de consentimento. 3. A mera ausência de vínculo biológico entre o falecido e a adotada não importa, necessariamente, no imediato acolhimento do pedido de anulação do registro civil, haja vista que a paternidade e a filiação podem se assentar em critérios socioafetivos, por não decorrerem de um fato meramente natural. 4. Restando comprovado que o falecido reconheceu a paternidade da menor, de forma voluntária e espontânea, além dos depoimentos colhidos em juízo demonstrarem que a infante encontrava-se inserida no seio familiar do de cujus, não deve prevalecer os vícios alegados, tornando-se insubsistente a declaração da nulidade do ato registral. 5. Embargos infringentes conhecidos e não providos (TJDF; EIC

La paternidad, bajo la noción de la posesión de estado de hijo, que se encuentra en las últimas reformas de la legislación internacional, no está basada en el nacimiento; es un acto de la voluntad que se consolida en el campo de la afectividad y para algunos pone en cuestión, en tela de juicio diríamos, tanto la verdad jurídica como la certeza científica en el ámbito del establecimiento de la filiación(1288).

III. SOCIOAFECTIVIDAD

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirman y se reafirman vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana(1289).

2. Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva

La filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encausando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socioafectividad se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y concientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del estatus del hijo como un excepción a la regla de la genética, lo que representa una verdadera "desbiologización" de la filiación haciendo que la relación paterno-filial no sea atrapada solo en la transmisión de genes(1290) cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes.

1999.06.1.003958-5; Ac. 354.784; 3ª C.Cív.; Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa; DJDFTE 08/05/2009; p. 62)

(1288) ASSIS, Zamira de: "Filiação e paternidade sócio-afetiva: um estudo comparative Brasil-Portugal. Colocação do problema no ordenamento brasileiro". En: *Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil/ Susana Almeida*; Zamira de Assis, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 117.

(1289) SEREJO, Lourival. "O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p. 547.

(1290) Cfr. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob. cit., p. 590.

La afectividad es un principio jurídico reconocido en el Derecho Comparado(1291) que caracteriza en el ámbito de la familia la solidaridad(1292). Tenemos entonces que llevada al ámbito de la paternidad la sociofectividad está marcada por una serie de actos de cariño, de entrega y consideración que demuestran, claramente, la existencia de una relación entre padres / madres e hijos. Significa, como dice Rolf Madaleno, "encender la llama del afecto que siempre ha calentado los corazones de los padres y los niños socioafectivos, el espacio reservado por Dios en el alma y en los deseos de cada mortal, de acoger, como un hijo aquel que se crió dentro de su corazón"(1293).

El vínculo socioafectivo depende, obviamente, de la prueba de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida. Sin embargo, y como es lógico, no es necesario que el afecto esté presente en el momento en que se discute en la Corte una filiación. A menudo, cuando se trata en los tribunales la cuestión filiativa es porque el afecto cesó, desapareció por diversas razones. Lo importante es demostrar que el cariño estaba presente durante la convivencia, que el afecto como vínculo conectó a las personas durante esa parte de la vida. Esto equivale a decir que la personalidad del niño se formó alrededor del enlace emocional, incluso si en ese mismo momento, ya no existe. Aquí se acomoda, precisamente, el ejemplo de la llamada adopción a brasileira establecida cuando una persona registra y reconoce como su hijo a uno extraño. Imaginemos que a pesar de estos años de afecto y de la vida cotidiana como padre e hijo por algún motivo desea negar la relación filiatoria alegando, por alguna cuestión valedera, quizá, que el afecto ya no existe más; en este caso, la filiación fue establecida por el criterio afectivo que debe ser reconocido por el juez(1294) y que no puede quedar un simple arbitrio por más prueba negativa de componentes genéticos.

En otras palabras, la tutela de la parentalidad socioafectiva supera el interés por la reposición de la verdad biológica e impide que el padre complaciente –pero no biológico– solicite la anulación del registro de la paternidad. La mayoría de los tribunales brasileños han entendido –correctamente– que la persona que, a sabiendas de que no es el padre biológico, registra al niño como suyo establece una filiación socioafectiva que produce efectos similares a los de la adopción y será, a priori, irrevocable. Así, no procede la invalidación del registro de nacimiento.

(1291) CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Principios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Ed. Del Rey, Bello Horizonte, 2005, p. 92 y ss. LÔBO, Paulo. Ob. cit., p. 34. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2007, p. 58 y ss.

(1292) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p. 798.

(1293) MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Ob. cit., p. 27.

(1294) FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 592.

3. La filiación socioafectiva en el Derecho constitucional y en la jurisprudencia internacional

La Constitución Política del Perú en su artículo 6 consagra explícitamente el deseo de ser padres con el correspondiente componente socioafectivo cuando indica que: "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables". Paternidad responsable es asumir voluntariamente un compromiso filial bajo el esquema que el derecho a la filiación no es solamente el derecho a la filiación biológica es, también, el derecho a la filiación vivida(1295), lo cual se enlaza con el compromiso y el compartimiento de los sujetos. Esta declaración de principio en la Carta Magna es un reconocimiento de la filiación socioafectiva o como la filiación por ligación afectiva.

Independientemente que la codificación civil no trate la filiación socioafectiva, en el caso del Brasil, la jurisprudencia la ha reconocido y le viene concediendo prestigio a la prevalencia de la denominada posesión de estado de hijo, lo que representa en esencia el substrato fáctico de la única y verdadera filiación, sostenida en el amor y el deseo para ser un padre o una madre, en definitiva, para establecer espontáneamente los lazos de la relación filial(1296). A criterio de Krasnow "(…) amar al hijo en referencia al deber ser es integrarlo en la vida de los padres, creándose un vínculo triangular que buscará la personalización de quienes lo integran, en cumplimiento del valor humanidad"(1297), es lo que luego veremos al tratar el moderno tratamiento de la posesión de estado.

Una reciente decisión judicial dictada en el Estado de Porto Alegre - Brasil determinó que comprobada la paternidad biológica por más de 40 años de nacimiento del hijo y no existiendo interés de anular o rectificar el actual registro de nacimiento implica solo el reconocimiento de la paternidad biológica, sin concesión del derecho hereditario o rectificación del nombre(1298). Se trata de una decisión inédita que consagra la posibilidad de declarar judicialmente la paternidad biológica sin que ello implique la anulación del actual registro en el que consta la paternidad socioafectiva(1299). En este caso, se legitima objetivamente la existencia de paternidades concomitantes, es decir, la presencia de una paternidad biológica, marcada por los genes y una paternidad socioafectiva, sustentada en el afecto y

(1295) DUARTE, Rodrigo Collares. Desbiologização da paternidade e a falta de afeto. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(1296) Cfr. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Ob. cit., p. 366.

(1297) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. Ob. cit., p. 123.

(1298) Exp. Nº 70031164676, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, Comarca de Porto Alegre - Brasil. Sumilla: Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Concordância do pai e filho biológicos em manter o registro que espelha a paternidade sociafetiva. Pedido que se restringe ao reconhecimento da paternidade biológica. Sem condenação em honorários em razão da ausência de conflito de interesses.

(1299) SILIPRANDI GIORDANI, Cristina. "Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva". En: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].

que así consta en Registro. El argumento es que no existe ningún tipo de justificación para impedir la libre investigación de la paternidad por el hecho que un sujeto esté registrado como hijo de padres socioafectivos. Concluyéndose que, negar el reconocimiento de la verdad biológica es una restricción al derecho de la persona y sobre todo al derecho a la identidad(1300).

Con esta lógica, y el amparo jurisdiccional que se le otorga, nada impide que una persona tenga dos padres, uno legal y otro afectivo. Es más, que se indique así en el Registro de estado civil presentándose actualmente los dominados casos de bipaternidad, un hijo con una madre y dos padres(1301). Esta es una forma directa de garantizar el legítimo derecho de saber quién es el progenitor, aquel que engendró siendo, por su parte, los padres afectivos aquellos vinculados jurídica y emotivamente al hijo.

Yendo un poco más allá, es interesante examinar, entre otras cosas, la posición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que ha declarado que, a efectos del artículo 8, la noción de familia puede comprender no solo los lazos familiares *de jure* sino también los vínculos *de facto* demostrados por la fórmula: parentesco + criterio de la efectividad de las relaciones interpersonales es igual a "la vida familiar" o por la combinación: criterio de la efectividad de las relaciones interpersonales + criterio de la apariencia social de la familia(1302).

La primera vez que esta judicatura de Estrasburgo reconoció formalmente la existencia de la vida de familia entre personas sin vínculo biológico, basándose en el criterio de la apariencia social de una familia, fue en el fallo X, Y y Z versus Reino Unido (22/4/1997). En este caso, el Tribunal europeo sostuvo que la relación entre X, transexual que se sometió a cirugía de reasignación de sexo, Y, mujer con quien X vivió durante muchos años como un compañero masculino, y Z, niño que Y había dado a luz después de llevar a cabo la inseminación artificial con un cedente, no es diferente de la noción tradicional de vida familiar(1303).

En resumen, a juicio del Tribunal la mera existencia de un vínculo biológico puede no ser suficiente para identificar a la vida familiar a pesar de que el vínculo jurídico pueda crear una presunción a tal efecto. Por otra parte, el Tribunal considera que la ausencia de enlace biológico no excluye la existencia de vida familiar ya que el simple lazo socioafectivo, en caso de verificarse los criterios declarados

(1300) SILIPRANDI GIORDANI, Cristina. "Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva". En: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].

(1301) CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: http://jus.uol.com.br/, 20 nov. 2009.

(1302) ALMEIDA, Susana. "A parentalidade sócio-afectiva e a ponderação entre o ´critério sócioafectivo´e o ´critério biológico´no Tribunal de Estrasburgo". En: Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil/ Susana Almeida; Zamira de Assis. Almedina, Coimbra, 2012, p. 31.

(1303) Ibídem, p. 33

de la eficacia de las relaciones interpersonales o de la apariencia social de una familia, pueda crear vida familiar(1304).

4. La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos

Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos(1305).

La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que, el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente.

La paternidad socioafectiva(1306) es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paternofilial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal; como dice Krasnow, cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar(1307), este es el resultado de una efectiva y afectiva paternidad.

Claramente considera Maria Berenice Dias(1308) que la filiación socioafectiva corresponde a la verdad aparente y recorre el Derecho a la filiación. La necesidad de mantener la estabilidad de la familia en reconocimiento de su función social hace que se atribuya un papel secundario a la verdad biológica. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. El parentesco sicológico prevalece sobre la verdad biológica y, también sobre la realidad legal(1309).

(1304) Ibídem, p. 34.

(1305) CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. "Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: http://jus.uol.com.br/, 20 nov. 2009.

(1306) SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(1307) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 122.

(1308) DIAS, María Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 35.

(1309) DIAS, Maria Berenice. "Investigando a parentalidade". En: *Revista do CEJ*. n. 27, Brasília, pp. 64-68, out./dez. 2004.

Como relación diaria de las personas es sumamente fuerte, incluso, más fuerte que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir.

Además de la "adopción à brasileira", Brasil tiene otra clase de filiación socioafectiva, v.gr. el llamado *hijo de crianza*. Este, a pesar que es hijo de otros, tiene el apoyo, es cuidado y amado por individuos o parejas que lo consideran como hijo propio pero solo lo tiene bajo guarda de hecho y no bajo un régimen de adopción. Estos hijos de crianza o de cuidado, como también se les conoce, pueden ser huérfanos, parientes lejanos, hijos de una criada(1310), hijos de una comadre, hijos de un amigo pobre o personas de cualquier origen(1311). Es importante destacar que, en este caso, la doctrina no es unánime. Algunos argumentan que este tipo de filiación puede ser equiparada a la adopción. Otros no lo hacen. Muchas sentencias dan algunos efectos legales a dicha afiliación pero son raros los casos en que se le atribuyen todos los efectos.

Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar la posesión de estado siendo esta la máxima prueba de un estado filial.

Padre es el que cría siendo el que engendra el progenitor. Existe entre ambos una enorme diferencia que *debe ser* observada y tratada normativamente en su verdadera dimensión y trascendencia, lo contrario implicaría un retroceso. Considera Roberto Albuquerque Júnior(1312) que no puede confundirse *padre* con *progenitor*, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico. En este orden de ideas, es fundamental diferenciar el *derecho al padre*(1313) y el derecho al conocimiento del origen genético ambos derechos, a nuestro criterio, son inconfundibles.

IV. DE LA DESBIOLOGIZACIÓN A LA AXIOLOGIZACIÓN DE LA PATERNIDAD

El sustento de la desbiologización de la paternidad es enfatizar el *afecto* en la relación padre e hijo considerando que las relaciones familiares son fruto de la afectividad(1314). Desbiologización de la paternidad significa convivencia

(1310) IBDFAM. @IBDFAM_oficial: "Filha de doméstica criada por patrões tem maternidade e paternidade socioafetiva reconhecidas". En: <http://is.gd/sOQglC>. 7:12 am - 31 oct 12. Tweet.

(1311) Véase FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. 2a ed., Atlas, São Paulo, 2011, p. 81.

(1312) ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(1313) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Se eu soubesse que ele era meu pai". En: *Direito civil: Estudos*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000, pp. 69-80.

(1314) DUARTE, Rodrigo Collares. "Desbiologização da paternidade e a falta de afeto". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

socioafectiva sobrevenida a la biológica(1315); es decir, es aquella situación en la que se hace prevalecer el hecho cultural versus el hecho natural y representa la máxima expresión de la afectividad que es inicial y finalmente el sustento de las relaciones familiares.

Roberto Albuquerque Júnior considera que: "Ese paradigma del biologismo pasó a ser contestado a partir del momento en que la doctrina volvió los ojos a la existencia de otro fundamento para la filiación, verdaderamente de orden cultural y desde siempre radicalmente presente en la adopción: la socioafectividad"(1316).

La Ministra Nancy Andrighi(1317) al juzgar un caso de reconocimiento de filiación consideró que *tomar como falsa la declaración de paternidad cuando no coincide con los tests biológicos, sin mayores ponderaciones, es ver la realidad sobre el prisma estrictamente tecnicista, volteándose las cosas a lo que interesa de hecho para que las personas existan dignamente.* La magistrada busca reconocer y sustentar la filiación en su contenido vivencial más que en su esencia genética. La primera es vivida, la segunda adquirida.

El profesor brasilero Paulo Lôbo expresa claramente, por su parte, que hacer coincidir la filiación con el origen genético es transformar el hecho cultural en determinismo biológico que no contempla sus dimensiones existenciales(1318). La certeza absoluta del origen genético no es suficiente para fundamentar

(1315) PAULILLO, Sérgio Luiz. "A desbiologização das relações familiares". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(1316) ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

(1317) Resp 878.941/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17.09.2007 p. 267. <http://br.vlex.com/vid/41870947> [20/11/2009] RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

(1318) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 203.

la filiación dado que otros son los valores que dominan ese campo de las relaciones humanas(1319).

La identidad genética no se confunde con la identidad de la filiación que está (entre) tejida de relaciones afectivas que el ser humano construye entre la libertad y el deseo(1320). Como ya se ha dicho, la parentalidad, per se, no es un hecho de la naturaleza sino un hecho cultural. Y, como díce João Baptista Vilella "ser padre o madre no es tanto el hecho de generar cuanto en la circunstancia de amar y servir"(1321). Debe tenerse en cuenta que la filiación no solo se refleja en el nacimiento. La familia no se limita a la sangre, esta significa el crecimiento, la experiencia, la madurez y el envejecimiento juntos. Se es madre y padre por elección y la libertad personal, lo contrario, simplemente, no determina nada. La familia debe ser concebida como la opción y el ejercicio que puede conducir a un feliz acercamiento entre los que tienen y necesitan dar y los que no tienen y necesitan recibir(1322), nunca puede ser establecida con base en la fatalidad.

El derecho alemán a través de su tribunal Constitucional, en una decisión de 1994, reconoció nítidamente el derecho a la personalidad en el conocimiento del origen genético "sin efectos en la relación de parentesco"(1323). En razón de ello se puede decir que todo ser humano, como regla general, tiene derecho a conocer su origen genético por varias razones: como derecho de la persona, como información para efectos de la ciudadanía, por necesidad psicológica, por razones de información para diagnósticos y efectos de la terapia de enfermedades genéticas. Pero es necesario e imperativo tener en cuenta que el derecho a conocer los orígenes genéticos no tiene –y jamás deberá tener– el poder para desmantelar una filiación socioafectiva, explícita y sin lugar a dudas existentes. Negar la paternidad socioafectiva en particular por motivos patrimoniales, es volver al pensamiento antiguo de la monetización, la estandarización, la sacralización, la deificación del mundo genético. El punto esencial es que la relación de paternidad no depende más de la exclusiva relación biológica entre el padre y el hijo, siendo toda paternidad socioafectiva y esta puede tener un origen biológico o no biológico(1324). La socioafectividad es la regla, es decir, la paternidad socioafectiva es el género del cual son especies la paternidad biológica y la no biológica(1325). El afecto es la piedra angular de cualquier relación familiar.

(1319) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 204.
(1320) Ídem.
(1321) VILLELA, João Baptista. "Desbiologização da paternidade". Em: Sep. da Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio, pp. 400 - 419, 1979, p. 409.
(1322) Ibídem, pp. 415-417.
(1323) LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., p. 204.
(1324) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, São Paulo, 2005, p. 795.
(1325) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula No. 301/STJ". Ob. cit., p. 796.

El Derecho de la familia moderno muestra que el afecto está por encima del biologismo de muchas maneras, si no todas, sobre todo cuando hay una relación existente.

Así, a un ser humano no se le debe negar su derecho al conocimiento de su origen genésico pero en la presencia de una relación de paternidad socioafectiva, la filiación genética solo puede tener un efecto declarativo, sin ninguna implicación patrimonial o sucesoria en relación con el padre biológico, porque esto iría contra todos los principios democráticos e inclusivos que el Derecho de familia moderno viene construyendo.

Un caso en Argentina. Una pareja casada desde 1966 en cuyo lapso de convivencia tiene tres hijos, divorciándose en el 86. En el 95 ella se casa con otro hombre a quien, luego de exámenes de ADN, se demuestra que es el padre biológico de los tres hijos. Estos accionan contra la madre y el padre originario para impugnar la paternidad solicitando, además, la declaración de filiación extramatrimonial respecto del padre biológico, acciones que son procedentes con base en el resultado del ADN. Ante tal situación el exmarido accionó contra la mujer y su nueva pareja para que se compense por los daños sufridos, acción que es declarada procedente en primera y segunda instancia. La decisión se centró en el daño sentimental sufrido por el padre socioafectivo por la desconstitución del estado de filiación que le originó un sufrimiento moral, privándolo del contacto con sus hijos que crió durante veinte años de convivencia con la madre. Situaciones dramáticas como esta hacen resaltar los riesgos del absolutismo de la llamada verdad biológica, que confunde la filiación con el derecho a la personalidad(1326).

Es por ello que se sustenta que vamos hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad.

V. DERECHO A LA FILIACIÓN Y EL DERECHO AL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN GENÉTICO: DISTINCIONES NECESARIAS

Si bien se dice que la paternidad de naturaleza socioafectiva es hipercompleja e inclusiva(1327) es claro establecer que son dos los fundamentos básicos de la teoría de este tipo de paternidad: (i) La distinción entre progenitor y padre, y; (ii) La distinción entre el derecho a la filiación y el derecho a conocer el origen genético, ambos derechos con sus propias diferencias pero que se encuentran entrelazadas(1328).

(1326) FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa. "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?". En: *Jurisprudencia Argentina*. T. 2004-III, p. 392 y ss.

(1327) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". Ob. cit., p. 802.

(1328) ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Ob. cit.

Toda persona humana tiene derecho al estado de filiación. La constitución de dicho estado puede darse a través del conocimiento del origen genético solo cuando una persona carezca de lazos de paternidad construidos por vía de la afectividad(1329). Es decir, la determinación jurídica de la paternidad con base en el biologisismo debe darse en aquellos en los que una persona carece de padre y progenitor (ADN sin afecto). La premisa para estos casos es que la investigación de la paternidad tiene como objeto asegurar un padre a quien no lo tiene, es un reconocimiento del *derecho a la paternidad* que se concede a quien carece de contrapartida, no tiene a un sujeto con quien ejercerlo lo que amerita que pueda investigarse para que sea reconocida judicialmente.

Diferente es el caso cuando hay una relación de paternidad socioafectiva preconstituida. Frente a esta situación existe el derecho a la investigación del origen genético sin que ello implique una vindicación de la paternidad(1330) (afecto sin ADN). Con esta lógica, no es admisible la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica en la medida que esta solo se impone si corresponde a aquella(1331). Es decir, si hay coincidencia entre una y otra es viable la acción de determinación de paternidad para complementar una relación filial. Guillerme de Oliveira, citado por Paulo Lôbo, considera que la posesión de estado de hijo consolida vínculos que no se asientan en la realidad natural, impidiendo el ejercicio del derecho a impugnar el interés del hijo contra la relevancia jurídica de una paternidad manifiestamente prejudicial(1332). De allí fluyen las diferencias existentes entre el derecho a reclamar la filiación, el derecho a tener un padre y el derecho al conocimiento del origen genético, derechos estos que no pueden confundirse ni tratarse como sinónimos.

En el escenario actual de las relaciones familiares y del desarrollo de la genética, la tendencia es buscar una armonización entre el derecho de la personalidad al conocimiento de origen genético, así como la necesidad de materialización y prevención del derecho a la salud y el derecho al parentesco cuando ya está establecido, tomándose en cuenta el principio jurídico de la afectividad(1333).

(1329) LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, p. 134-156, ago./set. 2003b.

(1330) Ídem.

(1331) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". En: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005, p. 806.

(1332) OLIVEIRA, Guilherme. *Criterio jurídico da paternidade*. Almedina, Coimbra, 2003, p. 414. Cit. LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Ob. cit., pp. 213 y 214.

(1333) LÔBO, Paulo. "Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental". En: *Afeto e estruturas familiares*/ Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes (coords). Del Rey/ IBDFAM, Belo Horizonte, 2010, p. 460.

VI. EL ERROR DE LA DESCONSTITUCIÓN DEL VÍNCULO FILIAL PARA FINES SUCESORIOS O PATRIMONIALES

El tema de la investigación de los orígenes genéticos ha ocupado los tribunales de muchos países, en el caso especial de Brasil tenemos tres líneas de decisiones(1334):

1) ***Se determina la paternidad biológica, se consigna el nombre en la partida y genera todos los efectos legales***

   En este caso se admite cambios en el registro de nacimientos para, apartando la paternidad socioafectiva, hacer constar el nombre del padre biológico en el registro civil, produciendo todos los efectos derivados del cambio, incluidos los de participar en el reparto de una herencia, solicitando la petición de herencia respectiva;

2) ***Se determina la paternidad biológica, se consigna el nombre en la partida pero no genera todos los efectos legales***

   En este caso se admite la investigación de la ascendencia genética que, una vez comprobada, se consignará en el certificado de nacimiento pero sin asignar efectos civiles (en particular deniegan los fines hereditarios), y;

3) ***Se determina la paternidad biológica pero no se consigna el nombre en la partida y no genera todos los efectos legales***

   En este caso se admite la investigación de la ascendencia genética pero sin que la sentencia declaratoria produzca un cambio en el registro de nacimiento y sin asignar ningún efecto debido al descubrimiento (en particular deniegan los fines hereditarios).

La paternidad es mucho más que el mero compromiso económico reflejado en el provisionamiento de alimentos o la causa para la partición de bienes hereditarios(1335). Los efectos patrimoniales en un vínculo filial deben consagrarse en los mismos orígenes de la esencia de la paternidad, vale decir en la afectividad entre las partes. Por muy sencillo que parezca no solo por cumplir una fórmula o compartir componentes genésicos vamos a crear una *verdad*. La verdad en el vínculo filial, con los efectos que esta genera, está consagrada en la realización de vida de un hijo y un padre.

(1334) ASSIS, Zamira de. "Filiação e paternidade sócio-afetiva: um estudo comparative Brasil-Portugal. Colocação do problema no ordenamento brasileiro". Ob. cit., pp. 136-137.

(1335) LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". Ob. cit., p. 796

Por estas consideraciones, que son premisas de trabajo insoslayables y antes de sustentarnos en la normativa escrita, debemos apelar a la ética para responder a estas preguntas:

- ¿Puede un padre socioafectivo, a sabiendas que no es su hijo biológico, desmantelar la consciente relación afectiva construida durante la larga convivencia gobernada por una comunión de vidas y afecto con su hijo registral, tomando como argumento que el registro de nacimiento es ideológicamente falso, única y exclusivamente para deshacerse del sostenimiento económico o solo por el hecho de no existir más afecto?

- ¿Puede un hijo hacer caso omiso de la relación de toda una vida con su padre socioafetivo y destruir el lazo paternal sociológico y jurídico existente, única y exclusivamente con una finalidad sucesoral o patrimonial respecto de un padre biológico con quien nunca tuvo una relación de padre y hijo?

La respuesta a ambos casos *debe ser* negativa.

La acción de desconstitución de una paternidad socioafectiva a largo plazo en estos casos se traduce en la conveniencia de eliminar una paternidad o buscar un segundo padre con el propósito de lograr beneficios económicos. En el segundo caso que es, tanto o más controversial que el primero, el punto es la solo búsqueda del origen genético con una finalidad ilícita, contraria a toda norma legal y ética.

Existiendo padre registral y socioafectivo, razones éticas –de acuerdo al pensamiento de Rolf Madaleno[1336]– nos guían hacia la eliminación de los efectos jurídicos de la vinculación parental con efectos materiales y económicos en relación con el padre genético, por las siguientes razones:

- Porque una relación biológica tardía no debe prevalecer sobre la paternidad basada en la vida familiar, que es el resultado de una intensa relación socioafectiva construida por el afecto a lo largo de los años entre hijo y padre registrales;

- Porque negar esa relación pura y preciosa generada por un vínculo de afecto solo por monedas, dinero o bienes materiales significa una vulneración a la dignidad de la persona al sobreponer las cosas materiales;

- Porque en la ponderación de los valores debe prevalecer el derecho constitucional de respeto a la dignidad humana y el valor que se muestra digno de preservación son los lazos que nacen del amor.

(1336) MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Ob. cit., p. 370.

Sumándonos a José Roberto Moreira[1337] concluye que si fuera voluntad del hijo, sea por acto propio, asistido o representado, el podrá en cualquier tiempo, con base en la imprescriptibilidad de su derecho, investigar a su origen genético sin que esto constituya una disminución, discriminación o desconsideración de la filiación socioafectiva, por ventura formada, y sin que implique cualesquiera otros derechos inherentes a la filiación que generen un mero reconocimiento genético.

VII. CONCLUSIÓN

Socioafectividad es una palabra compuesta de dos adjetivos.

Es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad). La paternidad socioafectiva es la regla en tanto que la biológica o la no biológica son el complemento que podrán ser determinadas a falta de la primera, no pudiendo nunca ser enfrentadas. Sustentada en una posesión de estado, esta paternidad se basa en el afecto y no puede ser contradicha en mérito de la verdad real que la sostiene, reafirmándose el principio de inmodificabilidad del estado de filiación.

La razón de la socioafectividad se sustenta en el hecho de que las vivencias no pueden ser desechadas por componentes muchas veces no deseados, como son los orígenes biológicos. Acreditado el estado solo queda viabilizar el derecho a conocer el origen genético, saber quién fue mi progenitor, sin generar consecuencias jurídicas. Vamos, como se viene diciendo, hacia el camino de la juridización de la afectividad y la desbiologización de la paternidad. Adiós de ADN si de afecto se trata.

El objetivo de la investigación de la paternidad es encontrar un padre a quien no lo tiene. No es admisible motivar judicialmente la sustitución de una paternidad socioafectiva por una biológica. Esta podrá ser establecida, mediando una socioafectiva, siempre y cuando corresponda a ella, es decir, que exista coincidencia entre una y otra de forma tal que la acción de determinación de paternidad tenga como fin complementar una relación filial. Toda persona tiene derecho a la paternidad. Si tiene el derecho más no la paternidad puede investigarse para que sea reconocida judicialmente. Además de ello, el derecho a saber quién es el padre biológico implica el reconocimiento de los orígenes genealógicos, además de

(1337) MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

operar como una medida para saber los antecedentes de salud y para que se activen los impedimentos matrimoniales generando de una paz social.

El reconocimiento jurídico de la paternidad socioafectiva es un paso sumamente importante en favor de la teoría de la repersonalización del Derecho de familia, de la afirmación de del derecho a la dignidad de la persona y del principio de afectividad. Es bajo esta conceptualización que se viene rescatando la esencia de las relaciones familiares considerando que la persona es el eje y su centro de atención. Persona que, para integrarse en estas relaciones sui géneris, requiere de motivaciones espirituales y sentimentales, es decir, de afecto para consolidar los vínculos familiares, ocupando los intereses patrimoniales un lugar secundario. Así como la voluntad es para la teoría contractual su esencia, el amor es a la familia su esencia de ser y continuar. Esto es importante dado que en la mayoría de las acciones de filiación los intereses patrimoniales son los móviles más comunes.

El derecho a la identidad es la consagración normativa del respeto a nuestros signos distintivos dentro de los que se encuentra la filiación. Esta se determina por la voluntad y no necesariamente por el hecho jurídico de la concepción o nacimiento, salvo el establecimiento de la misma en el matrimonio. La filiación no es un acto jurídico, es la relación jurídica que surge por determinación de la ley, la adopción, el reconocimiento o una sentencia, siendo estos tres últimos típicos actos jurídicos del Derecho de familia. El objeto de cada uno de estos actos es generar la relación paterno-filial, siendo su fin o causa ser parte de una familia, lo cual no puede tener un fin económico en la medida que el acto sería ineficaz.

Debemos recordar que si un sujeto tiene un vínculo de filiación consagrado en la posesión de estado de hijo, ya tiene un padre. La Justicia debe respetar la *verdad afectiva* que es la construida por la convivencia. Una declaración de paternidad biológica debe limitarse a esto, solo con fines declarativos sin ningún cambio o corrección en el registro civil, sin generar consecuencias jurídicas ni mucho menos patrimoniales. Permitir el imperio de la biología y la genética por sobre encima del efecto sería hacer caso omiso de toda la construcción despatrimonializante y dignificante del Derecho de familia, promoviendo el enriquecimiento ilícito en muchas acciones tendenciosas. De manera tal que, quien teniendo un padre socioafectivo y busca un progenitor con el cual no ha tenido alguna vinculación accionando su declaración obtendría una sentencia declarativa de paternidad que cuyo objeto sería física y jurídicamente imposible y, además, carecería de causa al tener como fin solo heredar y obtener un beneficio económico de su progenitor.

Esta sentencia judicial implicaría legitimar el reconocimiento a una renuncia a lo adquirido por naturaleza que no es otra cosa que desconocer la esencia social y natural de la familia y del hombre como ser social.

BIBLIOGRAFÍA DEL CAPÍTULO

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. "Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Principios fundamentais norteadores do Direito de Família.* Ed. Del Rey, Bello Horizonte, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. "Investigando a parentalidade". En: *Revista do CEJ*, n. 27, out./dez. Brasília, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DUARTE, Rodrigo Collares. *Desbiologização da paternidade e a falta de afeto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- FAMÁ María Victoria y HERRERA, Marisa. "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?". En: *Jurisprudencia Argentina*. T. 2004-III.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Se eu soubesse que ele era meu pai". En: *Direito civil: Estudos*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000.
- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. N| 19, Porto Alegre, ago./set. 2003b.
- LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005.
- LÔBO, Paulo. "Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental". En: *Afeto e estruturas familiares*/ Maria

Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes (coords). Del Rey, Belo Horizonte.

- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paulo, 2008.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 3. ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. "Direito à identidade genética". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007. <http://br.vlex.com/vid/41870947> [20/11/2009].
- OLIVEIRA, Guilherme. *Criterio jurídico da paternidade*. Almedina, Coimbra, 2003.
- PAULILLO, Sérgio Luiz. *A desbiologização das relações familiares*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- SEREJO, Lourival. "O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005.
- SILIPRANDI GIORDANI, Cristina. "Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva". En: <http://forum.jus.uol.com.br>, [20/11/2009].
- SILVA, Luana Babuska Chrapak da. "A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, 1ª edición, coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, octubre, 2011.
- VILLELA, João Baptista. "Desbiologização da paternidade". Em: *Sep. da Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Ano XXVII, n. 21, Belo Horizonte, Maio.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. "A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 11, n. 1547, 26 set. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho Civil: parte preliminar y parte general*. 5ª ed. act., Tomo I, Ediar, Santiago de Chile, 1990.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press, Oxford, 2004.
- ÁLVAREZ, José de Jesús. "El examen de los grupos sanguíneos como medio de prueba jurídica" (Tesis doctoral de la Universidad Autónoma de Santo Domingo). En: *Revista de Derecho y ciencias políticas*. Nº 9, Trujillo, 1968.
- ÁLVAREZ. "Alcances de la negativa del padre a someterse a la prueba hematológica en las acciones de reclamación de filiación extramatrimonial", ED, 124-710.
- APARICIO Y GÓMEZ-SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo X, Taller de Linotipia, Lima, 1942.
- ARCE LARRETA, Jorge. "Investigación biológica de la paternidad (aplicaciones prácticas de la serología constitucional)". En: *Boletín del instituto nacional del Niño*. Nº 1, Lima, enero 1934.
- ARIANO DEHO, Eugenia. "El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 134, Lima, enero, 2005.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. *La adopción*. Abeledo-Perrot S.A.E e I., Buenos Aires, 1997.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa. "Una ley inteligente: La Ley peruana Nº 28. 457 de 2006". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre de 2007.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis*. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- ARRAIS SOBRINHO, Aurimar de Andrade. "Relación socioafectiva: Desbiologización del concepto de filiación". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acceso el 5 de mayo de 2011.
- AVELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de familia*. Vadell hermanos editores, Caracas, 2002.

- AYARZA SANCHO, José Alberto. "La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento". Diario *La Ley*. España, Nº 6932, Sección Doctrina, 24 Abr. 2008, Año XXIX, Ref. D-127.
- AYVAR CHIU, Karina. "El proceso de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial y las medidas autosatisfactivas". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 196, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2010.
- AZPIRI, Jorge O. "La filiación en el proyecto de Código Civil y Comercial". En: *Revista de Familia y las Personas*. Las Ley, julio de 2012.
- AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- AZPIRI, Jorge O. *Juicios de filiación y patria potestad*. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- AZPIRI, Jorge Osvaldo. "Filiación". En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- AZPIRI, Jorge. *Derecho de Familia*. 1ª ed., 1ª Reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- BAHENA, Marcos. *Investigando a Paternidade*. Editora de Direito, São Paulo, 1998.
- BARBERO, Doménico. *Sistema del Derecho Privado*. Tomo II, EJEA, Buenos Aires, 1967.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 5ª ed., Editorial De Palma, Buenos Aires, 1988.
- BELLUSCIO, Augusto César. "La reforma del derecho sucesorio en Francia". En: *La Ley*. Año LXVI, Nº 32, Buenos Aires, 14 de febrero de 2002.
- BELLUSCIO, Augusto César. "Nuevas reformas del Derecho Civil y Penal francés. Filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre". En: *La Ley*. Año LXVI, Nº 130, Buenos Aires, 8 de julio de 2002.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 7ª edición, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo II, 8ª edición, Buenos Aires, 2008.
- BELTRÁN PACHECO, Patricia Janet. "Solución legal al drama social de la filiación extramatrimonial. Análisis de la sentencia emitida por la Sala Constitucional y Social en torno a la Ley Nº 28457". En: *Jus Jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- BENTO DA SILVA, Wesley Ricardo. *A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade*. En: <http://jus.uol.com.br> (Elaborado 12.2004).

- BERENICE DÍAS, Maria y CHAVES, Marianna. "El predominio del derecho a la identidad. Sobre la constitucionalidad de la Ley Nº 28457 de 8/1/2005". En: *Jus Jurisprudencia*. Nº 7, Lima, diciembre, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BETERO, Sergio Manuel. "El descubrimiento del genoma humano. Su impacto en el Derecho". En: *La Ley*. Actualidad, Año LXIX, Nº 131, Buenos Aires, jueves 7 de julio de 2005.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da familia*. Ramiro M. Costa & Filhos - Editores Livraria Contemporânea, Recife, 1903.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de familia*. 2ª edición, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os directos da personalidade*. 6ª edición, actualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 2003.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Familia*. 10ª edición, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.
- BOSCH (h). "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". LL, 2003-B-1116.
- BOSCH, Alejandro F. "La filiación de las personas y los métodos compulsivos para obtener pruebas". En: *La Ley*, Año LXVII Nº 39, Buenos Aires, martes 25 de febrero de 2003.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Régimen legal de la filiación y de la patria potestad*. 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Hijos legítimos*. Astrea, Buenos Aires, 1981.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- BOSSERT, Gustavo. A. y ZANNONI, Eduardo. A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.
- BROWN, Dan. *El Código Da Vinci*. Traducción Juanjo Estrella, Umbriel, Barcelona, 2003.
- BUENO RINCÓN, Enrique Fabio. *La investigación de la filiación y las pruebas biológicas*. 2ª edición, Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Acción de filiación". En: *Código Civil comentado*. 3ª edición, Tomo II - Derecho de familia, noviembre de 2010.

- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Inimpugnabilidad de la acción de filiación matrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo I, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974.
- CAMBI, Eduardo. "O paradoxa da vedade biológica e sócio-afetiva na acçã negatoria de paternidade, surgido com o examen de DNA, na hipótese de adoçã à brasilera". En: *Revista de directo privado*. Nº 13, janeiro-marco 2003.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Familía e das Sucesiones*. 2ª edición, Del Rey, Belo Horizonte, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- CÁNOVAS, Espín. *Manual de Derecho Civil español*. 7ª edición, Revista de Derecho Privado, Familia IV, España, 1982,
- CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Ed. Bosh, Barcelona, 1961.
- CAROZZI, Ema. "Reformas introducidas por el Código de la niñez y la adolescencia en el derecho filiatorio uruguayo". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10, Derecho de familia, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- CASTRO, Verónica Adriana y DIANA, María José. "La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación". En: *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Libro de ponencias, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Rosario, 2003.
- CÉSPEDES SUZUKI, Erika. "Deficiencias de la Ley Nº 28457". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*. Año 2, Nº 57, martes 2 de agosto de 2005.
- CHINCHILLA MONGE, Cristian. "Detalles sobre la Ley de Paternidad Responsable". En: <http://www.uca.ac.cr>. Acceso el 01/04/2005.
- CICCARELLO, Sebastiano: (voz) "Parentela (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- CICU, Antonio. *La filiación*. 1ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- CIFUENTES, Santos. "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La inspectio corporis forzada)". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Revista de crítica y análisis jurisprudencial, año III, Nº 6, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CONCEIÇÃO, Marcelo Moura da. "Dois pais e uma mãe. A prevalência da paternidade sócio-afetiva". En: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1750, 16 abr. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.

- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 6ª edición, Tomo II, Librería Studium, Lima, 1987.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 8ª edición, Tomo II, Librería Studium, Lima, 1991.
- CORNEJO FAVA, María Teresa. "La paternidad y las pruebas científica, biológica, genética y del ADN en el Código Civil". En: *Revista Bibliotecal*. Año 1, Nº 2, Ilustre Colegio de Abogados de diciembre de 2001, Lima.
- CORNU, Gerard. *Droit civil. La famille*. 9ª edición, Montchrestien, París, 2006.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. "La configuración de un derecho a conocer la identidad del progenitor biológico". En: *Ponencia presentada al VII Congreso Mundial de Derecho de Familia*. San Salvador, 1992.
- CORRAL TANCIANI, Hernán. *Derecho y derechos de familia*. Grijley, Lima, 2005.
- CORVETTO VARGAS, Aníbal. *Manual de Derecho Civil elemental*. Manuales SIDUC, PUCP, Lima, 1945.
- COVIAN. "Hijos naturales". En: *Enciclopedia jurídica Española*. Tomo XVII.
- CRIFÓ, Giuliano y PEZZANA, Giuliano: (voz) "Filiazione naturale". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Principios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Del Rey, Bello Horizonte, 2005.
- DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Portugal, Coimbra, 1986.
- DE RUBEIS, D. *Inseminazione eterologa: Consenso del marido, azione di disconoscimento di paternita e tutela del bambino*. Dir. Fam. E Pers., 1998.
- DE SOUZA NOGUEIRA, Juliano Augusto. "La investigación de paternidad de la reproducción heteróloga". En: *Jus Navigandi*. Disponible en <http://jus2.uol.com.br> (agosto 2011).
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "El caso contra el Derecho Civil: Críticas, estrategias, perspectivas". En: *Homenaje a Max Arias-Schreiber*. Academia Peruana de Derecho, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- DEUSDARÁ, Ingrid Caroline Cavalcante de Oliveira. "O direito de ser filho e a Constituição de 1988". En: *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 825, 6 out. 2005, en: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso 06/10/2005.
- DI LELLA, Pedro. "La nulidad de reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del niño". En: JA 2002-II-521.
- DI LELLA. Pedro. *Paternidad y pruebas biológicas*. Depalma, Buenos Aires, 1977.

- DIAS, Maria Berenice. *Investigando a parentalidade*. Revista do CEJ, Brasília, n. 27, out./dez. 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada, Ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. "A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Perú e sua perspectiva de aplicação no Brasil". In: *Jus Scriptum*. Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Ano IV, n. 08, jan/mar, p. 120-133, NELB, Lisboa, 2008.
- DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. *Tratado Derecho de Familia.* Tomo I, Tea, Buenos Aires, 1953.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasilero*. Vol. 5, 17ª edición actualizada, Saraiva, Sao Paulo, 2002.
- DOMÍNGUEZ PLATAS, Jesús. "Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado". En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo LXXX, Madrid, enero-diciembre, 1996.
- DUARTE, Rodrigo Collares. "Desbiologização da paternidade e a falta de afeto". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 481, 31 out. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- DUTTO, Ricardo. "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas". En: *Revista derecho procesal 2002 - 2: Derecho Procesal de Familia II*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- ENGELS, Federic. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Editorial Perú Andino, Lima, 1988.
- ESCRICHE, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Librería de Ch. Bouret, París, 1884.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil español*. Vol. IV, 7ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 10, Nº 74, Lima, noviembre de 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "La Ley Nº 28720 y el mal entendido derecho a la identidad del menor". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 150, Lima, mayo, 2006.

- FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa. "Un leading case sobre responsabilidad civil en materia de filiación ¿Es resarcible la falsa atribución de la paternidad matrimonial?". En: *Jurisprudencia Argentina*. T. 2004-III.
- FAMÁ, María Victoria. "Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial". En: *Jus Jurisprudencia.* Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FAMÁ, Victoria y HERRERA, Marisa. "Crónica de una ley anunciada y ansiada". En: *Anales de la legislación argentina*. Boletín Informativo, año 2005, Nº 29, Tomo LXV-E.
- FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Ob Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- FASSI, Santiago y PETRIELLA, Dionisio. *Código Civil italiano*. Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires, 1960.
- FEDERICO, Bianca. *Compendio di Diritto di familia*. VIII edizione, Edizioni Simoni, Nápoles, noviembre, 2012.
- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada*. Hispano-Americana, México, 1947.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Ma. Begoña. *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*. Dykinson, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO. *Abuso del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho a la identidad personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FERRANDINO, Álvaro. "Acceso a la justicia". En: PASARA, Luis (Compilador): En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina, Consorcio de Justicia Viva, Lima, 2004.
- FERRANDO, Gilda. *Il disconocimento del figlio nato da fecondazione artificiale eterologa*. Dir. Fam e pers., 1997.
- FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. 1ª edizione, E. Laterza, Roma, 2005.
- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "Un fallo que declara la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y que efectúa una interesante interpretación del derecho a la identidad". En: *La Ley*, Tomo 2003-C, Buenos Aires.

- FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de Familia en el Proyecto". En: *La Ley*. Año LXXVI, Nº 115, Jueves 21 de junio de 2012.
- FERRERO COSTA, Augusto. *Tratado de Derecho de sucesiones*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. "La bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica". En: *Revista de Derecho y genoma humano*. Nº 18, Bilbao, 2003.
- FONSECA, João Maurício Cavalcanti Gomes da. "Da possibilidade da coerção ao exame de DNA na investigação de paternidade". En: *Jus Navigandi*. Nº 112, 24/10/2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acesso el 30/5/2005.
- FOX, Robin. *Sistemas de parentesco y matrimonio*. 2ª edición, Alianza editorial, Madrid, 1979.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituções de direito civil*. 5ª edición, revisada y actualizada, Saraiva, São Paolo, 1999.
- FURUKEN ZEGARRA, Carlos. "El (actual) proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial y el derecho a un debido proceso". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 108, año 13, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre, 2007,
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil. Primer curso. Parte general, personas y familia*. 15ª edición, Porrúa, México, 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, 2ª edición, México, Porrúa, 1994.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. "¿Qué familia para el siglo XXI". En: *Revista de Derecho Comparado*. Nº 9, Derecho de Familia. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA POVEDA, Carmen. "Constitucionalidad de las pruebas biológicas". En: *Revista de Derecho de Familia*. Lex Nova, Nº 25, España, octubre de 2004.
- GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *Elementos de Derecho de Familia*. Editorial Facultad de Derecho, Bogotá, 1999.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo*, ED. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2005.
- GOMES, Orlando. *Direito de familia*, 14ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2001.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 10ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- GONZALES LUNA, María Alejandra. *Importante sentencia de la Corte Suprema sobre el derecho a la identidad de los niños*. Disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe> (08/09/2007).
- GROSMAN, Cecilia y ARIANNA, Carlos. "Los efectos a de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial". En: *La Ley*. 1992-B.
- GROSMAN, Cecilia. *Acción de impugnación de la paternidad del marido*. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982.

- GRUNWALD, Astried Brettas. "Laços de família: critérios identificadores da filiação". En: *Jus Navigandi*. Nº 112, 24/10/ 2003. Disponible en: <http://www.jus.com.br>. Acesso el 30/05/2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 3ª ed., Forense, Río de Janeiro, 2006.
- GUZMÁN ZAPATER, Mónica. *El derecho a la investigación de la paternidad. En el proceso con elemento extranjero*. Civitas S.A., Madrid, 1996.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores. "Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica". En: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio-agosto, 2005.
- HERRERA NAVARRO, Santiago. *Proceso de ejecución*. Normas Legales, Trujillo, 2002.
- HERRERA VELARDE, Eduardo. "Presunción de inocencia, duda y certeza". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 58, martes 9 de agosto de 2005.
- HERRERA, Marisa. "La identidad en serio. Un debate inconcluso sobre la compulsión de las pruebas biológicas en los juicios de filiación". En: *Revista de Derecho de familia*. Nº 2, Lima, diciembre de 2007.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil". En: *Revista de Derecho Procesal*. Año 2001, Nº 1-3, Dirigida Iberoamérica, Madrid.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Análisis artículo por artículo, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2003.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *La prueba en el proceso civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tercera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Se eu soubesse que ele era meu pai". En: *Direito civil: Estudos*. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2000.
- JACQUARD, Albert. *La leyenda de la vida*. La Olla gigante, Lima, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R. "El valor de la prueba genética en el Derecho argentino". En: *El Derecho ante el proyecto genoma humano*. Vol. IV, Madrid, Fundación BBV, 1994.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El derecho de familia en la República Argentina del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos". En: *Revista de Derecho comparado*. Nº 10, Derecho de Familia, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. "Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico". En: *La Ley*. Año LXXVI Nº 189, Buenos Aires, martes 9 de octubre de 2012.

- KIELMANOVICH, Jorge L. "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". En: *La Ley*. Año LXXVI, Nº 142, martes 31 de julio de 2012.
- KOZICKI, Enrique. "La filiación. El HLA, el DNA. La ciencia y el Derecho". En: *La Ley*. Tomo 1990-D.
- KRASNOW Adriana N. *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- KRASNOW, Adriana N. "La filiación por naturaleza y la aplicación de normas de jerarquía constitucional". En: *La Ley*. Buenos Aires, 2006-B.
- KRASNOW, Adriana N. "La filiación y sus fuentes". En: *La Ley*. 2005-A.
- KRASNOW, Adriana N. "La presunción legal de la paternidad matrimonial". En: *La Ley* 25/09/2005, además en: <www.mpd.gov.ar> (octubre 2006).
- KRASNOW, Adriana N. *Pruebas biológicas y filiación*. UNR Editora, Rosario, 1996.
- LA ROSA CALLE, Javier. "¿Y cómo va la reforma de la justicia promovida desde Ceriajus?". En: *Justicia Viva Mail*. Instituto de Defensa legal, PUCE, Nº 179, 11 de abril de 2005.
- LA ROSA LA ROSA, Carlos Abdon. *La nacionalidad histórico filial. Nueva concepción ideológica de la nación*. 2ª edición, noviembre 1977, Lima, s/e.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia*. Bosch, Barcelona, 1982.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*. Tomo IV, vol. II, Barcelona, 1982.
- LAFAILLE, Héctor. *Derecho de familia*. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1930.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert. "Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB". En: *InDret*. Revista para el análisis del Derecho, <www.indret.com>, julio 2008, (20/07/2012).
- LAMO MERLINI, Olga de. "La impugnación del reconocimiento por vicios en la declaración: aproximación a su significado en el artículo 141 del Código Civil", *[on-line]*, en: <http://eprints.ucm.es> (04/08/2012).
- LASARTE, Carlos. *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASTARRIA RAMOS, Edgard. "Titulares de la acción". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*. Ed. Legrima, Lima, 1997.

- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Actuación". En: *Código Procesal Civil por los mejores especialistas*. Tomo II, 1ª edición, Ed. Adrus SRL, Arequipa, junio, 2010.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (h). "Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 211, Buenos Aires, 31 de octubre de 2005.
- LEGENDRE, Pierre. *L'inestimable objet de la transmision*. Etude sur le principe généalogique en Occident, Fayard, París, 1985.
- LIÉSI THURLER, Ana. "Un fenómeno latinoamericano en el siglo XXI: Intentos de inconstitucionalizar iniciativas legislativas dirigidas a la superación del sexismo". En: *Jus Jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- LIRA, Daniel Ferreira de y CARVALHO, Dimitre Braga Soares de. "O material humano criopreservado e a filiação tecnológica: um debate em torno da filiação no Direito de Família". Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3325, 8/8/2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/22347>. Acesso em: 9 ago. 2012).
- LLOVERAS, Nora y ORLANDINI, Olga. "El derecho del niño a la identidad filiatoria y su reafirmación por la Corte Suprema del Perú". En: *Jus jurisprudencia*. Nº 6, Lima, noviembre, 2007.
- LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. "El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación". En: *Lexis Nexis* - JA 2005-II-888 - (Lexis Nº 0003/011206).
- LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción*. Ley 24.779. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.
- LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y Perú, 1ª edición, Universidad, Buenos Aires, 2007.
- LLOVERAS, Nora. *Nuevo régimen de adopción*. Depalma, Buenos Aires, 1998.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origen: uma distinção necessária". En: *Revista Brasilera de Direito de Família*. IBDFAM/ Síntese, ano V, N.19, Porto Alegre, setiembre de 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária". En: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre, n. 19, ago./set. 2003b.
- LÔBO, Paulo. "Paternidade socioafetiva e o retrocesso da Súmula Nº 301/STJ". En: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família* / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, Sao Paulo, 2005.
- LÔBO, Paulo. "Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental". En: *Afeto e estruturas familiares*/ Maria Berenice Dias; Eliene Ferreira Bastos; Naime Márcio Martins Moraes (coords).Belo Horizonte, Del Rey.
- LÔBO, Paulo. *Familias (Direito civil)*. Saraiva, São Paolo, 2008.

- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición, Studium, Lima, 1987.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Requisitos del error". En: *Código civil comentado*. Tomo 1, 3ª edición, abril 2011.
- LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. *La filiación*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976.
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. Método, São Paulo, 2004.
- LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia Islámico*. Colex, Madrid, 2002.
- MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2010.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 3ª ed. rev., atual. e ampl., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2011.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III, Porrúa, México, 1988.
- MÁRQUEZ MATAMOROS, Arturo. *Legislación internacional sobre derechos de los niños. Aplicación y obligatoriedad en el Ecuador*. Abya-Yala, Quito, 2000.
- MARTEL CHANG, Rolando. "Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 138, Lima, mayo, 2005.
- MAZEAUD, Henry - León y Jean. *Lecciones de Derecho Civil, Parte primera*. Volumen III, EJEA, Buenos Aires, 1959.
- MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo 4, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley S.A.E. e I., Buenos Aires, 2006.
- MAZZINGHI, Jorge. "Negativa a colaborar con la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria". En: *La Ley*. 1996-B.
- MEDINA, Graciela. "Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas". En: JA, 1995-IV-340.
- MEDINA, Graciela. *La adopción*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- MEDINA, Graciela. "La falta de reconocimiento del hijo extramatrimonial no siempre origina la obligación de reparar el daño moral. Relación entre un *leading case* argentino y el Derecho comparado". Disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).

- MEDINA, Graciela. "Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo (Reseña jurisprudencial a los diez años del dictado del primer precedente)". Disponible en: <http://www.gracielamedina.com> (19/08/2012).
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D´ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1996.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La filiación*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986.
- MIDÓN, Marcelo S. "Pruebas biológicas y cosa juzgada. ¿El desarrollo de nuevos estudios genéticos o el perfeccionamiento de los ya existentes, habilita la revisión de la cosa juzgada sobre la base de metodologías superadas?". En: *Revista de Derecho Procesal, 2005-I*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.
- MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. "ADN como prueba de filiación en el Código Civil". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Lima, 5 de febrero de 2008.
- MIRANDA LUNA, Raúl E. y otro. *Bioética y Derecho de Familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo IX, 1ª ed., Campinas, São Paulo, Bookseller, 2000.
- MIRÓ QUESADA, Antonio. "La investigación de la paternidad". En: *Anales de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*. Tomo XXV, Imprenta Liberal, Lima, 1898.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica". En: *La Ley*. 2002-B.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica". En: *La Ley*. Tomo 2004 E, Sección Doctrina.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*. Astrea, Buenos Aires, 2004.
- MODESTA-SÁENZ. "Algo más sobre el derecho a la identidad". LL, 1995-A-377.
- MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los límites éticos de la actividad probatoria". En: *La formación del proceso civil peruano*. 2ª edición aumentada, Palestra, Lima, 2004.

- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2: Direito de familia, 36ª ed., actualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, Saraiva, São Paulo, 2001.
- MONTOYA CHÁVEZ, Víctorhugo. "La tutela constitucional de los menores en abandono". En: *Actualidad Jurídica* (publicación mensual de Gaceta Jurídica). Tomo 138, mayo, 2005.
- MOORE-PERSAUD, *Embriologia clínica*. 6ª edición, Mc Graw-Hill Interamericana, México, 1998.
- MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2005.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. Direito à identidade genética. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- MOREIRA FILHO, José Roberto. "Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito". En: <www.jus.com.br> (oct. 2006).
- MOREYRA GARCÍA-SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara Celinda. "El primer caso de vientre de alquiler". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 167, año 18. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2012,
- NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007. <http://br.vlex.com/vid/41870947> [20/11/2009].
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 20/05/2006, Ed. Revista dos Tribunais, São Paolo, 2006.
- NICOLAU JUNIOR, Mauro. "Investigação de paternidade procedente - coisa juzgada material - prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade - exame de dna negativo. Qual prevalece?". En: *Rivista de Direito privado*. Nº 8, outubro-dezembro 2001.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort. "¿El reconocimiento de hijo es un negocio jurídico?". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 227, Lima, octubre 2012.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, María. *La sucesión intestada de los parientes colaterales*. Librería-Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2007.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Criterio jurídico da paternidade*. Almedina, Coimbra, 2003.
- OLMOS HUALLPA, René. "Derecho a la identidad de los hijos extramatrimoniales. ¿Realidad o ilusión? En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 64, martes 20 de setiembre de 2005.

- ORTIZ DE ROSAS, Abel Fleitas. "Derecho a la identidad". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 222, Buenos Aires, martes 15 de noviembre de 2005.
- PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. 2ª edición, Imprenta del Estado, Lima, 1872.
- PALMERO, Juan Carlos. "Vélez Sárfield y el derecho Latinoamérica". En: *Homenaje a Dalmacio Vélez Sárfield*. Tomo I, Academia Nacional de Córdoba, Córdoba, 2000.
- PARÉS MAICAS, Manuel. "La investigación de la paternidad en el Derecho catalán y en el Código Civil español". Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/>, (05/08/2012).
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *Derecho de Familia. Derecho de Familia*. Temis, Bogotá, 2008.
- PAULILLO, Sérgio Luiz. "A desbiologização das relações familiares". Em: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 78, 19 set. 2003. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- PAZ ESPINOZA, Félix. *Derecho de familia y sus instituciones*. 2ª edición, Gráfica G.G., Bolivia, 2002.
- PECORELLA, Corrado. (voz) "Filiazione (storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- PELTZER, Julio E. "Afinidad". En: *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires, 1992.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Familia*. 4ª edição, Vol. I, Introdução. Direito matrimonial, Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Familia*. Vol. II Direito da filiação, Tomo I Establecimiento de filiação - adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V, 14ª ed. Forense, Río de Janeiro, 2004.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *II Diritto Civile nella legalitá costitucionale*. Edizioni Schentifiche Italiane, Nápoles, 1984.
- PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Albatros, Buenos Aires, 1982.
- PETRONE, Marina. (voz) "Riconoscimiento del figlio". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XL, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- PEYRANO, Jorge W. "Sobre la prueba científica". En: *La Ley*. Año LXXI, Nº 85, Buenos Aires, jueves 3 de mayo de 2007.
- PIERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*. Tomo II, Buenos Aires, 2006.

- PINHEIRO, Jorge Duarte. "Investigação da paternidade - 'direitos e abusos'". In: *Parentalidade - análise psicojurídica*/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.), Jurúa, Curitiba, 2009.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Creditur virgini pregnanti..., volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley Nº 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "Es inconstitucional obligar al demandado a someterse a la prueba de ADN". En: *Legal Express*. Año 5, Nº 49, Lima, enero, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. "La pretensión de alimentos del hijo extramatrimonial cuya paternidad no está determinada". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 139, Lima, junio, 2005.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Ensayos sobre Derecho de Familia*. Rodhas, Lima, 1997.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, marzo, 2003.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex Fernando. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio de Derecho de Familia*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, I, Nº 1280, París, 1948.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*. Cultural S.A., La Habana, 1939.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 5ª edic. (renovada), Roma, Laterza, marzo, 2003.
- PUIG PEÑA, Federico. "Filiación". En: MASCAREÑAS, Carlos - E: *Nueva enciclopedia jurídica*, Tomo IX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1982.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo II, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.
- QUESADA GONZÁLEZ, Ma. Corona. "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico". En: *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XLVII, fasc. II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, abril-junio, 1994.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Romano*. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- RÄDDA BARNEN. *Filiación*. Programa Demuna, Manual para promover reconocimientos voluntarios, Gráfica S.A., Lima, octubre, 1997.
- RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz May Ling. "¿Qué puedo hacer si el padre de mi hija o hijo no quiere reconocerlo? Análisis de la constitucionalidad de la Ley Nº

28457 desde la perspectiva de género". En: <www.derechovirtual.com>, Año II, Nº 4, junio 2007.

- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil peruano*. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- RAMOS PAZOS, René. *Derecho de Familia*. Tomo II, 4ª edición actualizada, Jurídica de Santiago de Chile, Chile, 2003.
- RASKIN, Salmo. "DNA e investigação de paternidade". Disponible en: <http://jus2.uol.com.br> Aceso en: 25 de Julio de 2009.
- REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- REYES RÍOS, Nelson. "Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad". En: *Ponencias al I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencia Política y el Instituto de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, celebración del décimo aniversario del Código Civil, Lima, 1994.
- REZEK, Francisco. "O direito à identidade". *In A família além dos mitos* / coord. Maria Berenice Dias e Eliene Ferreira Bastos. Del Rey, Belo Horizonte, 2008.
- RIBO DURÁN, Luis. *Diccionario de Derecho*. Bosch, Barcelona, 1987.
- RIPERT, George y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II, vol. I, *El estado de las personas*. Trad. de Delia García Daireaux, Buenos Aires, 1956.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, trad. García Daireaux, La Ley, Nº 1757, Buenos Aires, 1963.
- RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial". En: *II Congreso Mundial Vasco*. La filiación a finales del siglo XX.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de familia*. 2ª edição, Editora Forense, Río de Janeiro, 2004.
- ROCA i TRIAS, Encarna. "Adopción y datos biogenéticos: El proyecto genoma humano como auxiliar de la técnicas de desarrollo de la personalidad". En: *El Derecho ante el proyecto de genoma*.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Direito de Familia*. Volumen 6, 27ª edición actualizada por Francisco José Cahali, Saravia, Sao Paulo, 2002.
- RODRÍGUEZ ÁVALOS, Yovar Osven. "Modernos lineamientos de la filiación biológica y la ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Nº 169, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2007.

- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 6ª edición, Grijley, Lima, 2004.
- RODRÍGUEZ ITURBURÚ, Mariana. "Sobre la inconstitucionalidad de la ley de fertilización asistida de la provincia de Buenos Aires. ¿Ley de cobertura?". En: *Revista de Derecho de Familia*. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Diciembre 2011. Vol. VI.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, Juan. *Genoma humano y Constitución*. Cuadernos Civitas, Madrid, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 16ª edición, Porrúa, México D.F.,1979.
- ROSSEL SAAVEDRA, Enrique. *Manual de Derecho de Familia*. 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio*. Biblioteca de Derecho contemporáneo, Vol. 2, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico*. Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IX, 6ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- RUEDA ESTEBAN, Luis. "Filiación". En: DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (coordinador): *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV- Familia, Vol.1, Civitas, Madrid, 2001.
- RUPERTO, Cesare: (voz) "Adozione (Dir. Civ.)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo I, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en la procreación asistida*. El Derecho, UCA, Buenos Aires, 2004.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina. *La filiación en el nuevo Derecho de Familia*. Cono Sur, Chile, 2001.
- SCHWARZENBERG, Claudio: (voz) "Parentela (Storia)". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXI, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- SCIANCALEPORE, G. *Línteresse del minore tra esercize di formalismo giuridico e legalita costituzionate*. Fam, e Dir, n. 5, 1998.
- SELEME, Hugo Omar. "La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía". En: *La Ley*. Año LXXVII Nº 13, viernes 18 de enero de 2013.
- SEREJO, Lourival. "O parentesco socioafetivo como causa de inelegibilidade". En: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), IOB Thomson, 2005.

- SESTA, Michele: (voz) "Filiazione". En: *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*. Tomo IV, Giuffré Editore, Milano, 1997-2002.
- SESTA, Michele. "Derecho de Familia italiano. ¿Hacia nuevas transformaciones?". En: *Homenaje a Fernando Hinestrosa*. 40 años de rectoría 1963-2003, Universidad Externado de Colombia, Colombia, julio de 2003.
- SILIPRANDI GIORDANI, Cristina. "Decisão inédita reconhece paternidade biológica tardia sem anular paternidade socioafetiva". En: <http://forum.jus.uol.com.br> [20/11/2009].
- SILVA RUIZ, Pedro. "El Derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". En: *Revista de Derecho privado*. Tomo LXXI, Derecho reunidas, Madrid, enero-diciembre, 1987,
- SILVA, Luana Babuska Chrapak da. "A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar". En: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 8, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/>, 20 nov. 2009.
- SIMÓN REGALADO, Patricia. "Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2007.
- SOFLOCETO. "Humor dominical". En: *El Dominical*. Suplemento del diario *El Comercio*, XLII, Nº 21, Lima, 24/05/1998.
- SOLARI, Néstor. "Presunción de la paternidad extramatrimonial derivada de la convivencia". En: *La Ley*. Año LXIX, Nº 56, 21 de marzo de 2005.
- SOLDANO. *Disconoscimento di paternita e inseminazione eterolaga*. Giust. Civ., 1994.
- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I, 9ª edición, Temis, Bogotá, 1999.
- SUÁREZ VARGAS, Luis. "El 'especialísimo' proceso de filiación". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 33, martes 15 de febrero de 2005.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2001.
- TAVIP, Gabriel Eugenio. "Acción de impugnación de la paternidad matrimonial, plazo de caducidad y planteo de inconstitucionalidad". En: *Revista Semanario Jurídico de Córdoba*. Nº 1.393, 26 de diciembre de 2002.
- TERÁN LOMAS, Roberto A.M. *Los hijos extramatrimoniales*. Tipografía Editora, Buenos Aires, 1954.
- TEXEIRA FERREIRA, Lúcia Maria. *In Novo Código Civil: Do Direito de Familia* (Coord.: Heleiosa Maria Daltro Leite).

- THEODORO JUNIOR, Humberto. "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito Civil". En: *Revista dos tribunais*. Ed. Revista dos tribunais, vol. 662, año 79, Sao Paulo, diciembre 1990.
- THURLER, Ana Liési. *Paternidade e deserção. Crianças sem reconhecimento, maternidades penalizadas pelo sexismo*. Departamento de Sociologia: Universidade de Brasilia, Tese de doutoramento, 2004.
- THURLER, Ana Liési. "Reconhecimento paterno, direito de cidadania". En: <www.arpenbrasil.org.br>. Acceso 16 de enero de 2006.
- TORRES LÓPEZ, Edgardo. *Videoaudiencias judiciales en el Perú*. En: <http://www.gestionjudicial.net>, revisado el 28 de abril de 2011.
- TORRES SANTOMÉ, Natalia E. "La identidad y la filiación". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley, 10/06/2008.
- TRIMARCHI, Vicenzo Michele. (voz) "Filiazione legitima". En: *Enciclopedia del Diritto*. Tomo XVII, Giuffré Editore, Milano, 1958-2004.
- TURNER, Neville. "Family and Succession Law" (Australia). En: *International Encyclopaedia of Law, Kluwer Law International*. The Hague, The Netherlands, January, 1997.
- UDA, G. *Inseminazione artificiale eterolaga, e stato della persona.* Dir . Fam. E pers., 1996.
- VALLE, Gabriel. *Ética e Directo*. Síntese, Porto Alegre, 1999.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Papi siempre paga. El costo de la prueba del ADN en los procesos de paternidad extramatrimonial". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 212, julio 2011.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". *In Revista Persona*. Nºs 49, 50 e 51, JAN/ FEV/ MAR 2006. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar>. Aceso en: 20 de julio de 2009.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponible en: <http://www.scielo.br>. Aceso en: 20 de Julio de 2009.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este". En: *Encuentro jurisdiccional de jueces especializados y mixto en materia civil y familia*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 19 y 20 de noviembre de 2012.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El nuevo proceso de filiación. En el nombre del padre". En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 30, Lima, martes 25 de enero de 2005.

- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "El principio de libertad personal y el principio de legalidad". En: *Suplemento Actualidad*. La Ley, Año LXIX, Nº 124, Buenos Aires, 28 junio de 2005.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Los vientos nuevos del sur en materia de filiación". En: *Jurídica.* Suplemento de análisis legal del diario oficial *El Peruano*, Año 2, Nº 62, Lima, martes 6 de setiembre de 2005.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Plazo para negar el reconocimiento". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, mayo, 2007.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. "Re - Conociendo mi verdad (Punto final al caso Zaraí)". En: *El Comercio*, 20 de octubre de 2002.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley Nº 28457 y la acción intimatoria de paternidad - Socioafectividad y procreación asistida*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, marzo, 2010.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *El proceso de filiación extramatrimonial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Filiación, Derecho y Genética*. Coedición Universidad de Lima y Fondo de Cultura económica, Lima, 1999.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Las pruebas heredobiológicas en la determinación jurídica de la paternidad*. Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, junio 1990. Sustentada el 8 de junio de 1990.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I, con la colaboración de Marianna Chaves y Claudia Canales, 1ª edición, Lima, Coedición Universidad de Lima - Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2011.
- VELARDE BOLAÑOS, Rosa. "La verdad os hará libres. A propósito de inaplicabilidad de la Ley Nº 28457". En: *Jus jurisprudencia*. Lima, Nº 6, noviembre, 2007.
- VELEDO DE LUIGI, Isabel Grisanti. *Lecciones de Derecho de Familia*. 11ª edición ampliada y puesta al día, Vadell Hermanos, Caracas, 2002.
- VELOSO, Zeno. "A sacralização do DNA na investigação da paternidade". En: in Grandes temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação (Coord. Eduardo Oliveira Leite).
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. VI: Direito de Família, 2ª edición, Atlas, Sao Paulo, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. VI: Direito de Família, 7ª ed., Atlas, São Paulo, 2007.

- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. Bosch, Barcelona, 1993.
- VERDERA SERVER, Rafael. *Determinación y acreditación de la filiación*. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993.
- VERRUNO, Luis; HAAS, Emilio y otros. *Manual para la investigación de la filiación*. 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Huérfanos biológicos*, San Pablo, Madrid, 1997.
- VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.
- VILLELA, João Baptista. "Desbiologização da paternidade". Em: *Sep. da Revista de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, Maio.
- WEBER, Albretch. "Protección constitucional de la infancia". En: *Derechos fundamentales y Estado*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Coordinación Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- WELSTEAD, Mary; EDWARDS, Susan. *Family Law*. Oxford University Press, New York, 2006.
- ZANNONI, Eduardo. A. *Derecho de Familia*. Tomo I, 3ª edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ª edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1998
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*. Tomo I, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- ZANNONI, Eduardo. "Identidad personal y pruebas biológicas". En: *Revista de derecho privado y comunitario, Derecho privado en la reforma constitucional*. Nº 13, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- ZICARELLI, Filho. "La prueba en la acción de investigación de paternidad". En: *Revista mexicana de Derecho Penal*. Nº 3, México, mayo-junio, 1970.

ÍNDICE GENERAL

Introducción 7

CAPÍTULO PRIMERO
Parentesco y relaciones parentales

I. Introducción

II. Etimología

III. Concepto

IV. Definición

V. Naturaleza Jurídica

1. Derecho personalísimo 15
2. Atributo de la persona 15
3. Institución de Derecho de familia 15
4. Vínculo jurídico 15

VI. Características

VII. Evolución

5. Familia punalúa 17
6. Familia sindiásmica 17
7. Roma 17
8. Derecho germánico 18

VIII. Clases

9. Según la base matrimonial o extramatrimonial: parentesco civil y parentesco natural 19
10. Según la intensidad del vínculo: parentesco por línea y parentesco por grado 19
11. Según la capacidad de extensión del vínculo: parentesco abierto y parentesco cerrado 20
12. Según el contenido del vínculo: parentesco fuerte y parentesco débil 20
13. Según la duración del vínculo: parentesco intra vitam y parentesco *ultra mortem* 20
14. A partir de las fuentes de parentesco 21

IX. Fuentes del parentesco

15. Naturaleza 21
16. Ley 23
16.1. Parentesco por afinidad 23
16.1.1. Características 25
16.1.2. Principios a tenerse en cuenta en la afinidad 28
16.2. Parentesco por adopción 28
16.3. Parentesco civil 29
16.4. Parentesco religioso 30

X. Cómputo

17. Línea recta 32
18. Línea colateral 32
19. Afinidad 32
19.1. Cómputo del parentesco por afinidad 33
19.2. Establecimiento gráfico en la línea afín 33
20. Sistemas de cómputo 33
20.1. Sistema romano 33
20.2. Sistema germánico 34
20.3. Sistema canónico 35
20.4. Sistema genético 36

XI. Estructura del parentesco. Tronco, grado y líneas

21. Tronco 36
22. Grado 37
22.1. Distancias ente los grados 38
22.2. Sistema de cómputo 38
22.3. Prueba 39
23. Línea 39
23.1. Línea recta 39
23.1.1. Establecimiento gráfico de la línea recta simple 40
23.1.2. Graduación 41
23.1.3. Establecimiento gráfico en línea doble 41
23.2. Línea colateral 42
23.2.1. Segundo grado 42
23.2.2. Tercer grado 42
23.2.3. Cuarto grado 43
23.2.4. Más allá del cuarto grado 44
23.2.5. Variantes 44
23.2.6. Establecimiento gráfico en la línea colateral 45
23.2.7. Graduación 45
23.2.8. Colateralidad y ancestralidad 46
23.2.9. Un caso en concreto 46
24. Rama 47

XII. Alcances

25. Parentesco consanguíneo 48
25.1. Línea recta 48

25.2. Línea colateral 48
26. Parentesco por afinidad 48
27. Parentesco por adopción 49
28. Parentesco complejo o mixto 49

XIII. Duración, extensión y fin

29. Parentesco por consanguinidad 49
30. Parentesco por afinidad 50
31. Parentesco por adopción 50

XIV. Efectos jurídicos

32. Alcance de los efectos 51
32.1. Consanguinidad 51
32.2. Afinidad 52
32.3. Adopción 52
32.4. Parentesco espiritual 52
33. Principales efectos jurídicos 52
33.1. Efectos civiles 52
33.2. Efectos procesales 53
33.3. Efectos penales 54
33.4. Efectos societarios 55
33.5. Efectos electorales 55
33.6. Efectos de Seguridad Social 56

XV. Importancia

Bibliografía del capítulo 56

CAPÍTULO SEGUNDO
Marco teórico de la filiación - Derecho de la filiación - Vínculo jurídico paternofilial

I. Filiación

1. Introducción 61
2. Generalidades 62
3. Filiación y parentesco 63
4. Antecedentes históricos 64
5. Etimología 64
6. Concepto 65
7. Denominación 67
8. Definición 67
8.1. Como vínculo 68
8.2. Como estado de familia 68
8.3. Como relación 68
8.4. Hecho biológico 69
8.5. Posición nacional 70
9. Características 70

9.1. Única 70
9.2. Construcción cultural - afectividad 70
9.3. Vínculo jurídico 71
9.4. Unitaria 72
9.5. Orden público 72
9.6. Inextinguible e imprescriptible 72
9.7. Estado civil 73
10. Naturaleza jurídica 73
10.1. Derecho 73
10.2. Relación jurídica 74
10.3. Atributo de la personalidad 74
10.4. Vínculo jurídico 75
10.5. Acto jurídico / hecho jurídico 75
11. Importancia 75
12. Clasificación 76
13. Elementos 78
13.1. Sujetos 78
13.1.1. Hijo 78
13.1.2. Padre - madre 79
13.2. Objeto 79
13.3. Hechos 79
14. Filiación, maternidad y paternidad 80
15. Lo biológico y lo jurídico 81
16. Clases o grados de paternidad 83

II. Derecho de la filiación

17. Noción 84
18. Denominación 85
19. Definición 85
20. Características 85
21. Importancia 86
22. Contenido 86
23. Determinación 87
23.1. Clases de determinación 87
23.2. Determinación y medios de prueba 88
24. Efectos 88
25. Clasificación 89
26. Principios del Derecho de la filiación 89
26.1. Principios que inspiran el Derecho de la filiación en el Perú 89
26.1.1. Protección del especial al hijo (interés superior del niño) 90
26.1.2. Unidad de la filiación 90
26.1.3. Cosa juzgada y los procesos de filiación 92
26.1.4. Paternidad socioafectiva vs. paternidad biológica 94
26.1.5. Investigación de la paternidad 94
26.1.6. Medio de realización de la persona humana 95
26.1.7. Inmutabilidad del vínculo biológico y mutabilidad de la relación filiatoria 95
26.2. Principios del Derecho de la filiación el Derecho comparado 96
26.2.1. Da Costa Pimenta 96

26.2.2. Pereira Coelho y De Oliveira 97
26.2.3. Rueda Esteban 97

III. Vínculo jurídico paternofilial

27. Generalidades 99
28. Definición 100
29. Derechos subjetivos paterno filiales 100
29.1. Derechos del padre 101
29.2. Deberes del padre 101
29.3. Derechos del hijo 101
29.3.1. Obligaciones del hijo 102
29.4. Tipos 103
30. Los nuevos derechos de la persona y la filiación 103
30.1. Derecho a la identidad 103
30.1.1. Identidad filiatoria 105
30.1.2. Derecho a la identidad genética 105
30.2. Derecho a la investigación de la paternidad 107
30.3. Derecho a conocer el propio origen biológico 108
30.3.1. Derecho a saber y derecho a no saber 111
30.4. Derecho al planeamiento de la filiación 111
31. Instituciones afines a la filiación 111
31.1. Hijo alimentista 111
31.1.1. Base legal 112
31.1.2. Usos 113
31.1.3. Legitimación 113
31.1.4. Transmisión hereditaria de la obligación alimentaria 113
31.1.5. Eximencia 113
31.2. Prohijamiento 114
31.3. Tutela 114
31.4. Guarda 114
31.5. Colocación familiar 115
31.6. Prohijamiento 115
Bibliografía del capítulo 116

CAPÍTULO TERCERO
Determinación de la filiación matrimonial

I. Matrimonio como fuente de filiación

1. Teoría de la concepción 125
2. Teoría del nacimiento 126
3. Teoría mixta 127

II. Filiación matrimonial

III. Determinación de la paternidad matrimonial

4. Presunción pater est 130
4.1. Plazos aplicables 131

4.2. Sustento de la presunción 133
4.3. Derecho comparado y teoría que la sustentan 134
4.4. Antecedentes legislativos nacionales 135
4.5. Requisitos para la operatividad de la presunción 135
4.6. Vigencia de la presunción pater est 137
4.6.1. Separación de hecho 137
4.6.2. Determinación genética de la paternidad 137
4.6.3. Periodo técnico del embarazo 139
4.6.4. Procreación asistida 139
4.7. Excepciones, situaciones de inaplicabilidad de la presunción 140
4.8. Limitación 141
5. Presunción reafirmatoria de paternidad 142
6. Impugnación de la paternidad matrimonial 143
6.1. Supuestos para impugnar la paternidad 143
7. Cláusulas de preservación de presunción pater est 145

IV. Determinación de la maternidad matrimonial

8. Sistemas de determinación 146
8.1. Biologicista, impositivo o forzado 146
8.2. Voluntarista, libre o individual 147
9. Determinación imperante 147
10. Caracteres 149
11. Impugnación de la maternidad matrimonial 150
Bibliografía del capítulo 151

CAPÍTULO CUARTO
Determinación de la filiación extramatrimonial

I. Generalidades

II. Antecedentes

III. Filiación extramatrimonial

IV. Declaración judicial del vínculo paternofilial

V. Investigación de la paternidad

1. Antecedentes 164
2. Concepto 165
3. Limitaciones 166
3.1. Limitaciones derogadas 167
4. Presunciones legales de paternidad 168
4.1. Antecedentes 168
4.2. Surgimiento 169
4.3. Objetivo 169
4.4. Presunciones en el Código 170

4.5. Naturaleza jurídica 172
4.6. Actualidad 172
5. Principio de prueba 173
5.1. El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva 173
5.2. La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores 174
6. Incorporación de la prueba de ADN 174

VI. Sistemas de investigación de paternidad

7. Sistema prohibitivo 176
8. Sistema permisivo 176
8.1. Sistema abierto 177
8.2. Sistema cerrado 177
8.3. Sistema cerradísimo u obtuso 177
9. Sistema mixto 177

VII. Declaración judicial de la paternidad

VIII. Efectos de la falta de determinación de paternidad

10. Hijo alimentista 178
11. Expósito 179
12. Hijo póstumo 179

IX. Prueba en la determinación del vínculo paternofilial

X. Declaración voluntaria de la paternidad

XI. Investigación de la maternidad

13. Generalidades 182
14. Antecedentes 183
15. Presupuestos 184
15.1. Parto 185
15.2. Identidad del hijo 186
16. Contenido del artículo 409 186
17. Tratamiento en el Derecho comparado 188
18. Procreación asistida 190
19. El nuevo proceso en la determinación de la maternidad 191
Bibliografía del capítulo 192

Subcapítulo primero
Reconocimiento

I. Generalidades

II. Antecedentes históricos

III. Etimología

IV. Concepto

V. Denominación

VI. Definición

VII. Naturaleza jurídica

1. Reconocimiento confesión 202
2. Reconocimiento admisión 203
3. Teoría Mixta: reconocimiento confesión y reconocimiento admisión 203
4. Reconocimiento como acto de poder familiar 203
5. Reconocimiento como acto jurídico 203
6. Reconocimiento como acto declarativo 204

VIII. Características

7. Unilateral, voluntario y espontáneo 205
8. Declarativo de estado 207
9. Personalísimo 207
10. Irrevocable 208
11. Puro y simple 211
12. Voluntario 212
13. Imprescriptible 212
14. Solemne y formal 212
15. Retroactivo 213
16. Oportuno 214
17. Indivisible 214
18. Beneficioso 214
19. Deber o derecho 214

IX. Objetivo

X. Importancia

XI. Sujetos

20. Reconociente 215
21. Reconocido 217

XII. Formalidad

22. Escritura pública 219
23. Testamento 220
24. Registro civil 221
25. Otras formas de reconocimiento 222
    - 25.1. Reconocimiento no formal 222
    - 25.2. Reconocimiento incidental 222
    - 25.3. Expresión de reconocimiento 224
    - 25.4. Reconocimiento aformal 224
    - 25.5. Reconocimiento ante el juez 224
    - 25.6. Adoção à brasileira 224

25.7. Reconocimiento judicial de embarazo o parto 225
26. De la propuesta de reforma 225

XIII. Requisitos

27. Voluntad 226
27.1. Dolo 227
27.2. Error 228
27.3. Violencia e intimidación 229
28. Capacidad 229
28.1. Edad 230
28.2. Otros incapaces 232
28.3. Adquisición especial de la capacidad por el reconocedor 232
29. Forma 233
30. Objeto 234

XIV. Relación jurídica

XV. Efectos

XVI. Clases

XVII. Tipos

31. Del hijo mayor de edad 240
31.1. Hijo mayor de edad 241
31.2. Asentimiento 242
31.2.1. Características del asentimiento del hijo mayor de edad 243
31.3. Posesión de estado 246
31.4. Sanción civil 246
32. Del hijo de mujer casada 247
33. Del hijo fallecido 247
34. Del concebido 250
34.1. Embriones crioconservados y concepturus 251
35. Del hijo adoptado por tercero 251
36. Del no hijo biológico 252
37. Por poder o mandato 254
38. Por los abuelos 255
39. Reconocimiento en el tiempo 256

XVIII. Limitaciones

40. De mujer casada 257
41. De quien ya cuenta con una filiación completa 257
42. Otros casos 257

XIX. Inscripción y registro

XX. Diferencia entre declaración judicial de filiación y reconocimiento

XXI. Revelación del nombre del otro progenitor

XXII. Responsabilidad civil por reconocimiento tardío

Bibliografía del subcapítulo 263

CAPÍTULO QUINTO
Acciones de filiación

I. Generalidades

1. Generalidades 270
2. Concepto 270
3. Delimitación 270
4. Objetivo 271
5. Principios y características 271
   5.1. Imprescriptibles 272
   5.2. Inalienables 272
   5.3. Personales 272
   5.4. Intransmisibles 273
   5.5. Indisponibles 273
   5.6. Irrenunciables 273
   5.7. Eficacia erga omnes 273
   5.8. Declarativas 273
   5.9. Eficacia en su realización 273
6. Clases 274

II. Acción de reclamación

7. Matrimonial. 275
   7.1. Objetivo de la acción y procedencia 275
   7.2. Legitimación activa 275
   7.3. Legitimación pasiva 276
   7.4. Prueba 276
   7.5. Sentencia 276
   7.6. Base legal 276
8. Extramatrimonial 276
   8.1. Paternidad 278
      8.1.1. Objetivo de la acción y procedencia 278
      8.1.2. Legitimación activa 278
      8.1.3. Legitimación pasiva 279
      8.1.4. Prueba 279
      8.1.5. Sentencia 280
      8.1.6. Base legal 280
   8.2. Maternidad 281
      8.2.1. Objetivo de la acción y procedencia 281
      8.2.2. Legitimación activa 281
      8.2.3. Legitimación pasiva 281
      8.2.4. Prueba 281
      8.2.5. Sentencia 281
      8.2.6. Base legal 282
      8.2.7. Limitación 282

III. Acciones de desconocimiento

9. Paternidad matrimonial 282
   9.1. Negación 282
      9.1.1. Objetivo de la acción y procedencia 283
      9.1.2. Legitimación activa 284
      9.1.3. Legitimación pasiva 288
      9.1.4. Prueba 289
      9.1.5. Sentencia 289
      9.1.6. Base legal 289
      9.1.7. Limitación 289
10. Maternidad matrimonial 292
   10.1. Impugnación 292
      10.1.1. Objetivo de la acción y procedencia 293
      10.1.2. Legitimación activa 294
      10.1.3. Legitimación pasiva 295
      10.1.4. Prueba 295
      10.1.5. Sentencia 295
      10.1.6. Base legal 295
11. Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial 296
12. Acción de impugnación de reconocimiento 296
   12.1. Objetivo de la acción y procedencia 297
   12.2. Legitimación activa 297
   12.3. Legitimación pasiva 298
      12.3.1. Prueba 298
   12.4. Sentencia 298
   12.5. Base legal 298
13. Acción de invalidez 298
   13.1. Nulidad de reconocimiento 298
      13.1.1. Objetivo de la acción y procedencia 299
      13.1.2. Legitimación activa y pasiva 300
      13.1.3. Prueba 300
      13.1.4. Sentencia 300
      13.1.5. Base legal 300
   13.2. Anulabilidad de reconocimiento 300
      13.2.1. Objetivo de la acción y procedencia 300
      13.2.2. Legitimación activa y pasiva 301
      13.2.3. Prueba 301
      13.2.4. Sentencia 301
      13.2.5. Base legal 301
   13.3. Invalidez del reconocimiento por error 301
14. El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este 304
15. Incaducibilidad de las acciones de estado filial 305
   15.1. Prescriptibilidades legales de las acciones de estado filial 305
   15.2. Filiación, acción y transcurso del tiempo en el Derecho comparado 306
   15.3. De las acciones prescriptibles a su incaducibilidad 307
      15.3.1. Reclamación filiación matrimonial (arts. 373 y 374) 307

15.3.2. Impugnación de la paternidad matrimonial (art. 364) 308
15.3.2.1. Incaducibilidad 310
15.3.2.2. Estado actual de la cuestión 312
15.3.2.3. Posición jurisprudencial comparada 312
15.3.2.4. Criterios jurisprudenciales nacionales 317
15.3.2.5. Una simple reflexión final 319
15.3.2.6. Impugnación de la maternidad matrimonial (art. 372) 320
15.3.3. Impugnación de la adopción (art. 385) 320
15.3.4. Negación del reconocimiento por padre o la madre (art. 400) ... 321
15.3.4.1. Criterios jurisprudenciales nacionales 322
15.3.4.2. Criterios jurisprudenciales en el Derecho comparado 323
15.3.5. Negación del reconocimiento por parte del hijo (art. 401) 324
15.4. Criterios jurisprudenciales contrapuestos 325
16. El sometimiento a la prueba de ADN ¿es exigible a los herederos del supuesto padre? 326
16.1. La acción de investigación de la paternidad extramarital 326
16.2. El examen de ADN y la Ley Nº 28457 modificada por la Ley Nº 29821 328
16.3. Los terceros y la prueba biológica 329
16.3.1. La naturaleza especial de este caso y la inaplicabilidad de la Ley Nº 29821. ¿Qué camino seguir? 330
16.3.2. La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN 331
16.4. La negativa al sometimiento por parte de terceros 332
16.5. El conflicto de intereses 333
16.6. Conclusión: la prevalencia del derecho a la identidad 335
16.7. Apostillas a la Casación Nº 4585-2007-Ica 336
17. Cosa juzgada y los procesos de filiación 343
Bibliografía del capítulo 345
Anexo 351

Subcapítulo primero
Del proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

I. Generalidades

II. Del neoproceso de filiación

III. Características

1. Juez competente 362
2. Titular de la acción 363
3. De los lineamientos del proceso 364
4. Sistema abierto 366
5. Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial 368

6. Adecuación de los procesos en trámite 370

IV. Del trámite

7. De la demanda 374
8. Mandato de paternidad 374
9. De la defensa y oposición 376
   - 9.1. De la defensa 376
   - 9.2. Emplazamiento 376
   - 9.3. Excepciones 376
   - 9.4. De la oposición 378
   - 9.5. Costo de la prueba 379
     - 9.5.1. Antecedente 379
     - 9.5.2. La reforma 381
     - 9.5.3. Alcances de la reforma 382
     - 9.5.4. Costo de la pericia 382
     - 9.5.5. Aspectos procesales de la pericia de ADN 383
     - 9.5.6. Más allá de la reforma 385
   - 9.6. La no oposición 386
   - 9.7. Audiencia única 386
   - 9.8. Inversión de la carga de la prueba 386
   - 9.9. Diferencias entre la negativa y la oposición 388
   - 9.10. La negativa como sucedáneo, es una presunción 389
10. Declaración de paternidad. Sentencia 391
11. Apelación 392
12. Procedimiento. Resumen 393
13. Modificaciones a la ley 394
14. Principios que inspiran a la ley 395

Bibliografía del subcapítulo 395

Subcapítulo segundo
Antecedentes normativos del nuevo proceso de filiación

I. Antecedentes normativos

II. Justificación del proceso

III. Importancia de la norma

IV. (Sigue) De sus opositores y los supuestos derechos violados

1. Derecho a la libertad 414
2. Derecho a la intimidad 418
3. Derecho a la integridad 419
4. Derecho de defensa 419
   - 4.1. Derecho al debido proceso, prueba y derecho de defensa 420
5. Derecho a la presunción de inocencia 423
6. La prueba en el proceso de filiación 424

7. Criterio opuesto al proceso 424

V. La posición de la Corte Suprema de Justicia de la República

VI. Más allá de mis genes está la Ley

Bibliografía del subcapítulo..... 438

Subcapítulo tercero
La investigación de la paternidad

I. La identidad y la investigación de la paternidad. Dos derechos constitucionales

1. El derecho a la identidad 446
2. Derecho a la investigación de la paternidad 447

II. La aplicación del test de razonabilidad en la investigación de la paternidad extramatrimonial

3. El test de razonabilidad, los derechos del demandado y el derecho fundamental a la identidad..... 448
4. El análisis del principio de idoneidad 449
5. El análisis del principio de necesidad 450
6. El análisis del principio de proporcionalidad stricto sensu 450

III. Los criterios jurisdiccionales y la aplicación del test de razonabilidad

IV. Marco de aplicación y supuestos controvertidos

7. Marco de aplicación 455
8. Supuestos controvertidos..... 456

Bibliografía del subcapítulo..... 459

Subcapítulo cuarto
La investigación de la paternidad en el Derecho Comparado

I. Referencias en el Derecho comparado

1. Brasil..... 463
2. Costa Rica..... 465
3. Ecuador..... 469
4. Estados Unidos de Norteamérica..... 471
5. Chile 472

II. Hacia dónde vamos

Bibliografía del subcapítulo..... 475

Subcapítulo quinto
Visos de conclusión en la indagación de la paternidad extramatrimonial

Anexo 483

CAPÍTULO SEXTO
Adopción

I. Introducción

II. Evolución histórica

1. Origen 490
2. Roma 491
   - 2.1. Adrogación 492
   - 2.2. Adopción propiamente dicha 492
     - 2.2.1. Adopción menos plena 492
     - 2.2.2. Adopción plena 493
3. Edad Media 493
4. España 494
5. Edad Moderna 494
6. Perú 495
7. Derecho moderno 495

III. Etimología

IV. Concepto

V. Denominación

VI. Definición

VII. Naturaleza jurídica

8. Teoría contractualista 499
9. Teoría del acto jurídico familiar 500
10. Teoría de la institución de Derecho de familia 501
11. Teoría del estado 502
12. Teoría del proceso 502

VIII. Fines

IX. Características

13. Acto jurídico 504
14. Acto tutelar 504

15. Es fuente de vínculos parentales y paterno-filiales semejantes a los que provienen del parentesco y la filiación consanguínea 505
16. Acto de naturaleza emplazatoria-desplazatoria del estado de familia paterno-materno-filial 505
17. Solemne 506
18. Constitutivo de estado 506
19. Personalísimo 506
20. Multilateral 506
21. Irrevocable 507
22. Puro 507
23. Acto regido por normas de orden público 507
24. Constituye impedimento matrimonial 508
25. Multiplicidad 508

X. Requisitos

26. Que el adoptante goce de solvencia moral 509
27. Que la edad del adoptante sea, por lo menos, igual a la suma de la mayoridad y la del hijo por adoptar 509
27.1. Fórmula cronológica 509
27.2. Edad mínima 510
27.3. Edad máxima 510
27.4. Adoptio naturam imitatur 511
27.5. Excepciones a la fórmula cronológica 512
28. Que cuando el adoptante sea casado concurra el asentimiento de su cónyuge 514
29. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años 516
30. Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela 517
31. Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz 518
32. Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales 518
33. Que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud 518

XI. Clasificación

34. Según el adoptado 520
34.1. Adopción de embriones - concebido 520
34.2. Adopción de menores de edad 520
34.2.1. Estado de abandono 520
34.3. Adopción de mayores de edad 522
34.3.1. Postura conservadora 522
34.3.2. Postura liberal 522
34.4. Adopción de ancianos 522
34.5. Adopción de un muerto 523
35. Según el(los) adoptante(s) 523
35.1. Adopción acumulativa 523
35.2. Adopción individual 523
36. Según los efectos de la adopción 525

36.1. Adopción plena ... 525
36.2. Adopción simple ... 525
37. Según los fines de la adopción ... 526
37.1. Adopción de protección ... 526
37.2. Adopción por integración ... 526
37.2.1. Adopción del propio hijo extramatrimonial ... 527
37.2.2. Adopción del hijo del cónyuge ... 527
37.2.3. Adopción del hijo del viudo ... 527
37.2.4. Adopción del hijo del divorciado por parte del nuevo cónyuge ... 527
37.2.5. Adopción del hijo del cónyuge no reconocido por su otro progenitor ... 527
37.2.6. Adopción del hijo adoptivo del cónyuge ... 528
38. Según la vía procedimental de adopción ... 528
38.1. Adopción judicial ... 528
38.2. Adopción administrativa ... 529
38.2.1. Base legal ... 529
38.2.2. Ente rector ... 529
38.3. Adopción notarial ... 529
39. Según la nacionalidad de los adoptantes ... 530
39.1. Adopción nacional ... 530
39.2. Adopción internacional ... 530
40. Según el carácter del vínculo entre el adoptado y su familia biológica ... 530
40.1. Adopción cerrada ... 531
40.2. Adopción abierta ... 531
40.3. Adopción semiabierta ... 532
41. Según el momento del cumplimiento de la formalidad ... 532
41.1. Adopción ínter vivos ... 532
41.2. Adopción póstuma o post mórtem ... 532
42. Adoção à brasileira ... 533

XII. Importancia

XIII. Sujetos

43. Adoptante ... 534
43.1. Adoptantes casados ... 535
43.2. Adoptante soltero ... 535
43.3. Adoptante divorciado ... 535
43.4. Adoptante viudo ... 535
43.5. Adoptante conviviente ... 535
43.6. Adoptante casado ... 535
43.7. Adoptantes del mismo sexo ... 536
43.7.1. Postura liberal ... 536
43.7.2. Postura conservadora ... 536
44. Adoptado ... 536
44.1. Adoptado mayor de edad ... 537
44.2. Adoptado menor de edad ... 537
44.3. Adoptado incapaz ... 537
44.4. Adoptado menor de edad no declarado en estado de abandono ... 537
44.5. Adoptado menor de edad declarado en estado de abandono ... 537

44.6. Adopción por el pupilo o curado 538
44.7. Adopción de personas con patrimonio 538
45. Padres biológicos 539
46. Jurisdiccionales 539

XIV. Objeto

XV. Formalidad

47. Sentencia 540
48. Resolución administrativa 540
49. Escritura pública 540

XVI. Efectos

50. Efectos personales 541
51. Efectos patrimoniales 543
52. Efectos laborales 545
53. Efectos procesales 545

XVII. Inscripción y registro: Extensión de nueva partida de nacimiento

XVIII. Revocación

XIX. Ineficacia

XX. Inexistencia

XXI. Invalidez

54. Nulidad 549
55. Anulable 550

XXII. Extinción

XXIII. Derecho a conocer el propio origen biológico

XXIV. Base legal

XXV. Instituciones afines

56. Prohijamiento 553
57. Colocación familiar 553
Bibliografía del capítulo 554

CAPÍTULO SÉTIMO
Determinación de la filiación y procreática

I. Introducción 559

II. Definición y aproximación

1. Procreación y filiación 561
2. Determinación de la filiación 562
3. Derecho a conocer nuestra identidad 564
4. Verdad biológica 564
5. Verdad formal 564
5.1. Voluntad procreacional 565
6. Procreación asistida y filiación 566
6.1. Filiación civil 568
7. Anonimato de la cesión y el derecho a conocer nuestro origen 570

III. Fecundación homóloga

IV. Fecundación heteróloga

8. Determinación de la filiación extramatrimonial 573
9. Determinación de la paternidad 573
9.1. Con consentimiento del marido 574
9.2. Con consentimiento del marido quien posteriormente niega la paternidad 575
9.3. Sin consentimiento del marido 575
10. Sin consentimiento del marido por incapacidad 576
11. Con consentimiento del conviviente 576
12. Sin consentimiento del conviviente 576

V. Determinación de la maternidad

13. Ovocesión 577
14. Madre sustituta 578

VI. Maternidad subrogada

15. Madre portadora 581
16. Embriocesión 582

VII. Cesión mixta o conjunta

VIII. Clonación

17. Autorreproducción 583
18. Gemelación 583
19. Partenogénesis 583
20. Clonaje de células masculinas 584
21. Clonaje de células femeninas 584
22. Delimitación 584

IX. Fecundación post mórtem

23. Generalidades 584
24. Determinación de la paternidad 586
25. Determinación de la maternidad 587
26. Consentimiento como base de determinación de la filiación 587

X. Consideraciones finales

Bibliografía del capítulo 588

CAPÍTULO OCTAVO
Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales
Del imperio del biologismo a la consagración del afecto

I. Generalidades

1. ¿Quién puede ser o no ser el padre? 594

II. El renacimiento de la posesión de estado

III. Socioafectividad

2. Concepto y prueba de la paternidad socioafectiva 597
3. La filiación socioafectiva en el Derecho Constitucional y en la jurisprudencia internacional 599
4. La posibilidad de coexistencia de la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos 601

IV. De la desbiologización a la axiologización de la paternidad

V. Derecho a la filiación y el derecho al conocimiento del origen genético: distinciones necesarias

VI. El error de la desconstitución del vínculo filial para fines sucesorios o patrimoniales

VII. Conclusión

Bibliografía del capítulo 611

Bibliografía general 615

Índice general 637

View publication stats