

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
MATRIMONIAL: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN
NORMATIVA”**

TESIS

PRESENTADA POR:

GABRIELA KATHERINE BRAVO CUAYLA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXII

PUNO – PERÚ

2016

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL:
VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

TESIS PRESENTADA POR:

GABRIELA KATHERINE BRAVO CUAYLA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 27 DE ENERO DE 2017

APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE


:
Dr. WALTER SALVADOR GÁLVEZ CONDORI

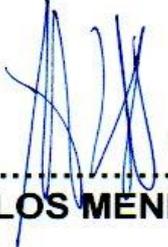
PRIMER MIEMBRO


:
Abog. JESÚS LEÓNIDAS BELÓN FRISANCHO

SEGUNDO MIEMBRO


:
Dr. ROLANDO SUCARI CRUZ

DIRECTOR DE TESIS


:
Mg. JUAN CARLOS MENDIZÁBAL GALLEGOS

Área : Derecho Público

Línea : Derecho Constitucional

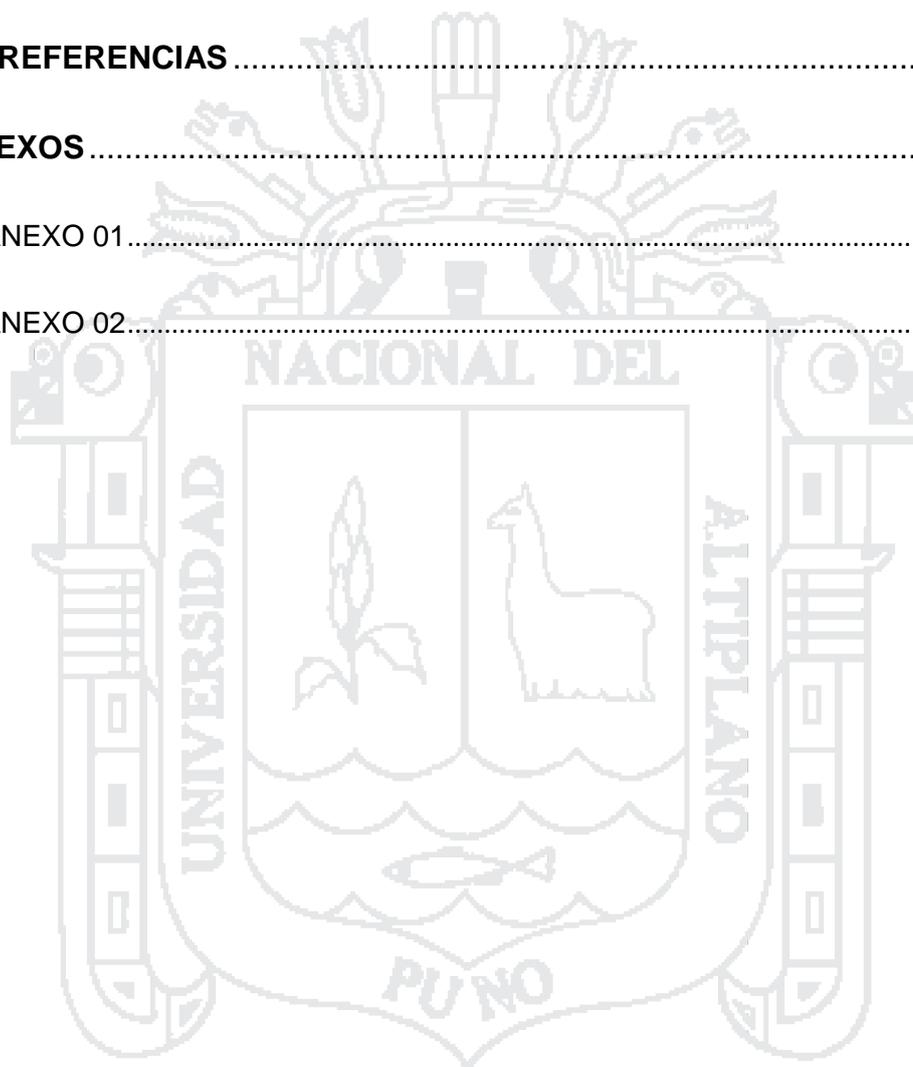
Tema : Derechos Humanos

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
I INTRODUCCIÓN	8
II REVISIÓN LITERARIA	10
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	10
2.2. MARCO TEÓRICO.....	11
2.2.1. FILIACIÓN	11
2.2.2. ACCIONES DE FILIACIÓN	12
2.2.3. IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD	12
2.2.4. PATERNIDAD	13
2.2.5. POSESIÓN DE ESTADO	14
2.2.6. LEGITIMIDAD PARA OBRAR	14
2.2.7. CADUCIDAD	15
2.3. MARCO CONCEPTUAL	16
2.3.1. DERECHO DE FAMILIA.....	16
2.3.2. DERECHOS HUMANOS.....	17
2.3.3. PRINCIPIO JURÍDICO	17
III MATERIALES Y MÉTODOS	19
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	19
3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	19
3.3. OBJETO DE INVESTIGACIÓN.....	20
3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	20
3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN.....	20

IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN	22
4.1. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN I: REGULACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO.....	22
4.1.1. LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....	22
4.1.2. REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO.....	34
4.1.3. LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA.....	47
4.2. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN II: AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....	60
4.2.1. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	60
4.2.2. DERECHOS DEL NIÑO INVOLUCRADOS EN EL CUESTIONAMIENTO DE SU FILIACIÓN.....	81
4.2.3. DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....	87
4.3. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN III: IDENTIFICACIÓN DE UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.....	96
4.3.1. LINEAMIENTOS ESPECÍFICOS A OBSERVAR EN LA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD DE ACUERDO AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	96
4.3.2. PROPUESTA NORMATIVA.....	102
4.4. CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y CONSTATACIÓN DE HIPÓTESIS.....	110
4.4.1. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA I.....	110
4.4.2. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA II.....	113

4.4.3. PARA LA HIPÓTESIS ESPECÍFICA III	115
4.4.4. DETERMINACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL	116
V CONCLUSIONES	118
VI RECOMENDACIONES	121
VII REFERENCIAS	124
ANEXOS	132
ANEXO 01	133
ANEXO 02	134



RESUMEN

La legislación civil peruana, en lo pertinente a la regulación de la impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, establece una serie de postulados que evidencian una no adecuación de los mismos a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación a los fines de resguardar cabalmente el pleno respeto al interés superior del niño, advirtiéndose fallas de precisión y previsión de la norma en cuanto a los supuestos de procedencia e improcedencia de la acción, sujetos legitimación para obrar y plazos de caducidad establecidos, conforme a las circunstancias que derivan de la colisión entre la verdad biológica y la verdad social del niño centrada en la posesión de estado; aspectos que deben tratarse asegurando la vigencia del principio del interés superior del niño. La presente investigación tiene como objetivo determinar si la actual regulación del Código Civil en materia de impugnación de la paternidad matrimonial es adecuada para garantizar el respeto del principio del interés superior del niño; a fin de lograr su consecución se hará uso del enfoque cualitativo, del método dogmático, y la técnica de análisis de contenido. La identificación de los defectos en la regulación actual sobre impugnación de paternidad permitirá efectuar una propuesta coherente con los principios establecidos por la Convención sobre derechos del niño.

PALABRAS CLAVES:

Derechos, impugnación, interés superior del niño, matrimonial, paternidad, principio.

ABSTRACT

The peruvian civil legislation, as relevant to the regulation of the contestation of paternity determined by marriage, sets out a series of principles that show a non-adequacy of the same to the mandates of the Convention on the Rights of the Child, in relation to the purposes of safeguard fully the full respect for the best interests of the child, warning and forecast accuracy of the rule as to the assumptions of source and inadmissibility of the action, subject standing to act and expiration deadlines established, in accordance with the circumstances arising out of the collision between the biological truth and the social truth of the child centered in the possession of state; aspects that must be addressed by ensuring the validity of the principle of the best interests of the child. The present research aims to determine whether the current regulation of the Civil Code relating to the contestation of paternity is adequate to guarantee the respect of the principle of the best interests of the child; in order to achieve their achievement will make use of the qualitative approach, the dogmatic method, and the technique of content analysis. First identify defects in the current regulation on paternity challenge will make a proposal consistent with the principles established by the Convention on the Rights of the Child.

KEY WORDS:

Best interest of the child, contest, paternity, rights.

I INTRODUCCIÓN

Los casos referidos a la impugnación de la paternidad representan uno de los temas más importantes en el ámbito de la justicia familiar en nuestro país, y las fallas y ausencias en la regulación pertinente, constituyen una violación a los derechos de los niños y las niñas.

El adecuado establecimiento de la filiación es respecto del menor un derecho y una necesidad, y el mismo debe regularse tomando en cuenta el principio de interés superior del niño. Primero identificar defectos en la regulación actual sobre impugnación de paternidad permite efectuar una propuesta coherente con los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, encontrando así una forma adecuada en que se pueden resolver los conflictos derivados del establecimiento de la filiación, específicamente vinculados a la impugnación de la paternidad matrimonial.

Con el presente estudio a través del aporte de conclusiones y recomendaciones se permitirá resolver o al menos minimizar las dificultades relativas al caso, y a la vez proporcionar una base para la realización de nuevos estudios sobre el tema o relacionados con el mismo.

La investigación ha sido estructurada a través de siete títulos. A partir del título II se aborda la revisión de literatura pertinente. En el tercer título se da a conocer los materiales y métodos que se han utilizado en el presente estudio. En el título IV se analizan los resultados encontrados. Primero se aborda el tema de la impugnación de paternidad matrimonial, sus conceptos doctrinarios, su regulación normativa, y casos resueltos en la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como comparado; en segundo lugar se desarrolla el contenido del principio del interés superior del niño, los derechos del niño que se ven involucrados directamente en el cuestionamiento de su filiación y el modo en que afecta la regulación actual de la acción el principio del interés superior del niño; y, por último, este capítulo contiene un análisis de la impugnación de paternidad en vinculación al interés superior del niño a efectos de determinar los lineamientos específicos a seguir en su regulación.

En los títulos V y VI se presentan las conclusiones y recomendaciones y en el último título se proporcionan las referencias bibliográficas. Finalmente se incorporan los anexos.

II REVISIÓN LITERARIA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Considerando el ámbito en el que se desarrolló la investigación, correspondiente al nivel nacional, realizado la búsqueda respectiva, no se han hallado trabajos de investigación de carácter científico de la misma naturaleza del tema estudiado.

No obstante, relacionado al problema, en el campo doctrinario se ha encontrado la obra “La verdad biológica en la determinación de la filiación” de González (2013); en la que la autora analiza el enfrentamiento entre la verdad biológica y la verdad social, última que se sostiene o fundamenta por medio de los principios del favor filii, la protección de la familia, y la seguridad jurídica, señalando que la controversia radica en determinar si la verdad biológica prevalece siempre sobre la verdad social, o si debe conciliar o incluso ceder frente a ésta. Desarrollando bajo esta consideración, la impugnación de la filiación en la legislación española.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. Filiación

Para Mizrahi (2002):

(...) la filiación puede ser definida como 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. Tiene así lugar, en consecuencia, las llamadas filiación paterna y/o materna. Bien se advertirá que la referencia a la relación jurídica entre padres e hijos autoriza un doble orden de exclusiones: por una parte, permite dejar de lado a los vínculos con otros antepasados no inmediatos en línea directa; por la otra, eliminar del concepto a los meros hechos de la procreación no volcados al plano jurídico. (p.2)

Varsi (2013), por su lado, indica:

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". 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. (p.74).

Lôbo (2008, citado por Varsi y Chaves, 2010), sostiene que: "la filiación no es un determinismo biológico aunque la naturaleza humana nos lleve a la

procreación sino una construcción cultural y afectiva permanente que es originaria de la convivencia y la responsabilidad” (p.58).

2.2.2. Acciones de filiación

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). (Varsi, 2013, p. 270)

2.2.3. Impugnación de paternidad

El estudio de la impugnación de paternidad, en la doctrina, habitualmente se aborda directamente desde la perspectiva del tipo de filiación que se trate, sea la filiación matrimonial o la extramatrimonial, presentándose únicamente y en pocos casos una definición sobre la acción de impugnación en general –la cual abarca tanto la filiación materna como paterna-; sin embargo ello no obsta a que se pueda construir un concepto.

De definiciones sobre las acciones de impugnación –conocidas también como de desconocimiento-, tal como la que provee Krasnow (2005, citada por Varsi, 2013, p. 282), quien indica al respecto que: “es una acción de desplazamiento, de apartamiento, de exclusión. Consiste en separar a la persona del estado de familia que tiene”, y de una circunscripción de ellas a la relación entre padre e

hijo, podemos referir que la impugnación de paternidad es una acción de filiación dirigida a la modificación o extinción de un emplazamiento familiar específico, delimitado en el vínculo paterno filial, cuando la filiación como relación jurídica no coincide con la filiación como hecho, a través de un pronunciamiento judicial que así lo determine luego de verificados los presupuestos para ello. Indudablemente, la acción sólo tendrá lugar cuando la paternidad haya sido establecida legalmente o por reconocimiento voluntario, excluyéndose aquellos casos en los que haya sido atribuida judicialmente.

2.2.4. Paternidad

Mizrahi (2002), sobre el término padre, refiere:

(...) al hacerse mención a los "padres" cuadra advertir que el término no está empleado tal como suele figurar en el diccionario de la lengua -quien ha engendrado o procreado - sino en un sentido cultural y jurídico. Será entonces una categoría legal, en la que el sujeto en cuestión representará el centro de imputación de un conjunto de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato. (p.2).

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 oficiosamente 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). (Varsi y Siverino, 2006, p.662)

2.2.5. Posesión de estado

Varsi y Chaves (2010), indican que “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 con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica” (p.58).

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 así considerada por las autoridades). (Lôbo, 2008, citado por Varsi y Chaves, 2010, p.58).

2.2.6. Legitimidad para obrar

La legitimidad para obrar está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandantes o de demandados, la ley autoriza a formular una pretensión determinada o a contradecirla, o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en su resultado. La legitimidad para obrar tiene dos aspectos: la legitimidad activa y la legitimidad pasiva, que corresponde, la una, a la parte que sostiene la pretensión, y la otra, a la parte contradictora. Mención especial merece la legitimidad para la

intervención de terceros por sus particulares características, aunque en la mayoría de los casos los terceros terminen integrándose en la legitimidad activa o pasiva. (Viale, 2013, p.31)

2.2.7. Caducidad



El instituto legal de la caducidad se caracteriza por provocar la pérdida del derecho a que esté referido el plazo impuesto; imposibilitando su ejercicio con posterioridad al cumplimiento del mismo. De allí que es de carácter legal, pues proviene de disposición normativa, de término perentorio; el acto propio para evitarla es específico (el ejercicio del propio derecho) y funciona en forma automática y de oficio. El fundamento es objetivo: pretende brindar adecuada protección a la seguridad jurídica, en tanto garantiza estabilidad en las relaciones jurídicas ante la inactividad del interesado. Y la causa de esta inactividad (subjetiva) es intrascendente, pues el hecho que provoca la pérdida del derecho es el dejar transcurrir un cierto período de tiempo sin ejercerlo, lo cual indica la indiferencia del sujeto sobre la existencia o no de la prerrogativa jurídica en cuestión. (Pellegrini, 2007, p.3)

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. Derecho de familia

Díaz de Guijarro (1953, citado por Yungano, 2001), define al derecho de familia como: “el conjunto de normas que, dentro del Código Civil y de las leyes complementarias, regulan el estado de familia, tanto de origen matrimonial como extramatrimonial, los actos de emplazamiento en ese estado y sus efectos personales y patrimoniales” (p.4).

Plácido (2002), por su parte, indica que:

El Derecho de Familia está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan los vínculos jurídicos familiares. Como estas relaciones conciernen a situaciones generales de las personas en sociedad, integran el Derecho Civil. En nuestro país, el Derecho de Familia está contenido básicamente en el Código Civil, aunque existen numerosas leyes complementarias que también lo integran. (p.18).

El derecho de familia es una especie dentro del Derecho Civil, rama, a su vez, del Derecho Privado. Si bien el derecho de familia pertenece a la gran esfera del Derecho Civil, esto no impide que tenga campo e instituciones propios; y ello no debe extrañar, pues el derecho marcha acorde —en alguna medida— con el ritmo del progreso científico, hacia una muy definida especificidad, tal como se consagra en los más modernos

estudios y normas orientadoras del derecho comparado y de las declaraciones internacionales. (Yungano, 2001, p.4)

2.3.2. Derechos humanos

Pérez (1984, citado por Nogueira, 2003), conceptúa a los derechos humanos como el: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concreten las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (p. 158).

2.3.3. Principio jurídico

2.3.3.1. Concepto

Ruiz (2007) refiere que:

El concepto de “principio jurídico” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, entre las cuales, a juicio de Atienza y Ruiz Manero, los más significativos son los siguientes: en el sentido de norma muy general, entendiendo por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en la misma de un número de conceptos jurídicos indeterminados; en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma

especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. (p.3)

2.3.3.2. Características

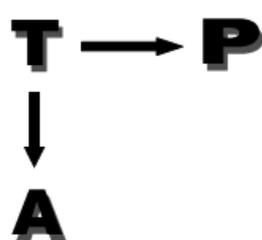
Ruiz (2007), sobre las características de los principios jurídicos indica: (...) es posible inferir tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma (...)” (p.4)

III MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación jurídica por su enfoque es una investigación CUALITATIVA, por cuanto versa sobre un problema propio y exclusivamente referido a una investigación DOGMÁTICO - JURÍDICA; asimismo, está concebida dentro de la investigación de CARÁCTER CUALITATIVO PROPOSITIVO; y desde el punto de vista de la naturaleza del problema, el presente estudio corresponde a la investigación de CONTENIDO por cuanto constituye un proceso de búsqueda de información respecto al problema de investigación en fuentes bibliográficas que permitan analizar las teorías, doctrina nacional y comparada respecto al tema, así mismo la información contenida en las resoluciones judiciales para conocer la jurisprudencia respecto a la materia.

3.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN



Donde:

T = Tema (Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial)

P = Perspectiva (Vulneración del principio del interés superior del niño)

A = Alternativa (Iniciativa legislativa)

3.3. OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la investigación está dado por la regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en el Código Civil.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

A fin de lograr la consecución de cada uno de los objetivos específicos de la presente investigación se hizo uso del método **descriptivo exploratorio**, y la técnica de **análisis de contenido**, empleando la ficha o guía de investigación de contenido.

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN

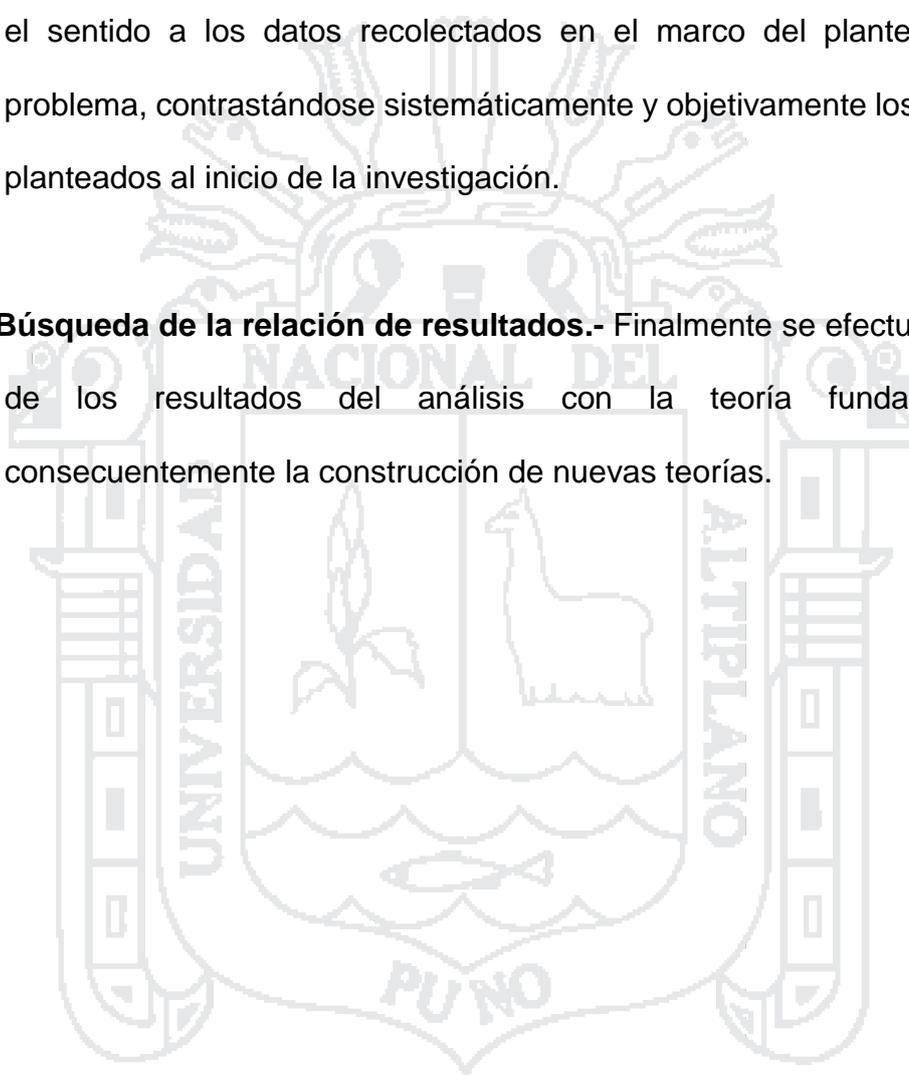
En las investigaciones de carácter cualitativo, la recolección y análisis concurren prácticamente en paralelo; siendo además, que el análisis no es estándar, ya que cada estudio requiere de un esquema propio de análisis, por tratarse de estudios teóricos; sin embargo se efectuó un proceso de análisis e interpretación de datos a efectos de estructurar el proceso de investigación de forma que, a su vez sirvió de directriz para un fácil entendimiento del proceso de investigación; los mismos que se realizaron en el siguiente orden:

a.- Estructuración de datos.- Se realizó una estructuración de datos, lo cual implicó organizar las unidades, ejes, sub ejes, sus categorías y los patrones,

a efectos de contar con una debida estructuración de datos que sirviera de guía a fin de realizar los subsecuentes pasos de la investigación.

b.- Orientación del sentido de los datos.- Este apartado se orientó a encontrar el sentido a los datos recolectados en el marco del planteamiento del problema, contrastándose sistemáticamente y objetivamente los parámetros planteados al inicio de la investigación.

c.- Búsqueda de la relación de resultados.- Finalmente se efectuó la relación de los resultados del análisis con la teoría fundamentada y consecuentemente la construcción de nuevas teorías.



IV RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN I: REGULACIÓN Y APLICACIÓN JUDICIAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL EN EL DERECHO NACIONAL Y COMPARADO.

4.1.1. La impugnación de paternidad matrimonial.

4.1.1.1. La determinación de la paternidad matrimonial

La determinación de la paternidad matrimonial tiene origen en una fuente legal, ya que resulta establecida por la ley sobre la base de ciertos supuestos. En otras palabras, la paternidad es atribuida legalmente, en virtud de una presunción, por el hecho del matrimonio.

Plácido (2002) señala que:

La presunción de paternidad matrimonial es una presunción legal relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de negación de la paternidad matrimonial, se

actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efecto.

(p.278)

4.1.1.1.1. Presunción *pater is est*

La presunción a la que hicimos referencia es identificada con la presunción *pater is est*, la cual extensamente se conoce como *pater is est quem nuptiae demonstrant*, y traducida literalmente significa *padre es quien las nupcias demuestran*. Su origen proviene desde la tradición romana, en donde servía como un mecanismo legal para el establecimiento de la paternidad ante la incertidumbre de su determinación exacta, y es preservada hasta nuestra era, ya que “comporta una opción del legislador útil en la práctica” (Méndez, 1986, p.163).

4.1.1.1.2. Contenido de la presunción de paternidad

A partir de esta presunción se establece que los hijos tenidos durante el matrimonio, tienen por padre al marido de la madre, aunque la interpretación de esta fórmula general puede diferir. Como señala Aguilar (2008), la palabra *tenido* termina siendo indefinida, ya que existen dos situaciones separadas en el tiempo: la concepción y el nacimiento, y estas no necesariamente pueden producirse durante el matrimonio. Entonces, la filiación matrimonial puede fijarse tan solo a los hijos concebidos dentro del matrimonio, a los nacidos, o a ambos (estas ideas corresponden, respectivamente, a la teoría de la concepción, la teoría del nacimiento y a la teoría mixta). Es decir, según el criterio de cada

legislación se establece la efectividad de la presunción según el tiempo en el que se produzca la concepción o el nacimiento.

4.1.1.1.3. Caracteres de la presunción de paternidad

Los caracteres de esta presunción a decir de Corral (2003), son los siguientes:

1. Se trata de una presunción legal relativa o *juris tantum*.
2. Puede ser impugnada sólo judicialmente.
3. Actúa automáticamente desde el origen, en virtud de la ley.
4. Reviste naturaleza imperativa si concurren los supuestos que la condicionan.

4.1.1.1.4. Fundamentos de la presunción de paternidad

Ripert y Boulanger (1963, citados por Gallegos y Jara, 2008), señalan que la presunción de paternidad tiene a su vez sustento en otras dos presunciones. La primera es que durante el tiempo de concepción, en la vigencia del deber mutuo de cohabitación, los esposos mantuvieron relaciones sexuales; mientras que la segunda se basa en que la mujer no faltó al deber de fidelidad. Sin embargo, Méndez (1986) evidencia que ninguna de las teorías sustentadas en la unión matrimonial y los deberes que conlleva, resulta aplicable cuando la concepción se produjo antes del matrimonio, por lo que sostiene que la presunción de paternidad matrimonial obedece al interés social de protección de la familia constituida y el interés del nacido, siendo su construcción consecuencia de los deberes maritales o de asumir la responsabilidad debida en caso de un

embarazo prematrimonial, aunque indicando que es justificable que se dé más facilidad a la impugnación en este último caso.

4.1.1.1.5. Condiciones para la aplicación de la presunción de paternidad

Según Monge (2006) son tres las condiciones que deben reunirse para el establecimiento legal de la paternidad: la acreditación previa de la filiación materna, el vínculo matrimonial entre la madre y a quien se le atribuye la paternidad, y por último, que la concepción o el nacimiento tenga coincidencia con el periodo del matrimonio. Asimismo, señala que, en síntesis, basta con que la madre haya estado casada durante algún momento de la gestación para que opere la presunción de paternidad y se atribuya la misma al marido de ésta.

4.1.1.2. Definición de la impugnación de la paternidad matrimonial

4.1.1.2.1. Denominaciones

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

impugnación de la paternidad matrimonial, respectivamente. En el plano nacional, muchos autores como Peralta (2008) la nombran como *contestación de la paternidad*, diferenciando su clasificación en negación e impugnación de la paternidad.

4.1.1.2.2. Definición de la acción

Parece oportuno traer a la vista una definición sobre la acción en referencia que, aunque utilizando un término en completo desuso por la época doctrinaria a la que pertenece, concreta la idea anteriormente expresada:

Es [una] acción declarativa, de contestación, impugnación o desconocimiento de estado, y de desplazamiento del estado de familia ya que de prosperar produce con efecto retroactivo el corrimiento de la filiación legítima del hijo a la situación de hijo extramatrimonial de la madre. (Lorenzo, 1984, p. 33)

Más allá de las disímiles formas de nombrar esta acción y su correspondiente clasificación, creemos que la misma supone esencialmente la exclusión de la paternidad matrimonial lo cual produce o deja en consecuencia que la única filiación del hijo sea la extramatrimonial materna. A través de ella se solicita se desconozca una filiación legalmente establecida en lo referente a la paternidad requiriendo observar los supuestos de procedencia que establezca la ley.

4.1.1.3. Tipos de impugnación de la paternidad matrimonial

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

4.1.1.3.1. Impugnación o desconocimiento riguroso de la paternidad

Para el autor, corresponde interponer la acción de impugnación rigurosa o por prueba de no paternidad cuando el hijo es concebido durante el matrimonio (cuando nace después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o antes de transcurridos trescientos días desde su disolución). El marido, en este caso, está obligado a rebatir directamente la presunción de paternidad matrimonial evidenciando la imposibilidad de la paternidad que se le atribuye. Plácido (2003)

4.1.1.3.2. Impugnación o desconocimiento simple de la paternidad

Asimismo, indica que la acción de impugnación simple o por mera negación de la paternidad tiene lugar respecto de los hijos concebidos antes del matrimonio (los que nacen antes de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio), y al marido le es suficiente expresar que no es suyo el hijo de su

esposa, sin ser necesario que produzca prueba alguna aparte del cumplimiento de las fechas respectivas. Plácido (2003).

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

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

Cabe precisar, que el ejercicio de la acción de negación no es excluyente de la interposición de la acción de impugnación. Parte de la doctrina establece que cuando concurren determinadas circunstancias que imposibiliten el amparo de

la acción de negación –las que se verán más adelante-, procederá la interposición de la acción de impugnación rigurosa. En ese sentido se pronuncian por ejemplo Borda (1993) y Plácido (2003), considerando este último que no obstante haberse interpuesto la acción de impugnación simple, el marido podrá proponer la acción de impugnación rigurosa, y ello por la razonabilidad de que si le está permitido impugnar la paternidad de los hijos concebidos dentro del matrimonio, con mayor razón tendría que poder impugnar los que se concibieron antes.

4.1.1.4. Alcances generales de los supuestos de procedencia

4.1.1.4.1. En la acción de impugnación rigurosa

Dependiendo de la normativa interna de cada país se sigue un determinado sistema de impugnación. Los sistemas de impugnación de más recepción en el derecho comparado se identifican como abiertos y cerrados.

Rivero (1971), citado por Rodríguez (1994), indica que los sistemas abiertos definen normativamente de modo amplio la posibilidad de impugnación, prescribiendo que esta procede si se demuestra que el marido no es el padre del hijo de su esposa o que es manifiestamente imposible que lo sea; por otro lado, los sistemas cerrados se caracterizan por limitar la impugnación a supuestos específicos y numerados cuyos elementos constitutivos deben ser probados para que proceda la acción.

Belluscio (2004) enseña que los sistemas cerrados se concibieron esencialmente por dos razones. La primera se sustentaba en la presunción de fidelidad de la esposa, lo cual se sumaba a la imposibilidad de determinar la paternidad con exactitud. La segunda se basaba en que debía favorecerse la legitimidad ante la duda, por las diferencias que se hacían entre los hijos *legítimos* y los *adulterinos*. Señala también que el avance en medios científicos de investigación de la paternidad, y la equiparación de derechos entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, restaron firmeza a ambos argumentos, y que por ello, actualmente existen más países que adoptan los sistemas abiertos, aunque con sus propias variaciones.

4.1.1.4.2. En la acción de impugnación simple:

Tal como se ha expuesto, la circunstancia a verificar en la acción de impugnación simple o de negación es que el hijo fue concebido antes de la celebración del matrimonio, observando que no hayan mediado determinadas circunstancias como un reconocimiento tácito o expreso de la paternidad, pues de lo contrario, la acción no prosperará.

4.1.1.5. Alineación en la doctrina sobre sujetos legitimados

Creemos es preciso analizar la posibilidad de legitimación de cada uno de los sujetos vinculados a la filiación matrimonial, pues aunque no necesariamente todos ellos se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción

normativamente -como se verá más adelante- la eventual titularidad de los mismos se ha ido definiendo a través de la doctrina y la jurisprudencia.

4.1.1.5.1. El marido

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

4.1.1.5.2. La madre

En la doctrina existe discrepancia entre otorgar legitimidad a la madre y negársela, inclinándose la posición mayoritaria hacia este último extremo. Bossert y Zannoni (2004) refieren al respecto:

En cuanto a la falta de legitimación de la mujer para ejercer, por sí, esta acción, ella se funda en que reconocerle tal derecho implicaría permitirle alegar su propio adulterio, lo que al legislador ha parecido excesivo. En sentido contrario, se sostiene que la solución legal es discriminatoria contra la mujer, por lo que estaría en abierta contradicción con la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (p. 501).

Belluscio (2004) expone que parte de la doctrina sostiene que la norma que se afecta con la exclusión de la madre de los sujetos legitimados para la acción

se individualiza en el art. 16, inc. d de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual los Estados partes asegurarán a hombres y mujeres "los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos".

4.1.1.5.3. El hijo

Considerando el ámbito de estudio de la investigación, sólo nos referiremos a la legitimidad activa del hijo menor de edad. El plantear otorgarle legitimidad al hijo menor de edad para el ejercicio de la acción de impugnación, quien debe necesariamente actuar por medio de representación legal -la que recaería en la madre por lo particular del caso- tiene como objeción el considerar que tal procedimiento significaría sólo un medio para eludir la falta de legitimación de la madre para promover por sí misma la acción (Bossert y Zannoni, 2004). Corral (2009) refiere por su parte:

(...) hay un claro conflicto de intereses entre la madre representante y el hijo representado. Piénsese que el hijo no puede expresar su voluntad y que de alguna manera su acción (...) queda usurpada por su representante legal. Una vez deducida por éste, el hijo no podrá decidir sobre qué es lo que más conviene a sus intereses. En segundo lugar, la madre bien podría tener intereses propios para impetrar la acción de impugnación, que no son inusuales en los conflictos matrimoniales, como los de venganza respecto del marido o alejarlo y excluirlo de la crianza y educación del hijo. En tercer

lugar, parece impropio que la madre alegue en el juicio su propio adulterio pero sin revelar ni pretender probar la paternidad del supuesto verdadero progenitor del hijo” (p.56).

4.1.1.5.4. El padre biológico

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

4.1.1.6. Establecimiento de plazos para la acción

Arias-Schreiber (2001) refiere que debido a la severidad de la acción de impugnación de paternidad, es ineludible que se fije un plazo para su interposición, ello para impedir la gran inseguridad que se produciría en perjuicio de los hijos, oponiéndose a la idea de imprescriptibilidad de la acción.

4.1.2. Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en el derecho nacional y comparado.

4.1.2.1. Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en el derecho nacional.

4.1.2.1.1. Determinación de la paternidad según el Código Civil.

Nuestra normativa adopta la presunción de paternidad (así como muchas otras legislaciones extranjeras por tratarse de una norma tipo) sobre la base de la teoría mixta de determinación de la filiación matrimonial, antes mencionada. El artículo 361° que señala: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, además de asentar la presunción, fija el plazo de su vigencia, el mismo que está relacionado al periodo de gestación (que tiene una duración mínima de 180 y una máxima de 300 días), estableciendo que su eficacia actúa desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días siguientes a su disolución.

4.1.2.1.2. Supuestos de procedencia de la impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil

El Código Civil sistematiza los supuestos de procedencia de la impugnación de paternidad matrimonial en el artículo 363°, aunque, como bien señala Peralta (2008), “(...) no distingue explícitamente los casos de negación y de

impugnación, al contrario los supuestos de impugnación los insume dentro de los casos de negación” (p. 403).

El artículo 363° señala: El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré 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.

- **Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.-** El primer inciso se refiere a un caso de impugnación simple, por el que el marido puede negar la paternidad que se le atribuye cuando el hijo nace antes de cumplirse 180 días después de la celebración del matrimonio, por presumirse su concepción antenupcial, teniendo en cuenta que el tiempo mínimo de gestación es de 180 días. Méndez

(1986), comentando un artículo similar de la legislación argentina, refiere acertadamente que “(...) la manifestación del marido debe acompañarse con el medio de prueba de las dos fechas clave: la del matrimonio y la del nacimiento. No es preciso que demuestre que no puede ser el progenitor del hijo” (p. 341). La acción de negación no prosperará de mediar determinadas circunstancias, las cuales serán estudiadas más adelante.

- **Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.-** El inciso 2), a diferencia del primero, trata un supuesto de impugnación rigurosa. Cuando el nacimiento se haya producido dentro del matrimonio y después de 180 días de su celebración, la no paternidad debe ser probada, demostrando la imposibilidad de que ambos esposos hayan cohabitado en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento, que es el periodo que se presume es cuando sucede la concepción. Varsi (2013) explica que la expresión *dadas las circunstancias* implica que la imposibilidad puede deberse a varios motivos que no necesariamente sean por la lejanía al domicilio (como ocurre con la desaparición, una hospitalización o el encarcelamiento), sino también por otras razones (como la inconsciencia o alguna enfermedad).

- **Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.-** El tercer inciso de la norma comprende una acción de simple negación. Como sostiene Cornejo (1999), la incorporación de este supuesto dentro de las

causales de impugnación tiene razón en la suspensión del deber de cohabitación que se produce por la separación judicial, que de no sobrevenir da paso a la excepción dispuesta. Los medios probatorios a ofrecerse deberán ser la partida de nacimiento y la resolución judicial pertinentes. La configuración de lo indicado en la última parte del precepto determina la improcedencia de este tipo de acción, y tal hecho corresponde ser probado por la madre y el hijo.

- **Cuando adolezca de impotencia absoluta.-** Como bien señala Cornejo (1999), esta causal ciertamente está incluida en el inciso 2; sin embargo, se ha preferido tratarla individualmente. Peralta (2008) afirma que la impugnación de la que trata este supuesto se basa en la impotencia coeundi o manifiesta, que es la que impide mantener relaciones sexuales, excluyéndose la impotencia generandi o relativa, referente sólo a la esterilidad; debiendo demostrarse que la misma existió durante el tiempo de la concepción. Por tratarse de un caso de impugnación rigurosa de la paternidad corresponde al marido la carga de la prueba.

- **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 desestimaré 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.-** La redacción original del Código Civil sólo preveía cuatro supuestos de impugnación, el quinto numeral fue adicionado mediante la modificación hecha por la Ley N° 27048, publicada el seis de enero de 1999. Por un lado, esta incorporación es comprendida como

un supuesto de negación (Peralta, 2008), entendida como la impugnación simple. Otra parte la considera como una causal de impugnación rigurosa que determina el criterio ecléctico o mixto del sistema de impugnación que sigue nuestra normatividad y por la que se deja atrás el sistema cerrado (Plácido, 2003). Otra posición la considera como un nuevo medio para contradecir la paternidad matrimonial, pero también como un instrumento de ayuda para las demás causales (Bustamante, 2006). Desde otro extremo se afirma que: “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. (...) 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” (Varsi, 2013, p.145).

4.1.2.1.3. Causales de improcedencia de la impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil

Al respecto, existen dos preceptos en la normativa nacional que determinan la improcedencia de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, siendo estos el contenido en el artículo 366° y en el artículo 376°, aunque es de precisar que el primero se dirige únicamente al caso específico de la negación de la paternidad, mientras que el segundo proyecta su influencia a toda la filiación matrimonial.

4.1.2.1.3.1. En la impugnación simple

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

- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, el marido ha tenido conocimiento del embarazo.
- Si el marido ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.
- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterna filial.

Aguilar (2008) aprecia que si antes del matrimonio el marido ha tenido conocimiento del embarazo, y luego prosigue con la celebración del matrimonio resulta evidente que se asume como responsable del embarazo. Borda (1993) señala que el reconocimiento expreso o tácito al que se hace referencia en la norma, se produce por ejemplo cuando el marido anuncia a sus amigos el nacimiento del hijo como suyo o cuando está presente en el alumbramiento, no necesitando efectuarse éste bajo forma escrita.

Como se señaló líneas arriba, algunos autores consideran que aunque se presenten estas causales de improcedencia, nada obsta a que se pueda ejercer la acción de impugnación rigurosa de la paternidad matrimonial.

4.1.2.1.3.2. En la impugnación en general

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

Arias-Schreiber (2001) comentando este artículo indica que el mismo “(...) constituye la expresión del criterio restrictivo con el que tradicionalmente se ha afrontado la investigación de la filiación matrimonial, en aras de preservar la paz familiar” (p. 43). Según Bustamante (2006) mediante esta disposición se reconoce y da validez al trato paterno filial constante y recíproco sostenido en los respectivos títulos de estado, y en tal sentido, se impide a tanto padres o hijos, variar o modificar la filiación matrimonial que confluya con la posesión constante de estado.

Cordero (2001) afirma que la posesión de estado “es importante por cuanto prueba una realidad sociológica y afectiva, que tanto el Derecho como la Justicia deben reconocer y proteger” (p.124).

4.1.2.1.4. Legitimidad en la acción

El marido constituye el único sujeto legitimado por nuestro ordenamiento para interponer la acción impugnatoria. El artículo 367 señala: “La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y

sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”.

4.1.2.1.5. Plazo establecido en el Código Civil

El artículo 364 del Código Civil señala: “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”.

4.1.2.2. Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial en el derecho comparado.

A continuación se expondrán las características normativas más relevantes de cada uno de los ordenamientos jurídicos que se nombran -entre ellos, el argentino, el francés, el español, el colombiano y el chileno-, sobre la impugnación de paternidad matrimonial.

4.1.2.2.1. La impugnación de paternidad matrimonial en el derecho argentino.

El Código Civil y Comercial de la Nación rige el ordenamiento jurídico en materia civil y comercial en la Argentina, desde el 1 de agosto de 2015, fecha en

la cual entró en vigencia, reemplazando al Código Civil de 1869 y al Código de Comercio de 1862.

En el artículo 589 de este cuerpo legal, se regula la “impugnación de la filiación presumida por la ley”, reconociendo un sistema abierto de impugnación, señalando literalmente: “El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz. (...)”

El artículo 590 desarrolla lo pertinente a la legitimación y caducidad. En cuanto a lo primero, abre campo a varios sujetos entre los cuales puede incluirse el padre biológico, quien puede entenderse es un tercero con interés legítimo. Asimismo, en lo que se refiere al plazo, se aporta en Latinoamérica con un novedoso término de inicio del mismo, partiendo este desde el conocimiento de la posibilidad de que el niño podría no ser hijo.

En el artículo se expresa: “La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados,

la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado”.

De otro lado, se mantiene regulada aparte la acción de negación de paternidad, precisamente en el artículo 591, que dispone: “El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. Si se prueba que él o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores. (...)”

Otro de los dispositivos notables que presenta esta modificación, aunque no incorporado exclusivamente para el tipo de acción en estudio, sino que su influencia abarca a todos los procesos de familia, es el referido a la participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. El artículo 707 que lo contiene, establece: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser

tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

4.1.2.2.2. La impugnación de paternidad matrimonial en el derecho francés.

El legislador francés condiciona la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del marido a la existencia o no de posesión de filiación matrimonial y omite el momento en que el padre conoce la verdad biológica como dies a quo del plazo de caducidad. El Código Civil francés establece que si el padre legal y el hijo mantuvieron una relación de familia estable durante cinco años contados desde el nacimiento, la filiación se vuelve inatacable (cfr. artículo 333.2 CC). Cuando la posesión de estado ha durado menos de cinco años desde el nacimiento, el marido está legitimado para impugnar la paternidad en un plazo de cinco años contados desde que cesó la posesión (cfr. artículo 333.1 CC). Solo si no ha existido posesión de estado conforme a título, la paternidad podrá ser impugnada por cualquier persona en un plazo de diez años desde el alumbramiento (cfr. artículo 334 CC). Por otro lado, aunque la acción de impugnación prosperara, el ordenamiento francés determina que el tribunal, teniendo en cuenta el interés del hijo, podrá determinar las modalidades de las relaciones entre éste y la persona que se hubiera ocupado de él hasta ese momento, es decir, de las relaciones con su padre formal (cfr. artículo 337 CC francés). (González, 2013, pp.136-137).

4.1.2.2.3. La impugnación de paternidad matrimonial en el derecho español.

El Código Civil Español, en sus artículos 136 y 140, regula el plazo de caducidad para la interposición de la acción, en atención al conocimiento del vínculo biológico pero cuidando la posesión de estado que haya mediado.

El artículo 136, señala: “1. 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. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. 2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento. 3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Mientras que el artículo 140, indica: “Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique. Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

4.1.2.2.4. La impugnación de paternidad matrimonial en el derecho colombiano.

En Colombia, por medio del artículo 217 de su Código Civil, se abre la posibilidad de interponer la acción, además del marido, al propio hijo, a la madre y al padre biológico. En este se establece: “El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológica. La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto.

Una de las diferencias que se nota en el ordenamiento colombiano, respecto al de otros países es que contiene un precepto que obliga a vincular al proceso de impugnación al padre biológico, en aras de proteger los derechos del menor, entendiéndose para que este no quede sin una filiación conocida. El dispositivo señala: “El juez competente que adelante el proceso de reclamación o impugnación de la paternidad o maternidad, de oficio o a petición de parte, vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico o la presunta madre biológica, con el fin de ser declarado en la misma actuación procesal la paternidad o la maternidad, en aras de proteger los derechos del menor, en especial el de tener una verdadera identidad y un nombre”.

4.1.2.2.5. La impugnación de paternidad matrimonial en el derecho chileno.

En Chile, se otorga un valor preciado a la posesión de estado que haya ostentando el hijo, frente a la verdad biológica, no obstante, no se cierra a que esta pueda prevalecer de no convenir aplicar tal regla por graves razones, pero en interés del hijo.

En el artículo 201, se indica “La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.

4.1.3. La impugnación de paternidad matrimonial en la jurisprudencia nacional y comparada.

4.1.3.1. La impugnación de paternidad matrimonial en la jurisprudencia nacional.

Dentro de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema sobre la impugnación de paternidad matrimonial, como unas de las decisiones más relevantes se encuentran aquellas en las que se permite al padre biológico impugnar la paternidad matrimonial, a pesar de lo prescrito en los artículos 396° y 404° del Código Civil, pero no resultando uniforme el considerar que haya mediado o no posesión de estado entre el progenitor y el hijo; mientras que los

casos tratados con más incidencia se refieren al plazo de caducidad de la acción, tendiéndose en la mayoría de ellos a inaplicar el plazo previsto; de otro lado, existen en menor número aquellos en los que se decide aplicar la norma conforme a su texto.

4.1.3.1.1. Referentes al accionar del padre biológico

Al tema corresponde citar la consulta N° 370-2005 – Chimbote, resolución que tuvo origen en una demanda de impugnación de paternidad matrimonial y declaración de filiación extramatrimonial.

En esencia, en el caso el demandante manifiesta ser el padre biológico de la menor nacida dentro del matrimonio de los demandados, argumentando que fue concebida cuando la madre se encontraba separada de su cónyuge desde un año antes a dicho hecho y que no pudo registrarla oportunamente por motivos de viaje.

La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda de impugnación de paternidad matrimonial y declaración de filiación extramatrimonial y en consecuencia que el actor es padre biológico de la menor, inaplicando lo dispuesto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, señalando preferir normas que consagran el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, elevándose por tanto en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

La Corte Suprema resolvió aprobar la sentencia consultada, argumentando en su decisión lo siguiente:

- Si bien de conformidad con los artículos 396 y 404 del Código Civil, tratándose del reconocimiento del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada, la acción sólo resulta procedente cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable; el Juez debe atender a la finalidad concreta del proceso que es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica que haga posible lograr la paz social en justicia, según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

- El codemandado se ha sometido a la prueba de ADN, habiéndose establecido que no es el padre biológico de la menor habida dentro del matrimonio con su cónyuge la codemandada, sino que resulta ser el actor.

- En mérito del Principio del Interés Superior Niño, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. Señalando por último que con las pruebas actuadas en el proceso se ha logrado establecer la verdadera filiación de la menor.

Cabe anotar que en la resolución no se dieron más indicaciones sobre las circunstancias particulares del caso, más allá del vínculo biológico que une a la menor con el demandante.

Además de la resolución citada, también podemos encontrar la Casación N° 2726-2012- El Santa. En el caso concreto, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y nulo el auto de vista, confirmando la sentencia que estimó en primera instancia la demanda de impugnación de paternidad interpuesta por un padre biológico contra la madre y el padre legal de una niña, por haber verificado el estado constante de familia entre el demandante y la menor, estimando declarar inaplicable por ello lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, invocando el derecho a la identidad y justificando la medida en base al principio del interés superior del niño.

4.1.3.1.2. Referentes al plazo de caducidad

Dentro de las resoluciones emitidas en la jurisprudencia peruana sobre el plazo de caducidad, encontramos la consulta 2810-2006 – Lima. En el caso, el demandante alega que el hijo habido dentro del matrimonio con la demandada no es suyo, debido a que ha estado separado de hecho de su mujer durante la concepción del menor y que de forma equivocada hizo su inscripción en el Registro Civil aparentando ser su padre.

En primera instancia se declaró improcedente la demanda, bajo el argumento de que la acción resultaba extemporánea por haberse interpuesto fuera del plazo de noventa días que prevé el artículo 364 del Código Civil.

El órgano de segunda instancia, con distinto criterio, optó por declarar nula la resolución de primera instancia, inaplicado lo dispuesto en el artículo 364 del

Código Civil, señalando preferir normas que consagran el derecho a la identidad y el principio del interés superior del niño, elevándose en consulta la resolución emitida.

La Corte Suprema resolvió aprobar la sentencia consultada, argumentando en su decisión lo siguiente:

- Si bien la demanda interpuesta está sujeta a un plazo de caducidad, no puede perderse de vista que el Juez debe atender a la finalidad concreta del proceso, que es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica.
- No se puede en base a una situación netamente procesal, emitirse un pronunciamiento inhibitorio cuando en atención al interés superior del niño el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños, y solo a través de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia, se puede llegar a resolver la litis.
- Al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio e impugnada por el actor, 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.

En la misma línea decisoria, esto es, el inaplicar lo dispuesto en el artículo 364 del Código, aunque con mayor volumen argumentativo, encontramos por ejemplo a la consulta 670-2010 – Lambayeque.

La sentencia consultada declaró fundada la demanda de impugnación de paternidad inaplicando para el caso el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional, al considerar que dicho dispositivo legal no hace viable la defensa y protección de los derechos del demandante al establecer un plazo de caducidad que le impide el ejercicio de la acción impugnatoria al haber planteado su pretensión con posterioridad al transcurso del plazo fijado por la norma; asimismo precisa que encontrándose en discusión la filiación biológica de una persona, resulta imperiosa la necesidad que se establezca su verdadera filiación y que la justicia resuelva la incertidumbre generada.

La Corte Suprema resolvió aprobar la sentencia consultada refiriendo que la identidad filiatoria consiste en el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal correspondiente, según se desprende de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño; y que la aplicación del plazo establecido en el artículo 364 del Código Civil, no puede representar un obstáculo para que el Estado preserve ese derecho a la identidad.

Así como esta resolución, se han expedido muchas más en el sentido de inaplicar el plazo establecido en el Código Civil, pudiendo enumerar entre ellas las Consultas N° 3143-2009, 2861-2010, 4076-2010, 4366-2010, 3019,2011,

3038-2011, 4164-2011, 4666-2011, 3079-2012, entre otras, constituyendo de esta forma jurisprudencia uniforme.

Un pronunciamiento completamente particular y opuesto al referido anteriormente es el emitido en la casación N° 2390-2004 Ica. El caso trata de una demanda de impugnación de la paternidad matrimonial contra la cual la madre, como representante de la menor demandada, dedujo la excepción de caducidad por no haber ejercitado la acción contestatoria de la paternidad dentro del plazo de noventa días, previsto en artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Civil, siendo que el nacimiento fue declarado y asentado en la Municipalidad respectiva por el propio padre. El demandante al absolver el traslado de la excepción de caducidad, sostuvo haber interpuesto la demanda de impugnación de paternidad dentro de los noventa días desde que tuvo conocimiento de la verdadera paternidad de la menor.

En primera instancia se declaró infundada la excepción de caducidad, al concluir que los plazos de caducidad corren desde la fecha en que el demandante tomó conocimiento que otra persona se reputa la paternidad de la menor.

En segunda instancia se revocó el auto apelado y reformándolo declaró fundada dicha excepción, al considerar que la impugnación debe efectuarse conforme al tenor literal del artículo trescientos sesenta y cuatro del Código Civil; y que por tanto la demanda se encontraba fuera del plazo de noventa días, habiendo caducado el derecho.

La Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto en contra de la resolución de vista señalando que la Sala Revisora se limitó a aplicar el artículo trescientos sesenta y cuatro 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: agregando 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.

4.1.3.2. La impugnación de paternidad matrimonial en la jurisprudencia comparada

4.1.3.2.1. La impugnación de paternidad matrimonial en la jurisprudencia costarricense

En el expediente N° 15-000023-1143-FA, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el año 2015, resolvió un caso de

impugnación de paternidad haciendo prevalecer la posesión de estado existente entre el accionante y la menor demandada para desestimar la demanda presentada, aplicando el artículo 73 del Código de Familia correspondiente a su ordenamiento, el que señala: “La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación. Este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador”.

En el caso, el actor promovió una acción para que en sentencia se declarara su no paternidad. En primera instancia se acogió la excepción de caducidad opuesta por la parte demandada. En segunda instancia se revocó tal resolución declarando con lugar la demanda.

En la sentencia se señaló:

“En el presente asunto, de la prueba evacuada se extrae que la niña se encuentra al amparo de dicha posesión, toda vez que el actor a sabiendas de que no era su hija, accedió a casarse con la madre, luego de nacida la menor la ha tratado como hija, le dio sus apellidos, ha proveído de sus alimentos y la ha presentado como tal ante terceros (artículo 80, *Código de Familia*). No otra conclusión se deduce de las declaraciones recibidas en el proceso, testimonios que son contestes en reconocer que el demandante antes de contraer matrimonio con la accionada, ya era sabedor de que la niña por nacer

no era su hija, además del ejercicio de una posesión notoria de estado por más de tres meses como lo estimó el ad quem. (...) Como puede verse, de las declaraciones recibidas se comprobó que el actor antes de contraer matrimonio tenía conocimiento de que la niña por nacer no era su hija, y aún así luego de nacer la presentó ante la comunidad, la iglesia y su familia como hija suya, situación que se mantuvo no solo cuando convivió con la demandante, sino aún después de operada la separación de la pareja. Pero no solo los testimonios comprueban el conocimiento que el actor tenía de que no era padre biológico de la niña. (...) No es de recibo el razonamiento del actor de que la duda se dio posteriormente a la separación de la actora, ya que en autos ha quedado demostrado su conocimiento desde antes de nacer la menor, a quien el accionante le dio trato y fama de hija, por lo que se configuraron todos los presupuestos de la caducidad regulada en el numeral 73 del Código de Familia, es decir, de un año desde que el actor tuvo conocimiento de que la niña no era su hija y porque se dio posesión notoria de estado. Por lo indicado, se debe declarar con lugar el recurso formulado por la demandada, anular la sentencia recurrida y en su lugar confirmar la de primera instancia.”

4.1.3.2.2. La impugnación de paternidad matrimonial en la jurisprudencia argentina

En el año 2005, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Argentina, en la causa 81859, resolvió una demanda por impugnación de filiación matrimonial. En dicha sentencia se estimó que en cuanto a la legitimación del

padre biológico, debía verificarse en cada caso concreto la situación familiar, dependiendo su legitimidad de la existencia o no de posesión de estado, correspondiéndole cuando esta favoreciera al padre biológico, y debiendo negársela cuando el niño fuese tratado como hijo por el marido de la madre, optando por tal decisión al ser la que mejor se ajusta al interés superior del niño

En el caso, el accionante solicitó se declarase inconstitucional el art. 259 del Código Civil (derogado), afirmando ser el padre extramatrimonial de la niña M.G.A nacida el 26/1/2002. Relató haber tenido relaciones extramatrimoniales con la señora A.C.G.P.de A., fruto de la cual nació la niña. Que ha tenido conversaciones con el marido de la madre quien, no obstante conocer que la menor no es hija suya, terminó por peticionarle que abandone la idea de todo reconocimiento.

En la resolución se expuso asumir una posición ecléctica entre sostener la legitimación del presunto padre biológico y la posición que le niega la misma, conceptuando esta línea doctrinaria en la misma sentencia, señalando:

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

La magistrada ponente, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, expresó en la referida sentencia:

“Mi adhesión a la posición intermedia obedece a las siguientes razones: 1. Es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo.- 2. Como dice Malaurie, en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”) (...)en nuestro país, se sostiene que “la relación jurídica de filiación goza de autonomía propia, ya que en alguna medida se ha desprendido de su corriente soporte biológico”; en consecuencia, “no siempre ha de operar, ni es conveniente que así sea en todos los casos, la concordancia entre realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio. Y aquí interviene con un rol esencial el fenómeno contemporáneo de la interpenetración entre las diferentes ciencias humanas y sociales. Se trata del entrecruzamiento interdisciplinario que se traduce en una correlación concreta con los otros ordenamientos extrajurídicos a fin de preservar valores éticos y sociales en la vida de relación; quiere decir, evitar la comisión de injusticias en la aplicación práctica del derecho”. “Adviértase que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. La identidad

filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera sucede que en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato” (...) Pues bien, la tesis intermedia no niega el derecho a conocer la realidad biológica, pero pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social. (...)

Sobre el caso en concreto, fundamentó:

La aplicación al caso a resolver de los principios que presiden la posición ecléctica me lleva a proponer la confirmación de la decisión recurrida:

1. La niña tiene apenas tres años y está con su madre; como lo reconoce el actor, la madre convive con su marido, y quien es padre según la normativa civil ama y cuida a la niña; está fuera de toda duda por los propios dichos del actor que, además de la presunción legal, el marido tiene a su favor, un verdadero estado de padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa filiación jurídica.
2. La legitimación que se pretende, de tener éxito la demanda, desplazaría a esa niña de esa situación de legitimidad y la trasladaría al ámbito de la extramatrimonialidad perdiendo vínculos jurídicos no sólo con quien la cuida y quiere como su hija sino a todo su entorno familiar.
3. El Estado, a través del Poder Judicial, vendría a interferir en la intimidad familiar, en el derecho a la vida familiar de los demandados, sin tener certeza que tal modificación respeta el interés superior de la niña, protegida

hoy a través de su familia legítima más allá del dato genético que el actor se atribuye. Tengo claro, pues, que el principio de precaución me impone, por el momento, cerrar la posibilidad de tal injerencia estatal en el ámbito de la vida familiar de esta niña de tan corta edad.”

4.2. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN II: AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CON LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

4.2.1. Contenido del principio del interés superior del niño

4.2.1.1. Antecedentes

4.2.1.1.1. Evolución histórica de la concepción del niño

A lo largo de la historia, la concepción del niño ha variado progresivamente, partiendo de no ser distinguido socialmente de un adulto y ser considerado como un objeto propiedad de sus padres, hasta comprender y reconocer que tiene una individualidad propia y es sujeto de derechos, lo cual es resultado de una profunda transformación en la conciencia social de la humanidad.

Zermatten (2003) señala que en la antigüedad clásica, periodo desde el cual se tiene información sobre la percepción del niño, como efecto de que se le negara existencia jurídica, a pesar de su manifiesta existencia física, el niño era privado de derechos y no podía mantener relaciones jurídicas con otras personas, por lo que era «abandonado a la buena voluntad del detentador de la

patria potestad». Advierte además, que casi la misma idea se proyectó durante toda la edad media.

La definición actual de la niñez, comprendida como una fase del desarrollo humano, es un producto histórico de la modernidad, ya que fue alcanzada a través de un «proceso de construcción social» originado en Occidente entre los siglos XVI y XVII. Ello no quiere decir que antes de tal periodo no existiesen niños o niñas, sino que éstos «no eran considerados en su especificidad». Los niños eran percibidos como adultos pequeños, en el sentido de que realizaban las mismas actividades que debían ser de ejercicio exclusivo por parte del mundo adulto, tales como el trabajo y su particular recreación. La superación de esta convicción social requirió «un proceso largo y complejo» que implicó el entender la naturaleza singular de la niñez, y que ella necesita de un tratamiento especialmente diseñado para su desarrollo (Frigerio y Diker, 2008).

4.2.1.1.2. Origen del reconocimiento de los derechos del niño

Que los niños fueran ignorados y por lo tanto no se les reconociera ningún tipo de derechos ni libertades, plantea la pregunta de cuándo fue que comenzó ello a cambiar. Según Liebel (2008), el reconocimiento de los derechos del niño y su configuración actual, tanto en acuerdos internacionales como en la normativa interna de cada país, tuvo como punto de partida la revolución ideológica surgida en la época de la Ilustración Europea, pensamiento que se difundió luego en las demás sociedades del mundo. En Europa, durante el siglo XVIII, los filósofos de la ilustración, en especial Jean Jacques Rousseau, sentaron las bases para que

hoy se comprenda que los niños tienen sus propios derechos. El primer paso que se dio, fue cambiar la percepción social hacia la niñez, el ya no concebir al niño como «propiedad natural de sus padres (en especial del padre), que podían disponer sobre él como mejor les convenía», y apreciarlo como un ser que por su vulnerabilidad requiere de resguardo y protección.

Pese a que el nuevo planteamiento, en ese entonces, inmediatamente no determinó el reconocimiento de los derechos de los niños, y más bien lo que produjo fue el que se establecieran obligaciones de la familia, particulares y el estado respecto del menor, no derechos propiamente, ciertamente sirvió para emprender el camino para hacerlo. Sobre la naturaleza de lo atravesado, Cillero (2007) afirma:

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos. Posteriormente, se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. (p.6)

El cambio en las actitudes frente a la niñez y el surgimiento de la idea de ofrecerle una protección especial, fue lo que permitió el desarrollo progresivo de sus derechos y con ello, la introducción del principio del interés superior del niño. Si bien “(...) el interés superior del niño es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente” (Zermatten, 2003, p.6), su instauración, indudablemente tuvo lugar en el proceso de consolidación del reconocimiento de los derechos específicos de los niños.

4.2.1.2. Desarrollo normativo

El desenvolvimiento normativo del principio del interés superior del niño se identifica con el proceso de definición de los derechos del niño. Su consustancial vinculación es manifiesta siendo que es en la formulación de los documentos jurídicos internacionales que reconocen o afirman los derechos del niño, donde tiene acogimiento, aunque no uniformemente, ni tampoco con la misma repercusión, por el carácter progresivo de éstos.

Aun siendo innegable la preexistencia de los derechos de niño, su reconocimiento forjó camino recién durante el siglo XX. Tomó mucho tiempo develar que los niños gozan de propios derechos por su especial condición y superar la idea de simplemente protegerlos por compasión o lástima. La conceptualización de sus derechos se desarrolló a lo largo del siglo XX, en este período se sucedieron tres instrumentos enfocados exclusivamente a su plasmación: la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del niño de 1989.

4.2.1.2.1. La Declaración de Ginebra

No obstante no encontrarse en su contenido prescripción alguna sobre el interés superior del niño, cabe hacer referencia a esta declaración ya que constituye el primer esfuerzo en reconocer y articular derechos específicos para la niñez, lo cual la hace un antecedente trascendental para posteriores instrumentos jurídicos, expedidos en la evolución de los derechos del niño, que si lo establecieron.

La declaración de Ginebra resulta una obra personal de Eglantyne Jebb, fundadora de Save the Children en 1919 -organización encauzada a la ayuda de los niños afectados por la I Guerra Mundial - y posteriormente de Save the Children Internacional Union en 1920 –destinada al apoyo de niños en condiciones socioeconómicas difíciles, esta vez, de todos los países-. Convencida de que ni grandes campañas de ayuda o programas de beneficencia eran suficientes, determinó que era tiempo de reivindicar derechos para los niños y lograr que éstos sean reconocidos universalmente (Bofill y Cots, 1999). Toda la experiencia obtenida en su incansable labor en favor de los niños, trascendió en la elaboración de la Declaración de Ginebra. Luego de que se aprobara su texto definitivo, la Declaración de Ginebra fue firmada por los miembros del Consejo General de la Save the Children International Union el 28 de febrero de 1924. Conforme a la intención de que la declaración se difundiera, fue presentada en la quinta asamblea de la Sociedad de Naciones celebrada el 26 de setiembre de 1924, en la que se decidió por unanimidad adoptarla como su Carta de la Infancia.

Pese a no detentar carácter vinculante, la Declaración de Ginebra significó una importante base para ulteriores textos jurídicos en los que el contenido, estructura y tratamiento de los derechos de los niños, se fue perfeccionando.

Sobre lo indicado, Bofill y Cots (1999) afirman:

Cuando, el 28 de febrero de 1924, el texto de la Declaración, en su original francés, fue solemnemente depositado en los archivos de la República y Cantón de Ginebra, se dijo: “Sin duda, esta declaración no es un instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza. Quiere unir en un mismo pensamiento, en una sola confianza, a los hombres y mujeres de todas las naciones”. Y, a pesar de ello, la encontramos en la raíz de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1959 y de la Convención de 1989. Después de que la Sociedad de Naciones la consagrara como la Carta mundial de la infancia, es todavía un referente ineludible. (p.2)

Ortega (2011) sostiene, al referirse a la Declaración de Ginebra, que: “su aprobación constituye un avance desde el punto de vista jurídico, pues hasta ese momento no había ningún acuerdo concreto entre los distintos Estados que considerara como un tema central el brindar protección especial a las niñas y los niños” (p.24).

Debido a su significación y corta extensión consideramos oportuno reproducir el texto de la declaración:

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia que:

- I. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
- II. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
- III. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
- IV. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
- V. El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

4.2.1.2.2. La Declaración de los Derechos del Niño

El principio del interés superior del niño fue inicialmente enunciado de forma expresa a través de la Declaración de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV) el 20 de noviembre de 1959.

Su concepción se produjo por la necesidad de mejorar el antecedente propuesto por la Declaración de Ginebra, necesidad que se afirmó ante la introducción de nuevos instrumentos sobre derechos, siendo el principal referente la Declaración Universal de Derechos Humanos, como un modo de especificar derechos humanos para los niños.

La declaración de los derechos del niño se compone en su estructura de un preámbulo y diez principios, partiendo aquél de la idea de considerar que el niño por su falta de madurez física y mental requiere de protección y cuidados especiales y de la debida protección legal. Dentro de los principios enunciados en su contenido, en dos de ellos se hizo referencia específica al interés superior del niño.

En el principio 2 de la declaración se dispuso: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollar física, mental, moral, espiritual y socialmente de forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

En el séptimo principio se estableció: “El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la

sociedad. El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres. (...)”.

La observación que se le hizo a este instrumento fue que no dispuso en su contenido el modo de realizar o materializar cada uno de los derechos anunciados. Aun con tal defecto, e incluso con su falta de poder vinculante, sirvió de inspiración para ser recepcionado en normativas nacionales y como precedente importante en la formación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.2.1.2.3. La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Su formación se concibió a propuesta de Polonia en 1978, mediante una iniciativa que “(...) originalmente pretendía dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación; sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una concepción bastante novedosa del niño” (González, 2011, pp.392-393).

La convención constituye el instrumento jurídico de derechos humanos que ha generado mayor consenso en la comunidad internacional, siendo el tratado que mayor número de ratificaciones ha logrado, pues de los 195 estados

representados por las Naciones Unidas, sólo dos de ellos -Estados Unidos y Sudán del Sur- no lo han ratificado aún.

Su aprobación significó una transformación sustancial en el tratamiento de la niñez, pues se superó su concepción como “menores” objeto de tutela, para finalmente reconocer y afirmar su condición de niños como sujetos plenos de derechos. Como precisa Beloff (2009):

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como "modelo tutelar", "filantrópico", "de la situación irregular" o "asistencialista", que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes. (p.4)

La aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral en el marco de un sistema de responsabilidad garantista, al reconocer a los niños y las niñas como sujetos de Derecho, frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía a los niños y las niñas como objetos de protección del Estado, de la sociedad y de la familia en un

sistema tutelar represivo, relativizando la vigencia de sus derechos al no contemplar su aplicación” (García, 2012, p.26).

Muchos autores coinciden con lo ya citado, como Freites (2008), quien señala:

“Uno de los avances alcanzados con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es el cambio de paradigma con respecto a la infancia. La Convención se fundamenta en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía. (...) La doctrina de la protección integral supera la visión del niño como un minusválido, objeto de compasión y de tutela. Igualmente, abarca a todos los infantes y no sólo a aquellos cuya vida está en peligro, en precariedad de condiciones y con compromisos con la justicia, debido a la trasgresión de alguna norma legal. Es decir, supera a la doctrina de la situación irregular, cuyo propósito era limitado y fuente de grandes arbitrariedades, entre otras, porque equiparaba la pobreza con la delincuencia” (p.432).

Ortega (2011), al resumir los elementos característicos de cada una de las concepciones desde las que se han construido derechos para los niños -la doctrina de la protección irregular y la doctrina de la protección integral-, indica lo siguiente:

La denominada concepción tutelar, proteccionista o de la situación irregular, se caracteriza entre otras cosas por lo siguiente: a) Considera que las niñas y los niños son personas incapaces de ejercer por sí mismas sus derechos, porque no pueden asumir la responsabilidad de sus actos. b) Los adultos o mayores de edad se encargan de tomar las decisiones que están relacionadas o afectan la vida de la niña o niño, incluso si ello constituye una violación a sus derechos. c) Se establecen amplias facultades para las autoridades que deben resolver asuntos relacionados con las niñas y los niños. d) Se discrimina o se excluye cualquier participación de la niña o niño en los procesos jurídicos que los involucran. e) Las autoridades o personas que tienen bajo su cuidado a una niña o niño, deciden en todo momento por ella o él, los sustituyen en el ejercicio de sus derechos. (...) Contraria a la visión proteccionista o tutelar se encuentra la perspectiva integral, también denominada garantista. Dicha perspectiva ha sido desarrollada fundamentalmente a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, de la Organización de las Naciones Unidas, y se caracteriza por un cambio en la forma en que se concibe a las niñas y a los niños y a sus derechos: a) En principio las niñas y los niños no son objetos de protección del derecho sino sujetos titulares de derechos. b) El Estado tiene la obligación de garantizar que las niñas y los niños puedan ejercer plena y efectivamente esos derechos. c) Se imponen límites a la autoridad respecto a las facultades que tiene en relación con las niñas y los niños. (pp.20-22)

La convención se compone de 54 artículos que recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños,

reconociendo como tales a todas las personas menores de 18 años de edad. En su contenido se dispone las obligaciones a cumplir por parte de los gobiernos, y se define las responsabilidades de los padres, y otras personas encargadas del niño.

En el artículo 3° de la Convención es donde se instaura el principio del interés superior del niño. En este se establece que:

- “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Respecto de la inclusión del principio, Cillero (2007) señala:

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el

desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio "rector-guía" de ella. (pp.126-127)

4.2.1.3. Definición

Habiendo desarrollado el marco normativo en el que se desarrolló el principio del interés superior del niño, corresponde analizar lo que representa su contenido, su sentido y alcance, en base al nivel alcanzado con su inclusión en la Convención sobre los derechos del niño, con el enunciado establecido en el primer párrafo de su artículo tercero, en el que, como se ha citado anteriormente, se refiere:

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

4.2.1.3.1. Definición por la CIDH

La CIDH, a través de la Opinión Consultiva OC-17/2002, señala lo siguiente:

(...) la expresión "interés superior del niño", consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como

criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. (p.86)

4.2.1.3.2. Definiciones en la doctrina

El principio del interés superior del niño ha sido definido de distintas maneras en la doctrina. Algunos autores señalan acabadamente que se trata de un concepto jurídico indeterminado. Así, por ejemplo, se pronuncia Ortega (2002), para quien:

El interés superior del niño toma, en ordenamientos jurídicos, la forma de concepto jurídico indeterminado. (...) [los que] Se emplean para referirse a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, de tal forma que la norma no puede precisar a priori el modo de proceder en cada uno de ellos. El concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que, aplicándolo a una determinada situación, se llegue a una solución que excluya otras posibles. (p.89)

Zermatten (2003), también relaciona su concepto con la indeterminación jurídica, añadiendo que es en la práctica donde corresponde que sea delimitado, pareciéndole oportuno que en su ejercicio se utilicen pautas predeterminadas de aplicación, fijadas en razón a los diferentes casos donde intervenga, a manera de objetivizar su noción a fin de evitar situaciones en que se tomen decisiones que no coincidan con el verdadero sentido del interés del niño, siendo ello de

beneficio de jueces y justiciables. Además de lo señalado, luego de su estudio, propone la siguiente definición del principio:

El interés superior del niño es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en el plan físico, psíquico y social. Funda una obligación de las instancias y organizaciones públicas o privadas a examinar si este criterio está realizado en el momento en el que una decisión debe ser tomada con respecto a un niño y que representa una garantía para el niño de que su interés a largo plazo será tenido en cuenta. Debe servir de unidad de medida cuando varios intereses entran en convergencia. (p.17)

A la par de las posiciones reseñadas, también se enuncian definiciones del principio que se centran en la contraposición de intereses diversos. Por ejemplo, O'Donnell (2000) citado por Freites Barros (2008), refiere:

Este principio tiene su origen en el Derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente, el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. (p.435)

Gatica y Chaimovic (2002), citados por Aguilar (2008), indican que:

(...) el llamado "interés superior del niño" debe ser entendido como un término relacional o comunicacional, y significa que en caso de conflicto de

derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña. Así, ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño/niña. (p.230)

En contraste con lo hasta aquí señalado, existe también el planteamiento de que no debe pretenderse una definición del principio en análisis -aunque en su contenido se compartan rasgos conceptuales especificados anteriormente-. Villar (2008), refiere:

(...) la Doctrina Alemana, (...) considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor. Se trata de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana se niega a aportar una definición de este concepto porque lo contempla, en sí mismo, como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. (...) los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño, y ello teniendo en cuenta que cada infante, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable. (p.7)

Por su parte, Galiano (2012), con similar visión a la CIDH, formula una definición en vinculación al desarrollo y derechos del niño, señalando:

(...) consideramos que la noción de Interés Superior del niño, debe proyectarse en el futuro, como pronóstico que logre garantizar el desarrollo de su personalidad en el marco del reconocimiento de sus derechos fundamentales, en el caso que concretamente se ventile, conforme a los objetivos y fines de la norma en cuestión y, en función de estos, la autoridad encargada de aplicarlo deberá proceder a su concreción para solucionar el caso particular. Los derechos del niño son derechos humanos y el “Interés Superior del niño” se encuentra estrechamente vinculado a la protección de sus derechos. En efecto, no podría invocarse en una decisión el Interés Superior de un niño cuando el dispositivo de la misma comparte la vulneración de algunos de sus derechos. El “Interés Superior del menor” aspira a colocarlo en la mejor situación posible para su futuro desarrollo como ser humano, y los derechos del menor han sido pensados con el mismo objetivo. Así todo derecho del menor debería ser interpretado, concediéndosele mayor o menor juego de acuerdo al propio interés del mismo. La apreciación del Interés Superior del menor, de lo que su bienestar demanda, debe ser simple y llanamente sustituida por la de sus derechos: lo que sí debe hacerse es examinar todos y cada uno de los derechos del menor en tal proceso de evaluación, sencillamente porque todo derecho protege un interés legítimo, en este caso del niño, y es su interés lo que se pretende determinar. (pp. 18-19)

Esta posición es compartida por Bernuz (2000), citado por Gonzáles (2011), con un elemento adicional. El autor indica que el interés del niño se define a partir de sus derechos fundamentales, debiendo mediar su opinión, lo que significa a su vez, que los derechos del niño deben ser analizados desde la perspectiva de su interés superior, escuchando su apreciación ante la situación que le afecta.

En este contorno definicional, una de las opiniones de más trascendencia es la que postula Cillero (2007), quien sostiene que el “interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” (p.134). Explicando al respecto que:

[La Convención] Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente. (p.135)

Couso (2006), en base a la definición del interés superior del niño propuesta en función de los derechos del niño, comenta lo siguiente:

(...) en la CDN –una carta de derechos que reconoce al niño como sujeto de derechos, con autonomía (...) para ejercerlos–, la reconducción del interés superior del niño a los derechos implica algo más: implica, sobre todo, que para definir el interés superior de un niño será determinante la

propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos. (p.148)

4.2.1.4. Funciones y características

4.2.1.4.1. Funciones

Zermatten (2003) sostiene que el interés del niño desarrolla dos funciones:

- **Función de control:** Al actuar como criterio de protección del ejercicio de los derechos del niño.
- **Función de solución:** Pues interviene como criterio a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños.

4.2.1.4.2. Características

De la noción del interés superior de niño, de acuerdo a Zermatten (2003), se desprenden las siguientes características:

- Se instituye como un principio de interpretación y de garantía que debe ser aplicado en todas las formas de intervención con respecto a los niños.
- Impone como obligación a los Estados atenderlo ante la toma de decisiones oficiales.
- Debe estudiarse en conjunto a las demás disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño.

- Es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación.
- Es relativo al tiempo y al espacio, pues depende del momento y región o país en el que se aplica.
- En su aplicación debe atenderse a la situación del niño en su perspectiva a futuro.
- Es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan.
- Obedece a una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, sobre su percepción del interés del niño.
- También está marcada por una subjetividad personal que se manifiesta en un triple nivel, la de los padres, del propio niño y la del juez.

4.2.1.5. Forma de aplicación

Cillero (2007) al hacer referencia sobre la aplicación del principio, refiere que el modo correcto de efectuarla:

(...) requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa. (p. 139)

4.2.2. Derechos del niño involucrados en el cuestionamiento de su filiación.

El Comité sobre los Derechos del Niño mediante la Observación General No. 5 sobre “Medidas Generales de implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño”, refiere que todos los órganos o instituciones legislativas, administrativas y judiciales en la aplicación del principio del interés superior del niño deben estudiar sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; tanto en lo que respecta a las leyes o políticas propuestas o existentes, medidas administrativas o en las decisiones de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente. (CRC, 2003)

Como se expone, el interés superior del niño se determina a partir de un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por una decisión de la autoridad y ello buscando que se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; asimismo, siendo importante integrar la opinión del menor.

En las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial, entre los derechos del niño involucrados y sobre los que debe tratarse para delimitar una fórmula que asegure su cumplimiento y su prevalencia en la controversia, se identifican el derecho a la identidad, proyectado en la Convención a través del derecho del niño a conocer a sus padres (artículo 7 CDN) y a preservar su

identidad (artículo 8 CDN); y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez (artículo 12 CDN).

4.2.2.1. Derecho a la identidad

Fernández (1992) define el derecho a la identidad como: “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en la sociedad” (p.113).

La CIDH. (2012), en el caso Forneron e hija vs. Argentina, en cuanto al derecho a la identidad de los niños, ha precisado lo siguiente:

“La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez” (p.38)

La doctrina advierte una doble vertiente del derecho a la identidad: estática y dinámica. La identidad estática responde a la concepción restrictiva de identificación y se construye, como regla, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su

historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural (Herrera, 2015, citada por López y Silva, 2015, pp. 3-4).

Partiendo de la idea de que la identidad del individuo posee una configuración dual, no puede considerarse que una de sus dimensiones excluya a la otra, es decir, que la identidad de origen o estática prevalezca en importancia a la identidad que se adquiere en el devenir histórico del individuo.

A propósito, Mizrahi (2004), refiere:

La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es que, como con acierto se postuló, el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona.

(p.2)

En el mismo sentido se pronuncia Famá (2011), quien sostiene lo siguiente:

(...) puede afirmarse que el derecho a la identidad no se limita, pues, a considerar el aspecto físico o biológico de la persona. Comprende también el bagaje espiritual, intelectual, político, profesional, etc., a través del cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos

aspectos propios de su personalidad. Es decir, la identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras otros son de diversa índole, ya sea cultural, religiosa, ideológica o política. Este conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, que perfilan el "ser uno mismo", el ser diferente a los otros, constituye, entonces, la identidad personal (p.10).

Así, se entiende que Belluscio (2006), precise que el derecho del niño a conocer a sus padres además de procurarse en la medida de lo posible (como explícitamente se refiere en el artículo que lo contiene), carece del contenido que se le quiere asignar, ya que debe distinguirse entre el saber quiénes son los padres y el rectificar la paternidad establecida.

Asimismo, de acuerdo a lo señalado, puede aseverarse como lo hace (Mizrahi (2004), que la disposición establecida en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a preservar su identidad no puede considerarse únicamente referida a la genética o a la de origen sino que también incluye a la identidad dinámica, precisamente aquella que se define a través de la posesión de estado.

Por último, en cuanto al derecho a la identidad, existe el postulado que asegura que es posible la coexistencia de la parentalidad socio afectivo con el

derecho al conocimiento de los orígenes genéticos, distinguiendo ambas paternidades, se refiere:

Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica, no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos. 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. (Varsi y Chaves, 2010, p.60).

En consideración de lo expuesto, las proyecciones del derecho a la identidad también se incardinan necesariamente en la atención conjunta de las dimensiones estática y dinámica y no en la prevalencia de la realidad biológica, que no se identifica con ninguna de las disposiciones de la Convención, lo que no observa nuestra regulación actual sobre la impugnación de paternidad matrimonial.

4.2.2.2. Derecho a ser oído

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene disposiciones sobre la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en

todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Mediante la Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, el Comité de los Derechos del Niño (2009), precisó lo siguiente:

20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (...) (p.9)

En los procesos referidos al cuestionamiento de la filiación del menor no se toma en cuenta lo que tenga que decir el niño acerca de la paternidad que conoce y quiere, por lo que no se garantiza este derecho y por ende no se cumple con respetar el principio del interés superior del niño.

4.2.3. Determinación del interés superior del niño en la regulación de la impugnación de paternidad matrimonial

4.2.3.1. Derechos del niño y derechos de los demás involucrados en la impugnación de la paternidad matrimonial

Como se ha señalado, una de las definiciones del principio del interés superior del niño, lo enmarca dentro de la contraposición de los intereses del niño frente a otros intereses, como un criterio para resolver el conflicto que se suscite, el mismo que compele a dar prioridad a los intereses del niño. De esta manera ante la posible afectación de los derechos fundamentales del niño, se prefiere preservar su interés a intereses diferentes.

La regulación de la acción de impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, debe lograr una protección integral del niño ante el conflicto que se genera por la disolución del vínculo filial, primando su interés por sobre el de los demás sujetos involucrados en la impugnación de la paternidad. De esta manera, no caben exposiciones referidas por ejemplo al plazo de caducidad de la acción que indican lo siguiente:

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. (Varsi, 2013, p. 319)

Se trata de asegurar que en cualquier toma de decisiones que afecte a un niño, se tome en cuenta en forma prioritaria sus intereses. González (2013), en consonancia a lo señalado sobre la primacía del interés del hijo, señaló lo siguiente:

Cabe resaltar que diversas legislaciones europeas, entre las que figuran la francesa y la alemana –tantas veces citadas por la doctrina española por ser de las más inspiradas en la verdad biológica-, han (...) modificado su normativa sobre acciones de filiación en aras a materializar una investigación de la paternidad que logre la protección integral del hijo, incluso a costa del sacrificio del interés de los padres. Para estos ordenamientos, no importa si existe o no un equilibrio de derechos o intereses entre los protagonistas, prevalecerá, ante todo, el favor filii. Pese a esta orientación, sus tribunales no han calificado estas normas de contrarias a los derechos fundamentales de los padres putativos. (p.136)

4.2.3.2. Construcción de la paternidad legal que atienda a la realidad no sólo genética sino también la afectiva y social.

Un análisis conjunto de los derechos del niño que se ven involucrados cuando se pone en duda su filiación presumida por la ley, el derecho a su identidad comprendido en sus dos dimensiones y su derecho a ser oído, conducen a determinar que debe atenderse a la realidad afectiva y social que este vive y no solo dar prioridad a lo que revelen sus datos genéticos.

Antes de ahondar sobre la verdad sociológica, es necesario enervar la afirmación de que la relación filiatoria tenga como único sustento el vínculo biológico. A propósito Mizrahi (2002), señala:

En efecto, se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación, y aunque estemos fuera de los supuestos de la figura adoptiva. En este sentido, resultan discutibles las posturas biologistas extremas que se han esbozado por algunos autores. Con dichas tesis, quiérase o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que la criatura humana constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por lo demás, constituye una verdad que la libre investigación de la paternidad que rige en el mundo actual, no lleva de la mano a imponer dogmáticamente al hecho de la procreación como única fuente de la filiación. (...) Con razón expresan Hauser y Huet-Weiller que la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que éste combina naturaleza y cultura; de manera que subyace en el vínculo filiatorio

una institución social. Jugará entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada "filiación" querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que Zannoni denomina la "faz existencial y dinámica" (p.7).

Kemelmajer (2008), por su parte, indica respecto a la prevalencia de la realidad biológica lo siguiente:

(...) la Convención en ningún momento consagra como principio rector el de la "realidad biológica"; el hecho de que ese importante documento internacional haga mención al derecho del niño a "conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos", no significa que el "principio rector" en materia de vínculo jurídico de filiación sea el de la realidad biológica, si por tal se entiende sólo el dato genético y no el entorno del niño en todas sus dimensiones. Tampoco comparto que la Convención no recepte el valor privilegiado de la estabilidad familiar; por el contrario, el hecho de que no sea un valor absoluto no implica desconocer los serios daños a la identidad dinámica generados por la inestabilidad de los lazos familiares. Resulta realmente paradójico que se invoquen los derechos del niño para desplazarlo de su situación jurídica privilegiada, y ubicarlo, quizás, en la situación de persona que no cuenta con nadie solvente para responder por las prestaciones alimentarias. (pp.18-19)

Mizrahi (2005), expresa en el mismo sentido lo siguiente:

El saber científico --léase los estudios que practican los laboratorios-- no debe asumir un papel exorbitante que lo trascienda, pasando a cumplir un rol normativo que no le pertenece. Se trata, en suma, que el juicio de filiación no se convierta en un procedimiento que automatice la función judicial.

Siverino (2013), de cara al interés del niño, en los casos de impugnación de su paternidad, refiere:

En cuanto a asegurar el respeto del "interés superior del niño", lo que habría que atender es a si lo más conveniente para aquél es el mantenimiento de la paternidad aparente o el descubrimiento de que ella no concuerda con la realidad biológica; puesto que nada asegura que lo segundo sea lo más favorable si el resultado es simplemente dejar al hijo sin padre (pp.2-3).

Belluscio (2006), sostiene en la misma línea:

(...) es válido advertir que no deben tomarse decisiones ritualistas o automáticas basadas en los resultados de una tecnología, por precisa que esta fuera. Y que se debe distinguir en cada caso concreto el derecho del niño o adolescente a conocer su realidad biológica (y bien vale preguntarse si no existe, como en otros supuestos, un derecho a no saber) lo que no implica per se que de esto se siga una atribución filiatoria como hijo o hija de alguien priorizando el criterio biológico por sobre otros elementos; ya que la construcción legal de la parentalidad requiere de un análisis mucho más detallado y complejo a la luz, entre otros, del principio de interés

superior del niño, la voluntad procreativa, la posesión de estado, el derecho a formar una familia y acceder a los beneficios de la ciencia, etcétera. (p.17)

Una vez realizadas las precisiones expuestas, sobre el criterio sociológico en la relación filial, cabe citar a Serejo (2005, citado por Varsi y Chaves, 2010).

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 de la dignidad de la persona humana (p.59).

En la doctrina europea, Maria Clara Sottomayor sostiene –hablando en particular de los niños– que “la verdad sociológica y emocional, experimentada por el niño, es una realidad cada vez más presente en su vida, y necesaria para su bienestar emocional y desarrollo de la identidad, que la identidad biológica. La jurisprudencia de la biología es una violencia psicológica a los sentimientos del niño y un obstáculo a su libre desarrollo, y significa la persistencia, en el sistema judicial, de una mentalidad que considera al niño como un objeto, que solo requiere un alojamiento y alimentación, y desconoce la importancia del afecto y de la relación emocional para su crecimiento y felicidad”. (Varsi y Chaves, 2010, p.61)

Todo ello nos lleva a dar vida a un concepto que en la jurisprudencia se ha olvidado, a la posesión de estado, a fin de que ella se valore en cada caso que deba resolverse y con una normativa que la sostenga coherentemente en cada

aspecto de la acción. Lôbo (2008, citado por Varsi y Chaves, 2010), expresa en cuanto al tema:

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 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 (pp.58-59).

Una absoluta prevalencia de la realidad biológica, sin observar la realidad socio afectiva del niño, lo único a lo que tiende es a dejar al niño sin un padre con derechos y obligaciones a su respecto.

4.2.3.3. Análisis de la normativa actual en contraposición al sentido del principio del interés superior del niño.

4.2.3.3.1. En cuanto a los supuestos de procedencia e improcedencia

El artículo 363° del Código Civil, sistematiza los supuestos de procedencia de la impugnación de paternidad matrimonial sin diferenciar supuestos de negación y de impugnación, habiéndose establecido como un sistema cerrado hasta la incorporación del inciso 5, que definió su forma como mixta, permitiendo desvirtuar la paternidad matrimonial con la sola acreditación científica de la falta de vínculo biológico entre el padre legal y el hijo, mecanizando así la labor judicial a la verificación de un dato genético y dejando de lado por completo elementos como la realidad socioafectiva del niño, tendiéndose en la jurisprudencia incluso a identificar la prevalencia de la realidad biológica como el mejor interés de este.

Por otro lado, los artículos 366° y 376°, referentes a las causales de improcedencia de la acción, que se supone deberían jugar en conjunto a los de procedencia, terminan resultando completamente ineficaces, por la formulación terminante de estos últimos.

4.2.3.3.2. En cuanto a la legitimación para la interposición de la acción

El Código civil autoriza únicamente al padre registral para que pueda interponer la acción de paternidad, no obstante, existen en el conflicto otros sujetos que se ven involucrados directamente, siendo estos el niño mismo, el padre biológico o la madre.

4.2.3.3.3. En cuanto al plazo para accionar

El Código Civil, en su artículo 364° dispone que 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. Conforme se aprecia, la redacción del precepto resulta inacabada, por sólo referirse al plazo aplicable a un único sujeto legitimado; asimismo, por dar lugar su formulación a cuestionamientos sobre su aplicabilidad que ponen en riesgo la seguridad jurídica de los hijos, por lo que se hace necesario una modificación que en su contenido logre proteger debidamente el interés superior del niño.

La tendencia jurisprudencial se inclina por liberar de un plazo de caducidad a la acción de impugnación de la filiación, sin considerar que esta medida afecta directamente uno de los principales fines del derecho, que es proteger la seguridad jurídica. Permitir que se plantee la acción de impugnación en cualquier tiempo conduce a la vulneración del interés superior del niño por siempre permanecer inestable su emplazamiento filial.

4.3. UNIDAD DE INVESTIGACIÓN III: IDENTIFICACIÓN DE UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

4.3.1. Lineamientos específicos a observar en la regulación de la impugnación de paternidad de acuerdo al principio del interés superior del niño

4.3.1.1. Supuestos de procedencia e improcedencia vinculados a la posesión de estado

La acción de impugnación de paternidad debe venir condicionada por la existencia o no de la posesión de estado, de manera que si el padre legal y el hijo mantuvieron una relación de familia estable, la filiación debe ser inatacable.

Lo que determinan las pruebas biológicas no pueden actuar como un supuesto de procedencia para la impugnación, sino tan solo como un medio probatorio de la misma, es decir, su concurrencia por sí misma no debe determinar el acogimiento de la pretensión sino que deberá ser valorada en conjunto a las demás pruebas sobre las circunstancias particulares del caso.

Debe atenderse a la realidad biológica, afectiva y familiar conocida por el niño en cada caso particular y no elaborar reglas generales como las que se ha venido aplicando en la jurisprudencia nacional. Los cambios constantes en los criterios jurisdiccionales deben sostener el cambio normativo que debe iniciarse.

No puede sostenerse una absoluta prevalencia de la verdad biológica por sobre otros factores como la posesión notoria de estado, por el contrario, debe darse primacía a esta por sobre el informe pericial biológico, salvo que se estime que hay graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de prescindir del dato biológico.

Los preceptos que regulen los supuestos de procedencia e improcedencia de la impugnación deben ser claramente estructurados, no permitiendo que su operatividad responda únicamente a un deseo o cambio de voluntad en la relación establecida con el niño. Tanto los supuestos de impugnación y de improcedencia, como los plazos para accionar, deben relacionarse y estar en armonía con el interés superior del niño.

4.3.1.2. Legitimación de involucrados en la impugnación de paternidad

La legitimación de las demás personas relacionadas a la impugnación de paternidad es importante en cuanto sea conforme al interés del niño.

En cuanto a la legitimación del niño mismo, Medina, G. y Veloso, S. (2003), sostiene: Coincidimos con lo sostenido por Grossman en cuanto a que la vida de un niño en su minoridad no queda en suspenso, resultando necesario defender su derecho al auténtico emplazamiento filial, revistiendo éste un mayor interés en la edad temprana por cuanto evitaría las perturbaciones que puedan ocasionarle a quien no es el padre impidiéndole que ostente el apellido(p.6).

Cuando la impugnación sea promovida por el niño, a través de su madre como representante legal, deberá acreditarse por esta que la acción se ejerce en interés del menor. Así como cuando la madre actúa por cuenta propia. Algunos autores, como Gonzáles (2013), refieren en tal sentido:

(...) la legitimación de la madre para impugnar la paternidad de su marido en representación del hijo debe someterse a un control judicial, que ha de tratarse como una cuestión previa. El juzgador deberá tener en cuenta que el interés del hijo no siempre se reduce a la verdad biológica y, para descubrir si la acción de impugnación se establece realmente en su beneficio, ha de analizar las diferentes circunstancias puestas de manifiesto en la demanda por la madre (v. gr., si entre el marido y el hijo se ha mantenido una relación familiar). Además, de creerlo conveniente, puede llevar a cabo acciones positivas con la finalidad de averiguar el interés del hijo: tomar en cuenta su declaración, si tiene la edad suficiente para emitirla (exigencia del derecho del menor a ser oído), u ordenar la práctica de una prueba pericial psicológica para valorar con mayor criterio si la impugnación de paternidad puede generarle perjuicios. (...) Para concluir, creo conveniente que el legislador español, en una posible modificación del precepto analizado, introduzca literalmente que la acción de la madre se someta a una valoración judicial, para que no quede lugar a dudas; tal como lo establece la legislación alemana, que ha sido mucho más precisa al regular esta acción. El BGB, en el 1600 a, apartado 4, toma en cuenta el principio del favor filii cuando la madre impugna la paternidad en representación del hijo y somete expresamente esta impugnación a un

control judicial en cuanto a su finalidad, estableciendo que la demanda sólo será admisible si sirve al interés del hijo menor o incapacitado (pp.145-146).

Para la procedencia de la acción de impugnación de un tercero que alegue ser el verdadero progenitor del hijo, debe considerarse que si el menor goza de posesión de estado respecto de su padre biológico, se otorga la legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; en cambio, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, se le denegará la legitimación.

En ese sentido, cuando el hijo ostenta una paternidad legalmente determinada y goza de posesión de estado correspondiente, la limitación del padre extramatrimonial sin posesión de estado para acceder a la justicia a investigar la paternidad es también constitucional. Se entiende que el hijo ha establecido unos lazos efectivos muy fuertes con su padre legal, marido de su madre. Romperlos, implicaría una afectación grave a su salud psíquica, sobre todo si se trata de un menor de edad, cuyo interés primar por encima de todo, incluso sobre la verdad biológica (González, 2013, p.207).

En los casos de impugnación, debe requerirse que en la medida de lo posible se ejerzan conjuntamente las acciones de impugnación y reclamación de la paternidad. Por medio del ejercicio de la acción de impugnación no puede pretenderse que el hijo quede sin filiación paterna determinada, sería mermar el derecho a la identidad del niño. Además de la pérdida de la figura paterna y el

vínculo legal, es necesario pensar en las consecuencias patrimoniales: derecho de alimentos, derecho al financiamiento de los gastos de educación, derechos hereditarios.

4.3.1.3. Plazos de caducidad breves y claramente definidos

De acuerdo a Gonzáles (2013), una reforma que restaure la seguridad jurídica en el estado de filiación, debería incluir un diez a quo excepcional determinado por el favor filii, consistente en permitir al marido impugnar la paternidad una vez generada la posibilidad de conocer la discordancia biológica -puesto que un término relacionado al conocimiento efectivo puede ser manipulable-, y que tenga en cuenta el comportamiento del impugnante luego de producida la sospecha de su falta de paternidad, así como el elemento de posesión de estado, como criterio que determine el plazo máximo para la impugnación.

Conforme a lo expuesto, el término de inicio del plazo para impugnar debe ser considerado desde el momento que se tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad para impedir manipulaciones del mismo que hagan que la acción se convierta en imprescriptible.

A partir de lo regulado en el código francés, alemán y suizo, sobre el plazo de interposición de la acción, Gonzáles (2013), en atención a los límites planteados, formuló la siguiente propuesta de redacción de la norma pertinente:

El marido podrá impugnar la paternidad matrimonial en el plazo de un año desde la inscripción de la filiación o desde el conocimiento del parto; salvo

que aquél ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica. No obstante, cualquiera sea el término inicial que se aplique, el marido no podrá impugnar la filiación si ha existido posesión de estado de filiación matrimonial de por lo menos 5 años desde el nacimiento (p.138).

Conforme a lo indicado, de no haber existido posesión de estado desde el nacimiento o la relación familiar entre el marido y el hijo legal hubiera sido reducida, será posible la impugnación ante un conocimiento sobrevenido de la realidad biológica, pero dentro del plazo de un año de conocidas las circunstancias contrarias a la paternidad.

Por otro lado, de haber existido una relación estable entre el marido y el hijo legal, según la autora, también se contaría con la posibilidad de impugnar, con un plazo a contarse desde la posibilidad del conocimiento de la verdad biológica pero sujeto, con el fin de proteger la estabilidad jurídica y emocional del niño, al tiempo de duración de la relación, estimado en el lapso de 5 años, por considerar dicho plazo prudente y por ser acogido por varias legislaciones europeas.

Los plazos deben permanecer por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variada caprichosamente. Estos velan por la seguridad jurídica del niño, asegurando que su filiación no sea modificada a voluntad de terceros y que el padre registral cumpla con los deberes que deben permanecer a su cargo en virtud de su inacción procesal. Por último, los que se fijan deben ser breves en

vista de proteger no sólo la estabilidad del hijo, sino también la determinación definitiva de la filiación.

4.3.1.4. En cada proceso debe observarse el derecho del niño a ser oído

Resulta indispensable implementar una medida específica, para que dentro de los procesos de impugnación de paternidad, los niños tengan derecho a ser oídos, no quedando como una facultad judicial sino como un verdadero derecho a ser respetado y cumplido.

4.3.2. Propuesta normativa

4.3.2.1. Fundamentos

Determinar la fórmula legal que regule adecuadamente la impugnación de paternidad acorde con el principio del interés superior del niño requiere observar los puntos tratados precedentemente, y una propuesta normativa pensada con tal fin incluye la modificación de los artículos 362°, 363°, 364°, 366°, 367°, 368°, 369° y 376°; incorporar los artículos 376-A, 376-B, 376-C; y, derogar los artículos 366°, 370°, 402°, segundo párrafo del inciso 6 y, 404°, del Código Civil, de esta manera el texto final de los mismos sería el siguiente:

4.3.2.2. Texto legal

ARTÍCULOS	REFORMA
<p>Artículo 362.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.</p>	<p>Artículo 362.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido.</p> <p>El marido podrá negar judicialmente la paternidad:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio. 2. Cuando está judicialmente separado durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período. <p>La acción 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.</p> <p>Si se prueba que el marido tenía conocimiento del embarazo antes del matrimonio o que ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos siguientes.</p>

Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

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

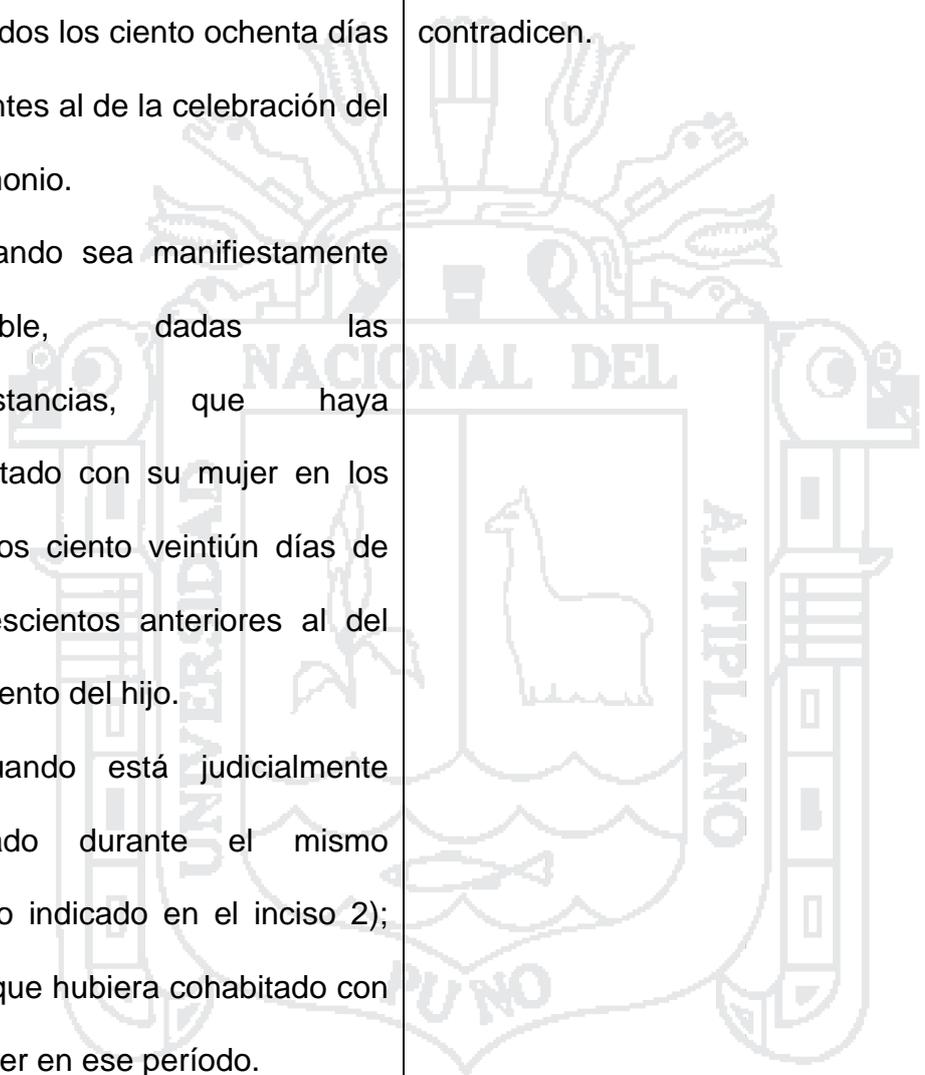
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

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

4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza

Artículo 363.- La paternidad determinada por el matrimonio puede ser impugnada alegando que la presunción legal no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen.



<p>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.</p>	
<p>Artículo 364.- 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.</p>	<p>Artículo 364.- La acción de impugnación de la paternidad puede ser ejercida por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El marido, 2. El hijo, 3. La madre, por cuenta propia o en representación del hijo. En ambos casos, la demanda sólo será admitida si se demuestra actuar en interés de éste, y 4. El padre biológico, quien deberá plantear conjuntamente la acción de reclamación y acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda. <p>El marido podrá impugnar la paternidad matrimonial en el plazo de un año desde el conocimiento del parto; salvo que aquél ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará</p>

	<p>a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica.</p> <p>El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para la madre la acción caduca si transcurre un año desde el nacimiento.</p> <p>El supuesto progenitor puede impugnar la paternidad siempre que no exista relación socio familiar en el padre legal y el hijo, dentro del plazo de un año contado desde que tuvo conocimiento de la verdad biológica o desde el cese de la posesión de estado.</p> <p>Nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento, salvo la excepción señalada en el artículo 376°.</p>
<p>Artículo 366.- El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3:</p> <p>1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.</p>	<p>DEROGADO</p>

<p>2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo.</p> <p>3.- Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.</p>	
<p>Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.</p>	<p>Artículo 367.- Los herederos y ascendientes del marido pueden iniciar la acción correspondiente si él hubiese muerto antes de vencerse los plazos señalados en los artículos 362° y 364°, por el tiempo que faltare para completar los mismos y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.</p>
<p>Artículo 368.- La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.</p>	<p>Artículo 368.- La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los mismos plazos señalados en los artículos 362° y 364°, contados desde cesada su incapacidad.</p>

<p>Artículo 369.- La acción se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606 inciso 1</p>	<p>Artículo 369.- La acción iniciada por el marido se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606, inciso 1.</p>
<p>Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el artículo 363, inciso 3, o en el artículo 366.</p>	<p>DEROGADO</p>
<p>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.</p>	<p>Artículo 376.- La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.</p> <p>Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico, habilitándose la acción correspondiente al hijo o a uno de los progenitores.</p>

	<p>Artículo 376-A.- La posesión notoria de estado de hijo respecto de determinada persona, consiste en que éste lo haya tratado como tal, proveyendo a su manutención y educación y presentándolo con ese carácter a terceros; y que éstos lo hayan considerado como tal.</p>
	<p>Artículo 376-B.- De oficio o a petición de parte, el juez vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico, con el fin de que su paternidad sea declarada en el mismo proceso.</p>
	<p>Artículo 376-C.- En el proceso, el niño tiene derecho a ser oído. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento.</p>
<p>Artículo 396.- El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.</p>	<p>DEROGADO</p>
<p>Artículo 402.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:</p>	<p>DEROGADO</p>

<p>(...)</p> <p>6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.</p>	
<p>Artículo 404.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.</p>	<p>DEROGADO</p>

4.4. CONTRASTACIÓN DE UNIDADES DE INVESTIGACIÓN Y CONSTATAción DE HIPÓTESIS

4.4.1. Para la hipótesis específica I

“1.- La regulación normativa sobre la acción de impugnación de paternidad matrimonial y la jurisprudencia desarrollada son de marcada tendencia

biologista. De otro lado, en la legislación y jurisprudencia comparada, se abre paso a la verdad social en la determinación de la paternidad matrimonial.”

Conforme se advierte de la presente investigación, la forma como está desarrollada la acción de impugnación de paternidad matrimonial en el derecho nacional se enmarca en una posición biologista. La sistematización de los supuestos de procedencia e improcedencia, legitimidad para obrar y plazo de caducidad para la acción de impugnación de paternidad matrimonial que realiza el código civil se han construido en base únicamente al marido como impugnante y a la verificación de la falta de vínculo biológico para su procedencia.

Asimismo, la jurisprudencia que se desarrolla sobre la acción revela una mayoritaria y marcada tendencia biologista que resuelve las controversias con un alto nivel de abstracción y no un pormenorizado análisis del caso en concreto, pues dentro de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema sobre la impugnación de paternidad matrimonial, como unas de las decisiones más relevantes se encuentran aquellas en las que se permite al padre biológico impugnar la paternidad matrimonial, a pesar de lo prescrito en los artículos 396° y 404° del Código Civil, pero no resultando uniforme el considerar que haya mediado o no posesión de estado entre el progenitor y el hijo; mientras que los casos tratados con más incidencia se refieren al plazo de caducidad de la acción, tendiéndose en la mayoría de ellos y de manera uniforme a inaplicar el plazo previsto por hacer prevalecer la identidad biológica del niño; de otro lado, existen en un ínfimo número aquellos en los que se decide aplicar la norma conforme a su texto.

De otro lado, en la legislación y jurisprudencia comparada, se abre paso a la verdad social en la determinación de la paternidad matrimonial. Así se tiene que: En Argentina se da campo para la interposición de la acción al padre biológico, y en lo que se refiere al plazo, se aporta en Latinoamérica con un novedoso término de inicio del mismo, partiendo este desde el conocimiento de la posibilidad de que el niño podría no ser hijo. El legislador francés condiciona la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del marido a la existencia o no de posesión de filiación matrimonial y omite el momento en que el padre conoce la verdad biológica como dies a quo del plazo de caducidad. El Código Civil Español, en sus artículos 136 y 140, regula el plazo de caducidad para la interposición de la acción, en atención al conocimiento del vínculo biológico pero cuidando la posesión de estado que haya mediado. En Colombia, por medio del artículo 217 de su Código Civil, se da la posibilidad de interponer la acción, además del marido, al propio hijo, a la madre y al padre biológico. Una de las diferencias que se nota en el ordenamiento colombiano, respecto al de otros países es que contiene un precepto que obliga a vincular al proceso de impugnación al padre biológico, en aras de proteger los derechos del menor, entendiéndose para que este no quede sin una filiación conocida.

En cuanto a la jurisprudencia, Costa Rica, en el año 2015, resolvió un caso de impugnación de paternidad haciendo prevalecer la posesión de estado existente entre el accionante y la menor demandada para desestimar la demanda presentada. Además, se ha encontrado que en el año 2005, la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Argentina, estimó que en cuanto a la legitimación del padre biológico, debía verificarse en cada caso concreto la situación familiar, dependiendo su legitimidad de la existencia o no de posesión de estado, correspondiéndole cuando esta favoreciera al padre biológico, y debiendo negársela cuando el niño fuese tratado como hijo por el

marido de la madre, optando por tal decisión al ser la que mejor se ajusta al interés superior del niño.

De lo señalado ha quedado constatada la Hipótesis N° 1.

4.4.2. Para la hipótesis específica II

“2.- El interés superior del niño se concreta en la plena satisfacción de sus derechos, requiriendo su aplicación un análisis conjunto de ellos, involucrándose en la acción sus derechos a la identidad y a ser oído los que no son considerados en su contenido cabal por la actual regulación de la acción, vulnerándose por tanto el principio.”

Conforme se aprecia del presente trabajo de investigación, la forma como está regulada actualmente la impugnación de paternidad matrimonial sí afecta el principio del interés superior del niño, pues como se expone, el interés superior del niño se determina a partir de un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por una decisión de la autoridad y ello buscando que se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos; asimismo, siendo importante integrar la opinión del menor. Así, se tiene que un análisis conjunto de los derechos del niño que se ven involucrados cuando se pone en duda su filiación presumida por la ley, el derecho a su identidad comprendido en sus dos dimensiones y su derecho a ser oído, conducen a determinar que debe atenderse a la realidad afectiva y social que este vive y no solo dar prioridad a lo que revelen sus datos genéticos. Las proyecciones del derecho a la identidad

también se incardinan necesariamente en la atención conjunta de las dimensiones estática y dinámica y no en la prevalencia de la realidad biológica, que no se identifica con ninguna de las disposiciones de la Convención, lo que no observa nuestra regulación actual sobre la impugnación de paternidad matrimonial. Y habiendo notando que en los procesos referidos al cuestionamiento de la filiación del menor no se toma en cuenta lo que tenga que decir el niño acerca de la paternidad que conoce y quiere, se determina que no se garantiza este derecho y por ende no se cumple con respetar el principio del interés superior del niño.

Ya en un análisis concreto de las normas pertinentes se verifica lo siguiente: El artículo 363° del Código Civil, permite desvirtuar la paternidad matrimonial con la sola acreditación científica de la falta de vínculo biológico entre el padre legal y el hijo, mecanizando así la labor judicial a la verificación de un dato genético y dejando de lado por completo elementos como la realidad socioafectiva del niño, tendiéndose en la jurisprudencia incluso a identificar la prevalencia de la realidad biológica como el mejor interés de este. Por otro lado, los artículos 366° y 376°, referentes a las causales de improcedencia de la acción, que se supone deberían jugar en conjunto a los de procedencia, terminan resultando completamente ineficaces, por la formulación terminante de estos últimos.

El Código civil autoriza únicamente al padre registral para que pueda interponer la acción de paternidad, no obstante, existen en el conflicto otros sujetos que se ven involucrados directamente, siendo estos el niño mismo, el padre biológico o la madre.

La formulación sobre el plazo de caducidad da lugar a cuestionamientos sobre su aplicabilidad que ponen en riesgo la seguridad jurídica de los hijos, abriendo paso a la idea de que se plantee la acción de impugnación en cualquier tiempo lo que conduciría a la vulneración del interés superior del niño por siempre permanecer inestable su emplazamiento filial.

Por lo señalado, queda constatada la Hipótesis N° 2.

4.4.3. Para la hipótesis específica III

“3.- La regulación legal de acción de impugnación de paternidad debe observar no solo la realidad biológica del niño, sino también la afectiva y familiar, es decir, su realidad social, de forma que se garantice la protección del interés superior del niño.”

La Hipótesis que aquí se plantea es que, a partir de como se viene desarrollando en el derecho comparado y su jurisprudencia esta acción, sí es posible proponer una fórmula legal adecuada al contenido del principio del interés superior del niño, siguiendo lineamientos específicos en la regulación de la impugnación de paternidad de acuerdo al principio como por ejemplo que la acción de impugnación de paternidad debe venir condicionada por la existencia o no de la posesión de estado, de manera que si el padre legal y el hijo mantuvieron una relación de familia estable, la filiación debe ser inatacable; que la legitimación de las demás personas relacionadas a la impugnación de paternidad es importante en cuanto sea conforme al interés del niño; que una

reforma que restaure la seguridad jurídica en el estado de filiación, debería incluir un diez a quo excepcional determinado por el favor filii, consistente en permitir al marido impugnar la paternidad una vez generada la posibilidad de conocer la discordancia biológica -puesto que un término relacionado al conocimiento efectivo puede ser manipulable-, y que tenga en cuenta el elemento de posesión de estado, como criterio que determine el plazo máximo para la impugnación. Igualmente resulta indispensable implementar una medida específica, para que dentro de los procesos de impugnación de paternidad, los niños tengan derecho a ser oídos, no quedando como una facultad judicial sino como un verdadero derecho a ser respetado y cumplido. Por tanto conforme es de advertirse este fin se ha cumplido en el tercer eje de investigación del presente estudio, quedando de tal manera establecida la hipótesis N° 3.

4.4.4. Determinación de la hipótesis general

“La regulación actual de la impugnación de paternidad matrimonial prioriza la realidad biológica, vulnerando con ello el principio del interés superior del niño, por no garantizarse cabalmente sus derechos a la identidad y a ser oído, que exigen en su conjunción observar no solo la verdad biológica del niño sino también su verdad social, debiendo la normativa sobre esta acción observar tal criterio”.

Habiéndose constatado, con el desarrollo de la presente investigación, todas y cada una de las hipótesis específicas, queda claro que la hipótesis general, también lo ha sido. Pues, lo constatado con la hipótesis específica N° 1 es que

la forma como está desarrollada la acción de impugnación de paternidad matrimonial en el derecho nacional así como la jurisprudencia desarrollada al caso se enmarcan en una posición biologista; cuando contrariamente, a nivel de derecho y jurisprudencia comparadase da lugar prevaleciente a la verdad social en la determinación de la paternidad matrimonial,

Asimismo, por lo constatado en la hipótesis específica N° 2, pues se ha determinado que el interés superior del niño se determina a partir de un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por una decisión de la autoridad y que precisamente un análisis conjunto de los derechos del niño que se ven involucrados cuando se pone en duda, es decir, de su derecho a su identidad -comprendido en sus dos dimensiones- y su derecho a ser oído, conducen a determinar que debe atenderse a la realidad afectiva y social que este vive y no solo dar prioridad a lo que revelen sus datos genéticos, no comprobándose esto en la regulación de la acción en cuestión y por ende no cumpliéndose con respetar el principio del interés superior del niño; siendo factible corregir esta situación, proponiendo una redacción legal que cumpla con estos aspectos conforme se ha constatado en la hipótesis específica N° 3.

Consecuentemente la tesis planteada en la presente investigación, nos permite señalar que la actual regulación de la impugnación de paternidad matrimonial vulnera el principio del interés superior del niño por prevalecer en su contenido la realidad biológica y no la verdad social del hijo, debiendo una propuesta normativa coherente con los derechos involucrados, invertir tal situación; por lo que la hipótesis general ha sido constatada claramente.

V CONCLUSIONES

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

SEGUNDA: La sistematización de los supuestos de procedencia, legitimidad para obrar y plazo de caducidad para la acción de impugnación de paternidad matrimonial que realiza el código civil se han construido en base únicamente al marido como impugnante y a la verificación de la falta de vínculo biológico para su procedencia. Asimismo, la jurisprudencia que se desarrolla sobre la acción revela una mayoritaria y marcada tendencia biologista que resuelve las controversias con un alto nivel de abstracción y no un pormenorizado análisis del caso en concreto. De otro lado, en la legislación y jurisprudencia comparada, se abre paso a la verdad social en la determinación de la paternidad matrimonial, existiendo normativa que considera la posesión de estado y fallos que niegan la procedencia de la acción por existir posesión de estado entre el padre legal y el hijo y otros que otorgan legitimidad al padre biológico que goza de posesión de estado en relación al niño.

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

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

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



VI RECOMENDACIONES

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

SEGUNDA: Se recomienda que en las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial, se atienda a la realidad no solo genética sino también a la afectiva y social, conforme al cabal contenido de los siguientes derechos involucrados: el derecho a su identidad y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez; los que deben ser observados para delimitar una fórmula legal adecuada que asegure su cumplimiento y su prevalencia en la controversia de acuerdo al principio del interés superior del niño.

TERCERA: Se recomienda la modificación de los artículos 362°, 363°, 364°, 366°, 367°, 368°, 369° y 376°; incorporar los artículos 376-A, 376-B, 376-C; y, derogar los artículos 366°, 370°, 402°, segundo párrafo del inciso 6 y, 404°, del Código Civil, de tal manera que se distingan los supuestos de negación e impugnación de paternidad, que lo que determinan las pruebas biológicas no pueda actuar como un supuesto de procedencia de impugnación, sino tan solo como un medio probatorio de la misma, optando por un sistema abierto en el caso de la impugnación rigurosa; que se incorporen como legitimados el hijo, la madre y el padre biológico, limitando la actuación de estos últimos a demostrar que se hace en interés del niño.; que se someta al marido al plazo de impugnación de un año desde el conocimiento del parto, salvo que ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica, que el hijo pueda actuar en cualquier tiempo, la madre antes de un año del nacimiento y el supuesto progenitor pueda actuar siempre que no exista relación socio familiar en el padre legal y el hijo, dentro del plazo de un año desde que tuvo conocimiento de la verdad biológica o desde el cese de la posesión de estado. Negándose la impugnación a todos cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento, salvo si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar tal regla. Asimismo incorporando una norma específica sobre el derecho del niño a ser oído en el proceso.

CUARTA: Se recomienda que de forma previa a la implementación de las modificatorias normativas que se proponen, se efectúe un diagnóstico situacional sobre los impactos sociales que provocarían las mismas, de tal manera que se fijen o definan los alcances de su aplicación progresiva.



VII REFERENCIAS

- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223 - 247. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060110>
- Aguilar, B. (2008). *La familia en el código civil peruano*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Arias-Schreiber, M. (2001). *Exegesis del código civil peruano de 1984: Derecho de Familia. Sociedad paterno-filial* (T. VII). Lima: Gaceta Jurídica.
- Belluscio, A. (2004). *Manual de derecho de familia* (7a ed., T. II). Buenos Aires: Astrea.
- Belluscio, A. (2006). *Desconocimiento del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad*. Recuperado de <https://drive.google.com/folderview?id=0B1pnInVjVdUPY2FXX2JOaIRsY1U&usp=sharing>
- Beloff, M. (2009). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf>
- Bofill, A. y Cots, J. (1999). *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia*. Recuperado de:

[http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion de ginebra de derechos del nino.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/628/Declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf)

Borda, G. (1993). *Tratado de derecho civil – Familia* (T. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia* (6a ed.). Buenos Aires: Astrea.

Bustamante, E. (2006). Contestación de la paternidad. En *Gaceta Jurídica, Código civil comentado por los 100 mejores especialistas* (T. II, pp. 679-688). Lima: Autor.

Cillero, M. (2007). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. *Justicia y Derechos del Niño*, 9, 125-142. Recuperado de [http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia y derechos 9.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)

Comité de los Derechos del Niño. (2003). *Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/crc/spanish/Sgeneralcomment5.html>

Comité de los Derechos del Niño. (2009). *Observación General N° 12, El derecho del niño a ser escuchado*. Recuperado de <https://reddedalo.files.wordpress.com/2012/12/observacic3b3n-general-12-cdn.pdf>

Cordero, I. (2001). *La impugnación de la paternidad matrimonial*. Castellón, España: Universitat Jaume I.

Cornejo, H. (1999). *Derecho familiar peruano: Sociedad conyugal, Sociedad paterno filial, Amparo familiar del incapaz* (10a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Corral, H. (2003). La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*, 4(7), 241 – 262.

Recuperado de <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>

Corral, H. (2009). Acciones de filiación: legitimación y conflictos de intereses.

Revista de Derecho, 225-226, 53 – 90. Recuperado de www.revistadederecho.com/pdf.php?id=3080

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). *Opinión consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Forneron e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012 (fondo, reparaciones y costas)*.

Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Couso, J. (2006). El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia.

Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. *Revista de derechos del niño*, 3-4, 145-166. Recuperado de http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/revista%20derechos%203_4.pdf

Famá, M. (2011). *La filiación*. Recuperado de

<https://drive.google.com/folderview?id=0B1pnlnVjVdUPY2FXX2JOaIRsY1U&usp=sharing>

Fernandez, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

Freites, L. (2008). La convención internacional sobre los derechos del niño:

apuntes básicos. *Educere*, 12(42), 431-437. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>

- Frigerio, G. y Diker, G. (2008). *Infancia y derechos: Las raíces de la sostenibilidad. Aportes para un porvenir*. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001611/161137s.pdf>
- Galiano, G. (2012). *La convención sobre los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia. Máximo referente normativo de cultura jurídica para la infancia*. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ggm.pdf>
- Gallegos, Y. y Jara, R. (2008). *Manual de derecho de familia: Doctrina jurisprudencia y práctica*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- García, A. (2012). *La convención sobre los derechos del niño*. Recuperado de http://200.33.14.34:1033/archivos/pdfs/DH_105.pdf
- Gonzáles, M. (2011). *Derechos humanos de los niños: Una propuesta de fundamentación*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3041/1.pdf>
- Gonzáles, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid, España: Dykinson.
- Kemelmajer, A. (2008). El tiempo, algunos plazos procesales y sustanciales en Derecho de Familia, y su controvertida constitucionalidad. En E. Ferreira Bastos, M. B. Diaz (coords.). *A familia além dos mitos* (pp.1-36). Recuperado de <https://books.google.com.pe/books?isbn=8573089466>
- Liebel, M. (2009). Sobre la historia de los Derechos de la infancia. En M. Liebel, M. Martínez Muñoz (coords.). *Infancia y Derechos Humanos: Hacia una ciudadanía participante y protagónica* (pp.23-40). Recuperado de http://pendientedemigracion.ucm.es/info/polinfan/2010/Infancia_y_DDHH_Liebel_Martinez.pdf

- Lopez, D. y Silva, S. (2015). *Estática y dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicomprensivo de la identidad*. Recuperado de http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Lopez-silva_ESTATICA.pdf
- Lorenzo, M. (1984). Filiación. En M. Mendez, M. Lorenzo, S. Cadoche, D. D' Antonio, F. Ferrer, y C. Rolando (Comps.), *Derecho de familia* (T. II, pp. 8-56). Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.
- Medina, G. y Veloso, S. (2003). *La falta de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial*. Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/La-falta-de-legitimacion-del-padre-biologico.pdf>
- Méndez, M. (1986). *La filiación*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal y Culzoni.
- Mizrahi, M. (2002). *Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica*. Recuperado de <https://drive.google.com/folderview?id=0B1pnInVjVdUPY2FXX2JOaIRsY1U&usp=sharing>
- Mizrahi, M. (2004). *Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica*. Recuperado de <https://drive.google.com/folderview?id=0B1pnInVjVdUPY2FXX2JOaIRsY1U&usp=sharing>
- Mizrahi, M. (2005). *Prueba biológica y filiación*. Recuperado de <https://drive.google.com/folderview?id=0B1pnInVjVdUPY2FXX2JOaIRsY1U&usp=sharing>

- Monge, L. (2006). Presunción de Filiación matrimonial. En Gaceta Jurídica, *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas* (Vol. II, pp. 675-678). Lima: Autor.
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2(3), 87-108. Recuperado de <http://www.masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>
- Ortega, R. (2011). *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28281.pdf>
- Pellegrini, M. (2007). *Caducidad de las acciones de filiación: implicancias constitucionales*. Recuperado de <http://www.dupratpellegrini.com.ar/publicaciones/MVP-Caducidad-acciones-filiacion-RDF-2007.pdf>.
- Peralta, J. (2008). *Derecho de familia en el código civil* (4a ed.). Lima, Perú: Idemsa.
- Plácido, A. (2002). *Manual de derecho de familia* (2a ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Plácido, A. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez, J. (1994). *La filiación y el derecho comparado*. Recuperado de <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/search/authors/view?firstName>

=Jos%C3%A9&middleName=Miguel&lastName=Rodr%C3%ADguez%20
Zamora&affiliation=&country=CR

- Ruiz, R. (2007). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Urbe et Ius*, 20. Recuperado de <http://www.urbeetius.org/articulos-y-entrevistas/item/190-la-distinci%C3%B3n-entre-reglas-y-principios-y-sus-implicaciones-en-la-aplicaci%C3%B3n-del-derecho>
- Siverino, P. (2013). Derecho a la identidad y verdad biológica: una sintética visión desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 179, 13-18.
- Varsi, E. y Siverino, P. (2006). Determinación de la paternidad matrimonial. En *Gaceta Jurídica, Código civil comentado por los 100 mejores especialistas* (T.II, pp. 659-674). Lima: Autor.
- Varsi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: En razón de la ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad – Procreación asistida y socioafectividad-* (2a ed.). Lima: Jurista Editores.
- Varsi, E. y Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *Actualidad Jurídica*, 200, 57-64.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: Derecho de la Filiación* (T. IV). Lima: Gaceta Jurídica.
- Viale, F. (2013). Legitimidad para obrar. *Derecho PUCP*, 0(48), 29 - 49.
Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6712/6826>

Villar, M. (2008). *Interés superior del menor, significado y alcances*. Recuperado de <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>

Yungano, A. (2001). *Derecho de familia: Teoría y práctica* (3a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Macchi.

Zermatten, J. (2003). *El interés Superior del Niño: Del Análisis literal al alcance filosófico, Informe de trabajo 3-2003*. Recuperado de http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf





ANEXO 01
GUÍA DE INVESTIGACIÓN DE CONTENIDO

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

1.1. TÍTULO.....

1.2.- AUTOR.....

1.3.- LUGAR DE EDICION.....AÑO.....

1.4.- EDITORIAL.....

II CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

FUNDAMENTO	ARGUMENTO	PÁG.	COMENTARIO U OBSERVACIONES

ANEXO 02
PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO
CIVIL REFERIDOS A LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Convención sobre los derechos del niño establece en su artículo 3° que:

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

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

La regulación de la acción de impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, debe lograr una protección integral del niño ante el conflicto que se genera por la disolución del vínculo filial, primando su interés por sobre el de los demás sujetos involucrados en la impugnación de la paternidad. Se trata de

asegurar que en cualquier toma de decisiones que afecte a un niño, se tome en cuenta en forma prioritaria sus intereses

En las situaciones de cuestionamiento del vínculo paterno filial los derechos del niño involucrados y que deben ser observados para delimitar una fórmula que asegure su cumplimiento y su prevalencia en la controversia, son el derecho a su identidad, proyectado en la Convención a través del derecho del niño a conocer a sus padres (artículo 7 CDN) y a preservar su identidad (artículo 8 CDN); y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, conforme a su edad y madurez (artículo 12 CDN).

La regulación de la acción de impugnación de la paternidad determinada por el matrimonio, tanto en la previsión de los supuestos de impugnación y de improcedencia, los sujetos legitimados para obrar, así como los plazos para accionar, deben relacionarse y estar en armonía con el interés superior del niño.

Como lineamientos a observar en la regulación de la impugnación de paternidad de acuerdo al principio del interés superior del niño, corresponde construir la paternidad legal atendiendo a la realidad no sólo genética sino también la afectiva y social; sistematizando de procedencia e improcedencia ligados a la posesión de estado, que existiendo en el conflicto otros sujetos involucrados directamente, siendo estos el niño mismo, el padre biológico o la madre, su accionar debe ser permitido, regulándose el mismo siempre de acuerdo al interés del niño; que se definan claramente los plazos establecidos para cada uno de estos sujetos, que por ejemplo en el caso del marido el término

de inicio del plazo para impugnar se considere desde el momento que se tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad para impedir manipulaciones del mismo que hagan que la acción se convierta en imprescriptible; asimismo, que en cada proceso se observe el derecho del niño a ser oído.

De tal manera deben distinguirse los supuestos de negación e impugnación de paternidad, que lo que determinan las pruebas biológicas no puede actuar como un supuesto de procedencia de impugnación, sino tan solo como un medio probatorio de la misma, optando por un sistema abierto en el caso de la impugnación rigurosa; que se incorporen como legitimados el hijo, la madre y el padre biológico, limitando la actuación de estos últimos a demostrar que se hace en interés del niño; que se someta al marido al plazo de impugnación de un año desde el conocimiento del parto, salvo que ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica, que el hijo pueda actuar en cualquier tiempo, la madre antes de un año del nacimiento y el supuesto progenitor pueda actuar siempre que no exista relación socio familiar en el padre legal y el hijo, dentro del plazo de un año desde que tuvo conocimiento de la verdad biológica o desde el cese de la posesión de estado. Negándose la impugnación a todos cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento, salvo si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar tal regla. Y como se refirió, incorporando una norma específica sobre el derecho del niño a ser oído en el proceso.

El adecuado establecimiento de la filiación es respecto del niño un derecho, y una necesidad; y el mismo debe regularse tomando en cuenta el principio de interés superior del niño efectuando una propuesta coherente con los derechos establecidos en la Convención sobre derechos del niño.

2. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A partir de la incorporación a nuestra legislación la Convención sobre los Derechos del Niño nuestro país se encuentra necesariamente obligado a replantear el contenido de las normas en materia de filiación, específicamente en cuanto a impugnación de paternidad matrimonial para garantizar el respeto del interés superior del niño.

El efecto de la presente norma afianzará el respeto del principio del interés superior del niño, cumpliendo el Perú con adecuar el orden normativo interno a los distintos tratados internacionales por él ratificados, que al caso atañe la Convención sobre los Derechos del Niño.

3. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La aprobación de la presente iniciativa legislativa, no genera gastos al presupuesto público, pues no requiere de la implementación de logística adicional a partir del aparato judicial existente, estando sus beneficios dirigidos al respeto irrestricto del principio del interés superior del niño que garantiza la Convención sobre los derechos del niño.

4. FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL REFERIDOS A LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Artículo 1.- Modifíquense los artículos 362°, 363°, 364°, 366°, 367°, 368°, 369° y 376°; e incorpórese los artículos 376-A, 376-B, 376-C del Código Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 295, los cuales tendrán el texto siguiente:

“Artículo 362.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido.

El marido podrá negar judicialmente la paternidad:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando está judicialmente separado durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

La acción 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.

Si se prueba que el marido tenía conocimiento del embarazo antes del matrimonio o que ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, la negación debe ser

desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos siguientes.

Artículo 363.- La paternidad determinada por el matrimonio puede ser impugnada alegando que la presunción legal no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen.

Artículo 364.- La acción de impugnación de la paternidad puede ser ejercida por:

1. El marido,
2. El hijo,
3. La madre, por cuenta propia o en representación del hijo. En ambos casos, la demanda sólo será admitida si se demuestra actuar en interés de éste, y
4. El padre biológico, quien deberá plantear conjuntamente la acción de reclamación y acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda.

El marido podrá impugnar la paternidad matrimonial en el plazo de un año desde el conocimiento del parto; salvo que aquél ignore su no paternidad, en cuyo caso el plazo se empezará a contar desde que tuvo posibilidad de conocer la verdad biológica.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

Para la madre la acción caduca si transcurre un año desde el nacimiento.

El supuesto progenitor puede impugnar la paternidad siempre que no exista relación socio familiar en el padre legal y el hijo, dentro del plazo de un año contado desde que tuvo conocimiento de la verdad biológica o desde el cese de la posesión de estado.

Nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento, salvo la excepción señalada en el artículo 376°.

Artículo 367.- Los herederos y ascendientes del marido pueden iniciar la acción correspondiente si él hubiese muerto antes de vencerse los plazos señalados en los artículos 362° y 364°, por el tiempo que faltare para completar los mismos y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

Artículo 368.- La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los mismos plazos señalados en los artículos 362° y 364°, contados desde cesada su incapacidad.

Artículo 369.- La acción iniciada por el marido se interpone conjuntamente contra el hijo y la madre, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 606, inciso

Artículo 376.- Nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado conforme al título haya durado al menos cinco años desde el nacimiento.

La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras.

Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico, habilitándose la acción correspondiente al hijo o a uno de los progenitores.

Artículo 376-A.- La posesión notoria de estado de hijo respecto de determinada persona, consiste en que éste lo haya tratado como tal, proveyendo a su manutención y educación y presentándolo con ese carácter a terceros; y que éstos lo hayan considerado como tal.

Artículo 376-B.- De oficio o a petición de parte, el juez vinculará al proceso, siempre que fuere posible, al presunto padre biológico, con el fin de que su paternidad sea declarada en el mismo proceso.

Artículo 376-C.- En el proceso, el niño tiene derecho a ser oído. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento.

Artículo 2.- Deróguense los artículos 366°, 370°, 402°, segundo párrafo del inciso 6 y, 404°, del Código Civil, promulgado por Decreto Legislativo N° 295.

Artículo 3.- La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

