



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DENTRO DE
LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA
DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL,
LIMA 2016”**

PRESENTADO POR:

HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

ASESOR METODOLOGO : Dr. Edwin Barrios Valer
ASESOR TEMATICO : Dra. Nélide Rosalbina Pineda Huerta

LIMA, PERÚ

2017



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS N° 065-T-2017-OIYPS-FDYCP-UAP

Visto, el Oficio N° 177-2017-OGYT-FDYCP-UAP, de fecha 25.08.2017 de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final de trabajo de Investigación presentado por el/la bachiller **JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES**, a fin que se declare expedito para sustentar la tesis titulada **"IMPORTANCIA DE LA ACCION CONTESTATORIA DENTRO LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"**.

CONSIDERANDO

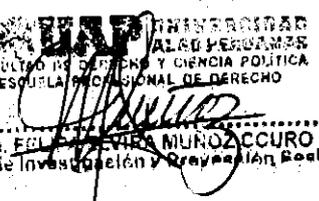
Que, el Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución Rectoral N° 15949-2015.R-UAP de fecha 28.12.2015, contempla las disposiciones normativas correspondientes a las funciones de las Oficinas de Investigación, el mismo que concuerda con lo dispuesto por el Reglamento de Investigación e Innovación Tecnológica aprobado por Resolución Rectoral N° 17483-2017-R-UAP de fecha 15.12.2016.

Que, de la revisión de la tesis, se aprecia que esta cuenta con el informe de el/la asesor/a metodólogo Dr. Edwin Barrios Valer de fecha 07 de setiembre de 2017, y el informe de el/la asesor/a temático Mg. Néida Pineda Huerta de fecha 11 de setiembre de 2017, informes que señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

DICTAMEN

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido de el/la bachiller **JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES**, esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**; titulada **"IMPORTANCIA DE LA ACCION CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL LIMA 2016"** debiendo el/la interesado/a continuar y cumplir con el proceso y procedimiento para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 28 de setiembre de 2017


UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO
Dra. FELISA VIVERO MUÑOZ CURO
Jefa de Investigación y Creación Social

FEMCjmu

INFORME N° 006-EBV-T-2017

AL : **Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.d**
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : **Dr. Edwin Barrios Valer**
Docente Asesor
Código N° 022715

REFERENCIA: Resolución Decanal N° 1853 – 2017 – FDYCP - UAP

ASUNTO : Asesoría metodológica: Tesis

BACHILLER: **HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO**
Título: "IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"

FECHA : 07 de septiembre de 2017.

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Con relación al título del tema de investigación consideramos, que cumple con los requisitos para un trabajo de investigación a nivel de pregrado.

DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Descripción de la realidad problemática, este acápite del trabajo de investigación cuenta con los requisitos y naturaleza de un estudio coherente, el mismo que obedece a los métodos deductivo e inductivo.

DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

- Análisis de Tablas y Gráficos, cumple con los requisitos de la universidad.
- Discusión de Resultados, desarrolló de acuerdo a las exigencias de un trabajo de investigación de nivel universitario.
- Conclusiones: guardan relación directa con los objetivos de investigación.
- Recomendaciones, guardan relación directa con las conclusiones.
- Fuentes de información, fueron desarrolladas, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición

ANEXOS

Matriz de Consistencia, se observa en los anexos.

Instrumento(s), se observan en los anexos

Validación de instrumento por expertos (Ficha de validación del instrumento. Juicio de expertos), se observan en los anexos.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto metodológico** considero que el bachiller HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO, ha realizado la **tesis** conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentada.

Atentamente,



Dr. EDWIN BARRIOS VALER
Asesor Metodólogo
Código N° 022715

INFORME N° 001-NRPH-T-2017

AL : **Dr. Ricardo Alfredo Díaz Bazán Ph.d**
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

DE : **Mtro. Nélide Rosalbina Pineda Huerta**
Docente Asesor
Código N° 039355

REFERENCIA: Resolución Decanal N°1853 – 2017 – FDYCP - UAP

ASUNTO : Asesoría temática: Tesis

BACHILLER : **HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO**
Título: "IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"

FECHA : 11 de Setiembre de 2017

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo:

1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP** que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**.

2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

Con relación al título del tema de investigación consideramos

DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- Descripción de la realidad problemática, este acápite del trabajo de investigación cuenta con los requisitos y naturaleza de un estudio coherente, el mismo que obedece a los métodos deductivo e inductivo derivado. un problema social existente en nuestro país.
- Delimitación de la investigación, se hizo de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas, tomando en cuenta la delimitación espacial, temporal, social y conceptual.
- Problemas de la Investigación, respecto a este punto neurálgico, el bachiller: HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO, ha desarrollado tanto el problema general como los problemas específicos, de acuerdo a una adecuada operacionalización de las variables teniendo en cuenta las dimensiones acorde con el problema planteado..

- Objetivos de la investigación, se observa un planteamiento adecuado de los mismos, tanto del objetivo general, como de los específicos, además fueron redactados con verbos en infinitivo, tal como advierte la teoría, teniendo relación la formulación del problema.
- Hipótesis y variables de la investigación, existe un planteamiento adecuado de las mismas, obedeciendo a la formulación del problema.
- Metodología de la investigación, expresa un planteamiento metodológico adecuado de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas.
- Justificación e importancia de la investigación, referente a este punto, el tesista considera su justificación de acuerdo a los criterios establecidos por la teoría de la investigación científica, acorde al planteamiento desarrollado.

EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

- Antecedente de la Investigación, considera adecuadamente, tanto los antecedentes internacionales, como los nacionales y locales, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición, en búsqueda de solución al problema planteado.
- Bases Teóricas, considera adecuadamente todo el fundamento teórico del trabajo de investigación, tomando en cuenta la importancia de los temas a partir de las variables de investigación, siempre tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA.
- Bases Legales, considera la normativa vigente, respecto al tema materia de estudio, tomando en cuenta los diferentes cuerpos legales existentes, tanto en el país como en el extranjero.

Definición de Términos Básicos, conceptúa los términos, relacionados con las variables y dimensiones del tema materia de investigación, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición

DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

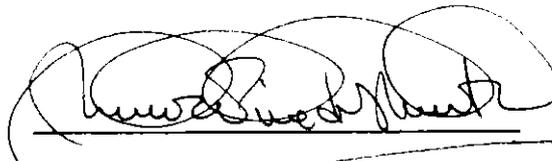
- Discusión de Resultados, desarrolló de acuerdo a las exigencias de un trabajo de investigación de nivel universitario.
- Conclusiones: guardan relación directa con los objetivos de investigación.
- Recomendaciones, guardan relación directa con las conclusiones.
- Fuentes de información, fueron desarrolladas, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto temático** considero que el bachiller HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO ha realizado la tesis conforme exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentado.

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **aspecto metodológico** considero que el bachiller, ha realizado la tesis conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentada.

Atentamente,



Mtro. NÉLIDA ROSALBINA PINEDA HUERTA
Asesor Temático
Código N° 039355

DEDICATORIA

Primero se la dedico a Dios quién supo guiarme por el buen Camino.

Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, me enseñaron todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi empeño, mi perseverancia en conseguir mis objetivos.

A mi esposa por sus palabras, confianza, por su amor y brindarme el tiempo necesario para realizarme profesionalmente.

Y a mis hijos que me llenan de amor, permanente cariño y felicidad.

JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES

Agradecimientos

A la UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

A mis DOCENTES por su esfuerzo y dedicación, quienes con sus conocimientos, experiencias y motivaciones han logrado en mí que pueda terminar mis estudios con éxito.

De igual manera agradecer a los Doctores en Metodología y temática por su visión y análisis de mi tesis de investigación.

Muchas gracias y que Dios los bendiga.

JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES

Reconocimientos

A la UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS, por brindarme la oportunidad de desarrollarme como profesional y optar por el Título en Derecho.

Índice

	Pág.
Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Resumen	viii
Abstract	9
Introducción	10
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1. Descripción de la realidad problemática	12
1.2. Delimitación de la investigación	16
1.2.1. Delimitación espacial	16
1.2.2. Delimitación social	16
1.2.3. Delimitación temporal	16
1.2.4. Delimitación conceptual	17
1.3. Problema de investigación	17
1.3.1. Problema general	17
1.3.2. Problemas específicos	18
1.4. Objetivos de la investigación	18
1.4.1. Objetivo general	18
1.4.2. Objetivos específicos	18
1.5. Hipótesis y Variables de la Investigación	18
1.5.1. Hipótesis General	18
1.5.2. Hipótesis Específicas	19
1.5.3. Variables (Definición conceptual y Operacional)	19
1.5.3.1. Definición Conceptual	19
1.5.3.2. Operacionalización de las Variables	20

1.6. Metodología de La Investigación	20
1.6.1. Tipo y Nivel de la investigación	20
a) Tipo de investigación	20
b) Nivel de Investigación	21
1.6.2. Método y Diseño de la Investigación	21
a) Método de investigación	21
b) Diseño de investigación	21
1.6.3. Población y Muestra de investigación	22
a) Población	22
b) Muestra	22
c) Muestreo	22
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	22
a) Técnicas	22
b) Instrumentos	22
1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones	23
a) Justificación	23
b) Importancia	25
c) Limitaciones	25
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	27
2.1 Antecedentes de la Investigación	27
2.2 Bases Legales	41
2.3 Bases Teóricas	50
2.4. Definición de términos.	101
CAPÍTULO III:	
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	105
3.1. Análisis de Tabla y Gráficos	105
3.3.1. Prueba de Hipótesis	113
3.2. Discusión de resultados	118
3.3. Conclusiones	123

3.4. Recomendaciones	124
3.5. Fuentes de información	125
ANEXOS:	132
- Anexo: 1 Matriz de Consistencia	133
- Anexo: 2 Instrumentos	134
- Anexo: 3 Anteproyecto de Ley	137
- Anexo: 4 Validez y confiabilidad de los instrumentos	143

Resumen

La presente tesis denominada: "IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016", busca determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestataria y la desvinculación de la paternidad matrimonial, Lima 2016.

El presente estudio de investigación se realizó bajo el enfoque cuantitativo, referente al tipo de investigación pertenece a la investigación básica, en lo que a método se refiere, obedece a los métodos lógicos generales de investigación: deductivo, inductivo, analítico, sintético y la observación como método empírico, respecto al nivel corresponde al nivel correlacional, en cuanto al diseño de investigación corresponde al diseño no experimental, correlacional, transversal, con referencia a la técnica de investigación, se eligió la encuesta y como instrumentos, dos cuestionarios (sobre la acción contestataria y la desvinculación de la paternidad matrimonial, en cuanto a la población se tuvo en consideración a abogados especializados en Derecho de Familia, estuvo constituida por 320 letrados, pertenecientes al Distrito Judicial de Lima Sur y la muestra, estuvo constituida por 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, el muestreo corresponde al muestreo no probabilístico, a criterio del investigador, tomando en cuenta ciertas características propias del estudio.

Finalmente se estableció que existe una relación significativa positiva entre las dos variables de la acción contestataria y la paternidad matrimonial, tal como se corrobora con el estadígrafo Rho de Spearman, igual a 0,914, que indica que existe una correlación positiva alta.

Palabras Claves: prescripción de la acción contestataria, Paternidad matrimonial.

Abstract

The present thesis entitled: "IMPORTANCE OF THE ACTION FOR ANSWERING WITHIN THE 3 YEARS OF THE BIRTH OF THE CHILD IN THE DETERMINATION OF MATRIMONIAL PATERNITY, LIMA 2016", seeks to determine the relationship between the prescription of the contestation action and the untying of the matrimonial paternity, Lima 2016.

The present research study was conducted under the quantitative approach, referring to the type of research belongs to basic research, as far as method is concerned, obeys the general logical methods of research: deductive, inductive, analytical, synthetic and observation as an empirical method, with respect to the level corresponds to the correlation level, as far as the research design corresponds to the non-experimental, correlational, transverse design, with reference to the research technique, the survey was chosen and as instruments, two questionnaires and the separation of married paternity, in the population was taken into account lawyers specialized in Family Law, was made up of 320 lawyers, belonging to the Judicial District of South Lima and the sample, consisted of 42 lawyers specialized in Family Law, of the Judicial District of Lima Sur, sampling corresponds to non-probabilistic sampling, at the discretion of the researcher, taking into account certain characteristics of the study.

Finally, it was established that there is a significant positive relationship between the two variables of the contestatory action and matrimonial paternity, as confirmed by the statistician Rho de Spearman, equal to 0.914, which indicates that there is a high positive correlation.

Key Words: prescription of contestatory action, matrimonial paternity.

Introducción

La presente tesis es una investigación que tiene por objeto la relación que existe entre la importancia de la acción constestatoria y la desvinculación de la Paternidad matrimonial dentro de los 03 años del nacimiento del hijo, considerando que la presunción "pater is est", como institución del derecho de familia, a la luz de los principios constitucionales del ordenamiento jurídico peruano que influye en todo el sistema sobre la base del principio de jerarquía. Partiremos de la idea de que el ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado y en algunas instituciones han transformado sus contenidos con el objeto de adecuarse a los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho. Considerando el concepto de familia, los roles de los cónyuges, los deberes que se derivan del matrimonio, los derechos del niño, el principio de unidad de la filiación y el de igualdad y no discriminación.

La presente tesis está constituida por tres capítulos que se describen a continuación:

El Capítulo I: se refiere al planteamiento del problema, que a su vez está constituido por la descripción de la realidad problemática, delimitación de la realidad problemática, formulación del problema de investigación, objetivos, justificación de la investigación y limitación de la investigación.

El Capítulo II: está referido al marco teórico, que a su vez contiene, antecedentes del estudio de investigación, bases legales, bases teóricas y la definición de términos básicos.

El Capítulo III, referido a la presentación, análisis e interpretación de resultados, que a su vez contiene: análisis de tablas y gráficos, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones y fuentes de información.

Finalmente, el informe de tesis considera los anexos y los documentos que corroboran la realización del trabajo de investigación, los mismos que son: la matriz de consistencia, los instrumentos de investigación, además de validez y confiabilidad de los instrumentos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

A nivel internacional, la presunción de paternidad en la acción de contestación en un determinado tiempo que tiene el marido de acuerdo a la ley se ve reflejado en varios países, siendo incluso refutados o catalogados como inconstitucionales por las jurisprudencias dictadas en los países o por trabajos presentados como este el oposición a la prescripción de la acción de contestación en un tiempo muy breve sin tomar en cuenta los derechos del niño, así tomamos el caso de Argentina, donde se promulgó una sentencia que cataloga de inconstitucional el artículo 259 del Código Civil (posteriormente modificado al artículo 591 por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación) que dice:

La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción

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

Con referencia internacional a la actual modificatoria al nuevo Código Civil y Comercial argentino en su artículo 591. Acción de negación de filiación presumida por la ley, se expresa que, 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 el cónyuge tenían 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.

Como podemos observar en Argentina resulta lo mismo cuando se habla de dar un breve y determinado tiempo para que el cónyuge marido de la mujer pueda impugnar su paternidad y el padre biológico pueda reconocer al niño, el problema se da cuando pasa este breve tiempo y el padre cónyuge de la mujer casada se entera o se presenta después de pasado el tiempo el padre biológico y desea reconocer a su hijo aún menor de edad, sin embargo; la ley se lo impide, puesto que para esto el padre cónyuge debió negar al niño con la acción de contestación dentro del plazo establecido perdiendo el niño la oportunidad de crecer y desarrollar su identidad al lado de su padre biológico.

Mismo caso resulta así en Perú cuando el artículo 364 del Código Civil peruano, se afirma que sólo el marido puede impugnar su paternidad pero dentro de un plazo establecido por ley.

Es así que el artículo 364, expresa: 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.

Esto es, que se vulneraría en todo caso el derecho a la identidad del niño y el principio del interés superior del niño, todo cuanto no se prevé que el menor requiera conocer a su padre biológico cuando está en plena etapa de construcción de su identidad, sino que limita a los mayores a actuar frente a esta situación.

En el Perú, se han presentado casos de demandas sobre la filiación matrimonial, donde la jurisprudencia pudo dictar a favor del derecho a la identidad del niño y se basó en ella para dictar sentencia en favor de este. Es así que el caso de la jurisprudencia dictada por la CAS. 2810-06 – LIMA - Impugnación de Paternidad – derecho a la identidad, dice lo siguiente en sus fundamentos tercero, sexto, séptimo y octavo:

“TERCERO: Que la Sala Superior de Familia de Lima, es de criterio distinto al del A qua y no ha aplicado el aludido dispositivo legal, señalando preferir la norma contenida en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, que consagra el derecho de toda persona a su identidad, así como el de los padres a que se le reconozca y ejerzan su paternidad, concordante con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, que prevé el derecho a la identidad que tiene todo menor de edad, lo que incluye el derecho a tener nombre y de conocer a sus padres y llevar sus apellidos, siendo obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal concordante, como con dispositivos de orden internacional, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 8), la Convención Americana y el Pacto Civil de Derecho Civiles y Políticos que el Perú ha suscrito, que protegen y velan por el interés superior del niño; SEXTO: Que si bien la demanda interpuesta

está sujeta a un plazo de caducidad, que incide sobre la validez de la relación procesal según el cual el juzgador está en la obligación de verificar las condiciones de la acción para proseguir el trámite del proceso; sin embargo, 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 que haga posible lograr la paz social en justicia, según lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil; SÉTIMO: Que no se puede por tanto, en base a una situación netamente procesal, emitirse un pronunciamiento inhibitorio cuando en atención al interés superior del niño establecido en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niños y los Adolescentes, 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 en virtud a las pruebas aportadas por las partes y a los que el juzgador estime conveniente actuar de oficio para dilucidar la controversia; OCTAVO: Que la Sala de Familia al preferir la norma Constitucional a la norma legal, no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa que nuestro ordenamiento constitucional prevé en su artículo 51 concordante con el artículo 138 segundo párrafo de la propia Constitución y con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil.

Es así que podemos llegar a denotar que el artículo 364 está vulnerando el derecho a la identidad del niño y el principio de interés superior de éste, todo cuanto se limita al marido de la mujer casada presunto padre del menor a presentar su acción de contestación para que el niño pueda tener la oportunidad de conocer a su verdadero padre biológico y desarrollar a plenitud su identidad.

Prognosis: Por cuanto se ha podido observar, es importante analizar la modificación del artículo 364 del Código Civil, aplazando el tiempo para que el marido pueda impugnar su paternidad y así el padre biológico pueda presentarse y afirmar su paternidad con la prueba de ADN mientras el niño esté antes de los 3 años de edad, esto es, se plantea en la tesis que la presunción de la paternidad matrimonial pueda no afectar el derecho a la identidad del niño y predomine el

interés superior de este, puesto que es en esta etapa donde la identidad de una persona está en construcción y es de vital importancia que se mantenga ese proceso de impugnación o acción de contestación a la negación de paternidad durante este tiempo mas no por el breve tiempo que la ley estipula.

Control de prognosis: Se debe tomar siempre en cuenta que las leyes que se emitan e incluyan a los niños deben respetar derechos constitucionales e incluso internacionales de estos, ya que conforme avanza el tiempo, los derechos de los niños van cobrando mayor importancia para el desarrollo del país, es por ello que jurisprudencias como la citada en párrafos anteriores emite fundamentos en favor de la crítica que se viene explicando por cuanto no debe dejar de emitirse jurisprudencia ante casos que se presentan cuando el tiempo que la ley dicta ha pasado y pese a ello el padre biológico desea reconocer a su hijo, pero se ve impedido por cuanto el marido de la mujer casada no puede presentar ya la acción de contestación e impugnar su paternidad creando conflicto legales a estos y siendo vulnerados derechos fundamentales e imprescindibles para el niño.

1.2. Delimitaciones de la investigación.

1.2.1 Social

El presente trabajo de investigación se desarrolló con abogados especialistas en Derecho de Familia, del Distrito judicial de Lima Sur, además involucra a las familias de dicha jurisdicción.

1.2.2 Espacial

Se realizó en el ámbito geográfico del Distrito judicial de Lima Sur.

1.2.3 Temporal

La investigación se llevó a cabo en el año 2016.

1.2.4 Conceptual

Prescriptibilidad de la acción contestatoria: Se basa en la concepción de autores como Borda G., (1989, págs. 20-21). Que denominan también acción de negación.

Así mismo la simple negación, formulado por Zannoni, E. (1998, pág. 455) acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio.

Sobre la suspensión del deber de cohabitación entre los cónyuges en caso de negación de paternidad, formulado por (CORNEJO CHÁVEZ, 1999, pág. 381)

Paternidad matrimonial: De acuerdo con el sentido del *pater is*, para Sánchez G.V. (2009) La paternidad es un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba.

Es importante el criterio de filiación de La Cruz Berdejo, J.L., (1984, pág. 505).

Sobre el Derecho del niño a la protección emocional que garanticen su equilibrio psicológico, por Vargas M.R. (2011, p.133).

1.3. Problema de investigación

1.3.1. Problema General

¿Qué relación existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016?

1.3.2. Problemas Específicos

- a. ¿Qué relación existe entre la prescripción de la acción contestatoria y protección de la familia, Lima - 2016?
- b. ¿Qué relación existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la prevalencia de la verdad biológica, Lima - 2016?
- c. ¿Qué relación existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima - 2016?

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo General

Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.

1.4.2. Objetivos Específicos

- a) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016.
- b) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la prevalencia de la verdad biológica, Lima - 2016.
- c) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima – 2016.

1.5 Hipótesis y Variables de la Investigación

1.5.1. Hipótesis General:

Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.

1.5.2. Hipótesis Específicas:

- a) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016.
- b) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la prevalencia de la verdad biológica, Lima - 2016.
- c) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima - 2016.

1.5.3. Variables (Definición conceptual y Operacional)

1.5.3.1. Definición conceptual.

Prescriptibilidad de la acción contestatoria: Se basa en la concepción de autores como Borda G., (1989, págs. 20-21), que denominan también acción de negación.

Así mismo la simple negación, formulado por Zannoni, E. (1998, pág. 455) acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio.

Sobre la suspensión del deber de cohabitación entre los cónyuges en caso de negación de paternidad, formulado por (Cornejo Chávez, 1999, pág. 381)

Paternidad matrimonial: De acuerdo con el sentido del *pater is*, para Sánchez G.V. (2009) La paternidad es un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba. Es importante el criterio de filiación de La Cruz Berdejo, J.L., (1984, pág. 505).

Sobre el Derecho del niño a la protección emocional que garanticen su equilibrio psicológico, por Vargas M.R. (2011, p.133)

1. 5.3.2. Operacionalización de las Variables

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Escala
V1: Prescripción de la acción contestatoria.	La prescripción de la acción contestatoria, se basa en la concepción de autores como Borda G., (1989, págs. 20-21), que denominan también acción de negación. Así mismo la simple negación, formulado por Zannoni, E. (1998, pág. 455) acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio.	La prescripción de la acción contestatoria, es la acción de negación, que no permite que se ponga en relieve este procedimiento.	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Derecho a la identidad. ✓ Principio de interés superior del niño. ✓ Ejercicio de la acción 	Nominal Nominal Nominal
V1: Paternidad matrimonial	La paternidad matrimonial de acuerdo con el sentido del pater is, para Sánchez G.V. (2009) La paternidad es un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba. Es importante el criterio de filiación de La Cruz Berdejo, J.L., (1984, pág. 505).	Es la figura que concibe la objetividad en la paternidad del niño, que se da en una relación matrimonial formal.	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Protección de la familia. ✓ Prevalencia de la verdad biológica ✓ Paz familiar. 	Nominal Nominal Nominal

1.6 Metodología de la Investigación

1.6.1. Tipo y nivel de la investigación

a) Tipo de investigación:

El tipo de investigación que corresponde al presente trabajo de investigación es la investigación básica porque la intención del estudio es el aporte teórico y la caracterización jurídica conceptual de las variables: prescripción de la acción contestatoria y paternidad matrimonial, Lima durante el año 2016.

b) Nivel de Investigación:

El nivel de investigación asumido es el correlacional, porque el objetivo de la investigación es el de determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima durante el año 2016.

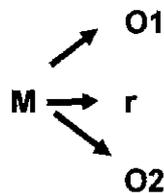
1.6.2. Método y diseño de la investigación

a) Método de la investigación:

Respecto al método de investigación, en el presente trabajo de investigación se utilizaron, tanto los métodos lógicos (Deductivo – Inductivo) como los métodos empíricos (Observación) para viabilizar el desarrollo de la presente tesis.

b) Diseño de investigación:

De acuerdo a las características de la presente investigación, el diseño corresponde al No Experimental, Correlacional, ya que mide el grado de relación entre las variables: prescripción de la acción contestatoria y paternidad matrimonial, el mismo que obedece al siguiente esquema:



M = muestra

O = observación

1, 2, = variables correlacionales: el principio de proporcionalidad en delitos sexuales y los derechos fundamentales.

r = relación entre las variables correlacionales: prescripción de la acción contestatoria y paternidad matrimonial.

1.6.3. Población y muestra de la Investigación

a) Población:

La población de estudio que según Hernández y Otros (2014) lo constituyen las personas o eventos que proporcionan la información para realizar el estudio, para el caso de la investigación realizada la población está constituida por: 320 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur.

b) Muestra:

La muestra de estudio que para Carrasco (2010) es una parte representativa de la población, en la presente investigación, está constituida por 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur.

c) Muestreo:

Respecto al muestreo, éste corresponde al muestreo No Probabilístico a criterio del investigador, tomando en cuenta ciertas características de los participantes.

1.6.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

a) Técnicas:

El presente trabajo de investigación, tuvo como técnica de recolección de información la encuesta, que por sus características es la idónea para este tipo de estudio.

b) Instrumentos:

Respecto a los instrumentos de recolección de información, estos son dos cuestionarios, que constan de 15 ítems cada uno (cuestionario sobre prescripción de la acción contestatoria y cuestionario sobre paternidad

matrimonial), que fueron elaborados de acuerdo a los indicadores, dimensiones y variables.

1.6.5. Justificación, Importancia y Limitaciones de la investigación

A) Justificación:

a) Justificación Teórica.

Para Briones G. (2002) en cuanto a la justificación teórica se refiere así: *“En el plano teórico, el aporte podría ser el conocimiento logrado por la confirmación de una hipótesis original propuesta por el investigador, dentro de un cuadro teórico apropiado o bien, la reconfirmación de una hipótesis formulada y verificada por otro investigador, etc.”* (p.25)

Ante lo expuesto por Briones, en el trabajo se viene a comprobar la importancia de la paternidad matrimonial y la prescripción de la acción de contestación en tanto los legisladores tomen en consideración que el artículo 364 del Código Civil está vulnerando los derechos fundamentales e imprescindibles para la formación de la identidad del niño.

b) Justificación Práctica.

Así lo expone Briones G. (2002): *“la utilización práctica podría ser un aporte a la solución de un problema social, como ayudar a rebajar la deserción escolar, la pobreza, la irresponsabilidad social, etc.”* (p.25)

Es evidente entonces que lo que se busca con el trabajo de tesis es brindarle mayor importancia a los derechos que se le han vulnerado a los niños dentro de un matrimonio por cuanto el artículo 364 del Código Civil así como otros que embargan el mismo tema limitan el accionar de padre matrimonial a que éste niegue al hijo producto de una relación extramatrimonial dentro de un determinado y breve plazo, pero lo que se busca con el tema es la ampliación

de este plazo hasta los 3 años de edad del niño por cuanto es en esta etapa en la que está en construcción su identidad.

c) Justificación Metodológica

Para esta justificación, Gómez B.S. afirma que:

Ahora bien, es importante considerar, antes de iniciar el proceso, los tiempos, los alcances y las posibilidades de la investigación. Por ello, conviene responder las siguientes preguntas: ¿dónde se investigará?, ¿qué tiempo existe para desarrollar la investigación?, ¿cuáles son los aspectos teóricos a revisar del tema?, ¿a quiénes se entrevistará, y cuáles deben ser sus características?, ¿qué es lo más relevante que se desea conocer? Plantear y delimitar un tema no es suficiente para establecer la importancia de la investigación; también se requiere señalar por qué es importante estudiar el tema, además de las repercusiones que implica, es decir, justificarlo. (p.27)

Fijar un plazo mayor al estipulado en la ley y las normas ayudaría y contribuiría con la regulación de los derechos fundamentales del niño como sujeto de derechos, se respetaría el principio de interés superior del niño al ser este un principio garantista, es imprescindible que los legisladores actúen frente a esta problemática y tomen en consideración derechos del niño protegidos tanto constitucional como internacionalmente.

d) Justificación Social

“Con la investigación, se llenará algún vacío de conocimiento?, se podrán generalizar los resultados a principios más amplios?, la información que se obtenga puede servir para revisar, desarrollar o apoyar una teoría?, ¿se podrá conocer en mayor medida el comportamiento de una o de diversas variables o la relación entre ellas?, ¿se ofrece la posibilidad de una exploración fructífera de algún fenómeno o ambiente?, ¿qué se espera saber con los resultados que no se conociera antes?, ¿se pueden sugerir ideas,

recomendaciones o hipótesis para futuros estudios?” (Hernández et. al. pág. 52)

Y es precisamente el caso que venimos a presentar, una búsqueda de solución frente a confusiones que se crean para los jueces que deben seguir aplicando justicia cuando las normas no favorecen para dar una determinada sanción, es así que nos hemos topado incluso con jurisprudencias donde los jueces prefieren optar por respetar los principios y derechos que la constitución resguarda y los derechos y principios que el Derecho Internacional protege, a fin de cumplir con hacer justicia con los padres que desean reconocer biológicamente a sus hijos pero se ven impedidos tanto el padre biológico como el padre marido de la mujer casada por cuanto el breve plazo que la ley fija ha pasado. Es importante que los legisladores se ocupen de esta problemática y puedan ampliar los plazos para la presentación de la acción contestatoria hasta la edad de los 3 años del niño por cuanto se encuentra hasta esa edad aproximadamente en una etapa de construcción de su identidad.

B) Importancia:

El presente trabajo de investigación tiene trascendental importancia en el campo del Derecho, ya que permitió establecer la relación existente entre el principio de proporcionalidad en delitos sexuales y los derechos fundamentales en la provincia de Leoncio Prado durante el periodo 2016.

C) Limitaciones:

En este tipo de trabajos, las limitaciones generalmente son de carácter económico, ya que por la misma naturaleza de estos trabajos no tienen financiación, ni del estado, ni mucho menos de la empresa privada, por lo

que tendrá que tuvo que ser solventada en su integridad por el investigador, esta dificultad fue absuelta por el investigador en su integridad.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes del estudio de investigación

2.1.1. Internacionales

Abadeano S. C. (2014) *La determinación de la paternidad en los hijos extramatrimoniales en la legislación ecuatoriana* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad Central del Ecuador. Quito.

CONCLUSIONES: El examen genético de (ADN) es considerado como suficiente para probar la filiación, y es obligatoria en los juicios de alimentos y paternidad. Sin embargo, en los casos de impugnación de reconocimiento o paternidad no siempre se ordena su práctica, pues va a depender del análisis de cada caso, y de no considerarse necesaria se dicta la respectiva resolución sin la práctica del examen genético, lo que trae como consecuencia que dicha resolución no cause autoridad de cosa juzgada sustancial. En el reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera de matrimonio, al no ser necesario

demostrar la paternidad o maternidad, se crea la posibilidad de los reconocimientos por complacencia, en los que, al hijo, se le adjudica una paternidad o maternidad diferente a la filiación que biológicamente es verdadera. Situación que únicamente puede cambiar, cuando una de las partes decide impugnarla, si tanto el reconociente como los representantes del reconocido optan por un silencio cómplice, se está perpetuando una identidad diferente y relegando al hijo de su auténtica identidad biológica. La legislación en nuestro país contiene disposiciones que requieren ser revisadas, para procurar una reforma necesaria. La efectividad de las pruebas científicas del examen de ADN para descartar o probar la paternidad o maternidad, y los derechos constitucionales que garantizan los derechos de los niños a su identidad, en concordancia con el principio del interés superior del niño, vuelven obsoletas disposiciones que regulan la determinación de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Por otro lado no se han normalizado cuestiones referentes a los métodos de reproducción asistida, en los cuales pueden presentarse dudas respecto de la paternidad, optándose ante su falta, por practicar dichos métodos únicamente entre personas casadas. El principio del interés superior del niño, es muy amplio y general por ello puede ser sujeto a varias interpretaciones respecto de lo que puede significar, alcanzar su desarrollo integral. En el caso del reconocimiento por complacencia. Se debería buscar la verdad sobre los orígenes biológicos del reconocido, para determinar quién es su verdadero padre o madre, o debería concederse la opción para que se pueda decidir asumir una paternidad creada por las circunstancias, dejando de lado la que corresponde biológicamente, porque la filiación creada ha demostrado ser más cierta que la biológica. La ley no puede decidir sobre cuestiones tan subjetivas, la ley debe demostrar lo que la naturaleza dice, que es lo que se haga con esa verdad le corresponde a los involucrados. Recomendaciones: La necesidad de actualización

de nuestra legislación en cuanto a las pruebas necesarias para establecer la filiación, pues la prueba de ADN hace innecesarias u obsoletas algunas de ellas y que se encuentran determinadas como medios de prueba. Por ejemplo no debe ser considerada tan necesaria la convivencia como un indicio para establecer la paternidad, cuando las personas han optado por actitudes alejadas de la posibilidad de vivir juntos, en otras palabras mantienen relaciones sexuales sin necesidad de buscar la convivencia. En vista de que la situación económica, social no es igual para todos, se debe propender a la ampliación del laboratorio de genética o de ADN, de la Fiscalía General del Estado, de manera que no sea la falta de recursos económicos la que no permita el derecho de los niños, a conocer su identidad, su verdadera filiación, tanto en el caso de aquellos cuyo padre o madre no puede sufragarlos, pero especialmente de aquellos que se encuentran desprotegidos y bajo el cuidado de centros de ayuda, ellos también están amparados bajo las leyes ecuatorianas. Debe encontrarse una solución en el caso del mal asesoramiento legal o en los errores de forma que pueden presentarse en el proceso judicial, y provocan que los recursos sean desechados, y una de las partes en conflicto no pueda demostrar su verdad. Al buscar jurisprudencia sobre el tema de tesis, encontré, que varios recursos de casación sobre juicios que tenían relación a la filiación, fueron desechados por no haber sido planteados de forma adecuada, entonces no se pudo conocer cuál habría sido el criterio de la Corte Nacional de Justicia, si habría cambiado la filiación del hijo en ese fallo, se crea entonces la duda respecto de si se le privó o no al hijo, de su verdadera paternidad.

Valverde V. M. (2013) *La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías.* (Tesis para optar por el grado de

licenciatura en Derecho) Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Conclusiones: Al finalizar este trabajo, se llega a concluir que la presunción legítima de paternidad es un vínculo paterno-filial, que el ordenamiento jurídico atribuye de manera inmediata a todos los hijos nacidos dentro de un matrimonio, 300 días después de la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicialmente declarada o bien, a los nacidos 180 días después de la celebración del matrimonio cuando el marido -antes de casarse- tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, si al estar presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil o bien, cuando de cualquier modo lo admitió como tal. Asimismo, fue posible verificar que la normativa costarricense concede legitimación activa al padre biológico, al registral, a la madre y al hijo, para que presenten procesos con el fin de corregir los vínculos paterno-filiales. Para estos efectos, el Código de Familia reconoce procesos tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la impugnación de paternidad y la declaratoria de extramatrimonial. En lo que concierne a la complementariedad de la presunción legítima de paternidad con los Derechos Fundamentales, quedó fehacientemente demostrado que existe una estrecha relación con derechos, tales como: el derecho a la identidad, al nombre, el interés superior del niño, la verdad biológica y el derecho a la familia y convivencia familiar. En efecto, se concluye que al aplicar de manera estandarizada la presunción, se corre el riesgo de vulnerar estos Derechos Fundamentales; ya que en gran cantidad de casos no hay correspondencia entre la verdad biológica y la registral; de tal modo, hay padres que no son progenitores y progenitores que no son reconocidos como padres según la óptica del Derecho. Tal situación tiene repercusiones de índole personal y patrimonial; tanto en los padres biológicos y registrales, como en los hijos. Al respecto se determinó que el consignar como padre a un hombre que no es el progenitor ocasiona que los hijos tengan que

llevar el apellido de un individuo que no tiene relación biológica con él, de modo que si más adelante se lleva a cabo un proceso para corregir el vínculo paterno-filial, ese hijo tendrá que adaptarse a un nuevo nombre y en efecto, podría experimentar un quebranto en su identidad e inclusive en su dignidad. Precisamente, por esta razón, la autora de esta investigación considera indispensable llevar a cabo una reforma legal en cuatro sentidos. La primera de ellas para ampliar el plazo conferido en el artículo 73 del Código de Familia; de modo que los hombres tengan dos o tres años para presentar la impugnación de paternidad, en los casos en que hubo posesión notoria de estado. La segunda consiste en modificar el artículo 69 del Código de Familia, en el tanto el plazo de los 300 comience a correr a partir del momento en que se presenta la demanda; no desde cuando se declara la disolución del vínculo o la separación judicial. Para estos efectos el requisito sería que la demanda haya sido declarada con lugar. Asimismo, consideró oportuno crear una excepción al artículo 69, de modo que en los casos en los cuales la madre a pesar de que se encuentra casada indica que el padre biológico del bebé no es su esposo, se reconozca la posibilidad de deshabilitar el uso de la presunción legítima de paternidad; de forma que el hijo se inscriba de manera provisional, con los apellidos de su madre únicamente, hasta tanto se realice un trámite pertinente, el cual permita determinar si el esposo es o no el padre biológico. La intención de esta propuesta reside en tomar en cuenta el caso concreto; de modo que se logren contrarrestar las incongruencias entre la verdad biológica y la registral.

Arévalo D. I. (2014) *El derecho del niño a tener una filiación y una identidad auténticas.* (Tesis para optar el título de Maestría en Ciencias) Universidad Autónoma de Nueva León. Monterrey. Conclusiones. Hay que romper los paradigmas, que por tanto tiempo, no nos han permitido salir a flote. Ante la generalizada preocupación

de la pérdida de valores, la Humanidad está haciendo un alto en su camino, a fin de tomar conciencia sobre lo que está pasando: ¿Por dónde empezar? Pues, por la niñez este sector de la población parece como si todavía estuvieran a salvo. De nosotros depende que crezcan siendo hombres y mujeres de bien o que lleguen a ser todo lo contrario es una ardua labor pero indispensable. La educación por un lado es uno de los pilares y por el otro, están las leyes que son tarea nuestra. He analizado con suma atención el tema de la Filiación, por ser el primer vínculo que tiene una criatura con el mundo y he sugerido mediante esta tesis, que la identidad de los pequeños sea respetada por sobre todas las cosas, mediante la facilidad que se le dé a los progenitores verdaderos, para que sea registrado con el derecho que les corresponde por ser un lazo natural, que nadie ni nada lo debe violentar, porque forzar las relaciones en otro sentido, para cubrir falsas apariencias, es como si se alimentaran montones de bombas de tiempo, que lamentablemente ya están haciendo explosión en muchas casas, que han dejado de ser hogares, para convertirse en un lugar muy peligroso en donde se sufre de la violencia familiar. Pues sí sólo a través de la verdad, la niñez crecerá con una dignidad propia y auténticamente humana, con la que se sentirá con más libertad, más igualdad y sobre todo, con seguridad jurídica, que son, precisamente, los valores que nos permiten el acceso a la Justicia, cuyo alcance es el objetivo principal del Derecho. Para concluir, agrego que, otra razón de suma importancia es que al reconocerse la filiación auténtica, se fomentará un alto sentido de responsabilidad paternal y maternal, que se transmitirá de hecho y de derecho a los niños(as), quienes aprenderán a que igualmente ellos(as) tendrán que afrontar siempre las consecuencias de sus actos.

2.1.2. Nacionales

Gutiérrez E. M. (2013) *Los negocios jurídicos familiares: "el reconocimiento de hijo". Perfiles dogmáticos y jurisprudenciales.* (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil) Pontífice Universidad Católica del Perú. Lima. **CONCLUSIONES:** PRIMERA: El reconocimiento de hijo es uno de los medios legales que el ordenamiento civil establece para poder legitimar una filiación biológica, que debe tener como elemento objetivo la existencia de una realidad extrajurídica: el nexo biológico paterno-filial fruto de la procreación. Esta realidad constituye un hecho trascendental, aun así es necesaria la declaración efectuada por el progenitor para que adquiera relevancia jurídica y despliegue las consecuencias legales predeterminadas: la atribución de la patria potestad, los deberes de asistencia, guarda y alimentación así como también el régimen previsto para los derechos sucesorios. SEGUNDA: La importancia que tiene el reconocimiento de hijo en el ámbito de las relaciones jurídico-familiares, como acto generador del estado civil de las personas y de gran relevancia en cuanto a la determinación del contenido del derecho a la identidad, justifica la regulación especial que el ordenamiento civil otorga al reconocimiento. La unilateralidad, voluntariedad, formalidad, e irrevocabilidad son características plasmadas en normas de estricto cumplimiento que garantizan la protección de estos intereses familiares dignos de tutela. TERCERA: Para llegar a establecer la naturaleza del reconocimiento de hijo, ha sido necesario el análisis de las diversas teorías sobre el negocio jurídico, remontándonos a los orígenes y fundamentación de esta figura en el terreno de la doctrina jurídica con la finalidad de conocer su verdadero contenido y significado. Así manifestamos que se trata de una categoría jurídica que ha sistematizado los diversos fenómenos acontecidos en las relaciones interpersonales, detectando la

presencia de un elemento en común: la declaración de voluntad, presente también en las instituciones del derecho de familia. CUARTA: El reconocimiento de hijo es un negocio jurídico perteneciente al ámbito del derecho de familia, en el que la declaración de voluntad es necesaria para la determinación de la filiación. Dentro de la tipología, se trata de un negocio jurídico de fijación, concepto que tiene como idea la existencia de una situación de incertidumbre, que viene a ser el nacimiento de un hijo fuera del vínculo matrimonial. Por medio de estos negocios de fijación se constata esta situación preexistente y permite de esta manera que obtenga certeza en el plano jurídico. Este tipo específico no constituye, regula, modifica ni extingue una relación jurídica, sino fija una realidad biológica con la finalidad de que pueda adquirir relevancia jurídica.

Bravo C. G. (2016) *Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa* (Tesis para optar el Título de Abogada) Universidad Nacional del Altiplano. Puno.

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 biológica 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 socio afectiva 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. 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. RECOMENDACIONES 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.

RECOMENDACIONES 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.

Vargas M. R. (2011) *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984.* (TESIS Para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial) Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

Conclusiones y recomendaciones: PRIMERA: La dinámica familiar actual producto de las transformaciones socioeconómicas constituyen un aliciente en la transformación constante del Derecho de Familia y viceversa. SEGUNDA: Las relaciones familiares que surgen en la sociedad merecen ser amparadas por el Derecho de Familia y le imprimen a su vez, un fuerte contenido ético, moral, político y social, que lo convierte en un Derecho humanista, específico y singular. Dicho contenido determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, así como la necesidad de instrumentación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar. TERCERO: El análisis del derecho de familia y en concreto, de la presunción *pater is est* se debe realizar con parámetros de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en la medida que estos ejercen influencia sobre el primero, ya que de acuerdo al principio de jerarquía la Constitución es la norma máxima del ordenamiento, lo que es consecuencia del fenómeno denominado "constitucionalización del derecho". Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el ordenamiento peruano son: el principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad. CUARTO: La presunción *pater is est* ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto. QUINTO: Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre y B. las relaciones familiares: conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser cuidado por ellos. Conviene señalar que

ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes.

Mendoza R. J. (2015) Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica. (Tesis para optar el título de Abogado) Universidad Privada "Antenor Orrego". Trujillo. CONCLUSIONES PRIMERA: La impugnación de paternidad protege el derecho a la identidad biológica de un menor tanto en el Perú, como en los países de Argentina, Brasil y Costa Rica; permitiéndole de esta manera al menor conocer y convivir con sus padres biológicos. **CONCLUSIONES SEGUNDA:** El reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de mujer casada con padre diferente al marido, es aquel acto jurídico que presenta una declaración formal de paternidad realizada por el padre biológico del menor nacido dentro de un matrimonio. **CONCLUSIONES TERCERA:** Por la presunción pater is est prevalece la verdad simulada sobre la verdad identidad biológica, favoreciendo a que los hombres evadan sus obligaciones -legales y morales- concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio. **CONCLUSIONES CUARTA:** Para resolver las acciones judiciales de impugnación de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada, los Jueces deben priorizar los principios de protección especial del niño y el interés superior del niño. **CONCLUSIONES QUINTA:** El derecho a la identidad biológica de un hijo extramatrimonial de mujer casada, depende de la acción del marido para que el padre biológico asuma la paternidad. **CONCLUSIONES SEXTA:** La identidad biológica es un derecho fundamental constitucional, que permite al menor conocer su verdadero origen y hacer uso de los demás derechos tanto al padre como al hijo.

Pinella V. V. (2014) El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. (Tesis para optar el título de Abogado) Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo. CONCLUSIONES: Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela jurisdiccional y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico, entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección. La prueba del ADN (Ácido desoxirribonucleico) permite obtener con precisión la herencia genética y de esta manera otorgar un elevado grado de certeza en la inclusión o exclusión de la paternidad o de la maternidad, a efectos de imputar a quien corresponda esa serie de derechos, obligaciones y responsabilidades que derivan de la relación paterno – filial. La prueba de ADN coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como su derecho a la identidad, aunque algunas personas pretenden desnaturalizar el objeto de dicha prueba argumentando la preeminencia de otros derechos (debido proceso, tutela jurisdiccional, cosa juzgada), sin embargo, en un proceso de filiación extramatrimonial en donde exista un conflicto de derechos, estos no pueden tener el mismo alcance de los derechos del niño, los cuales deben prevalecer. El interés superior del niño es un principio garantista, el cual se enfoca en proteger al menor para su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico, y evitar así que circunstancias relacionadas a él trunquen su proyecto de vida o le

causen daños difícil de afrontar en el futuro, así pues mediante este principio el niño logra la plena satisfacción de sus derechos o por lo tanto cualquier decisión que se tome al respecto debe estar siempre orientada a garantizar los derechos del menor.

2.2. Bases Legales

Nacional:

Constitución Política del Perú

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Artículo 4°.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 6°.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y las informaciones adecuadas y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir

a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Código Civil:

Artículo 361.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

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 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."

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.

Código del niño y adolescente:

Artículo 6.- A la identidad.-

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

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

Sentencia peruana sobre el interés superior del niño y su derecho a la identidad biológica, gana el Concurso Internacional Justicia y Convencionalidad:

La Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema emitió una sentencia sobre derechos humanos que resultó como la más votada del Concurso internacional Justicia y Convencionalidad, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), al obtener el mayor número de votaciones por Internet del público de la región americana.

Se trata del fallo "Los derechos del niño y sus efectos en la protección del derecho humano fundamental a la identidad biológica" (Expediente N.º 3973-2014), emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en el año 2015.

En la etapa final del referido concurso, la sentencia peruana competía con veredictos similares de los poderes judiciales de Argentina, México, Colombia, Costa Rica y El Salvador, a los que dejó atrás al obtener un contundente 57.4 por ciento del total de votos públicos emitidos vía online.

De esta manera, resultó merecedora de un reconocimiento especial del certamen que organiza el IDHH con el apoyo del programa Derecho Internacional Regional y Acceso a la Justicia en América Latina (DIRAJUS) de la Cooperación Alemana GIZ.

En segundo lugar, quedó Colombia (con 14.5 por ciento), seguida de México (11.8 por ciento), Argentina (6.9) y El Salvador (6.8) y Costa Rica (2.6%).

La votación entre los países de la región interamericana se desarrolla de forma independiente al Concurso Justicia y Convencionalidad, cuyos resultados serán dados a conocer por el jurado en los próximos días.

La sentencia peruana, emitida por los jueces Hugo Sivina Hurtado, Ricardo Vinatea Medina, Baltazar Morales Parraguez y Silvia Rueda Fernández, estableció que el plazo de 90 días para impugnar la paternidad (Art. 400 del Código Civil) resulta lesivo a los derechos constitucionales, al interés superior del niño y al derecho a la identidad biológica, por lo que es aplicable el Control de Convencionalidad. (Suprema, 2015).

Internacionales:

Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN)

Artículo 7:

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8:

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 11:

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 23:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 24:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 10:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los

niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Argentina, Nuevo Código civil y Comercial:

Artículo 589.- La acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

Artículo 590.- Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad. 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.

Artículo 591.- Acción de negación de filiación presumida por la ley. 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 tenían 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.

Artículo 593.- Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Brasil Código Civil

Art. 1.598.- A menos que se demuestre lo contrario, si, antes de que el plazo contemplado en la sección II art. 1523, la mujer contraiga nuevo matrimonio y un hijo nacido a él, se presume del primer marido, nació dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la aprobación de esta y, el segundo, si se produce la luz después de que haya transcurrido este período y el plazo previsto Parte I del art. 1597.

Art. 1.601.- Es el marido el derecho a impugnar la paternidad de los hijos nacidos de su mujer, siendo imprescriptibles tal acción.

Párrafo único. Desafió a la afiliación, los herederos de la demandante con derecho a continuar la acción.

Costa Rica Código de Familia

Artículo 69: Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b. Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil y
- c. Si de cualquier modo lo admitió como tal.

Artículo 70: En contra de la presunción del artículo anterior, es admisible prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción del hijo.

El adulterio de la mujer no autoriza por sí mismo al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que lo hubo durante la época en que tuvo lugar la concepción del hijo, le será admitida prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad.

Artículo 73: 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.

2.3. Bases teóricas

2.3.1. Paternidad matrimonial presunción pater is

Para Sánchez G.V. (2009) *“Esta presunción simplemente legal, implica que se “tiene por padre al marido de la madre”, tiene su origen en el Derecho Romano que expresaba “pater is est quem nuptiae demostant”* (p.55), lo que hoy se conoce más brevemente como “pater is est”. En otras palabras, lleva a determinar un hecho que ocurre en la privacidad como es la paternidad y comprende a los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días después de decretada su disolución o la separación judicial de los cónyuges. Se encuentra recogido en el artículo 361 Código Civil Peruano. - El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

En síntesis, requiere la concurrencia de tres requisitos copulativos:

1. Existencia del matrimonio con la madre.
2. Determinada la maternidad del cónyuge.
3. Nacimiento del hijo posterior a la celebración del matrimonio, o bien antes de los 300 días siguientes a la disolución o divorcio a la separación judicial de los cónyuges.

Frente a la concurrencia de estos requisitos opera de pleno derecho y por ser una presunción simplemente legal, admite prueba en contrario, ello implica que el padre puede desconocer la paternidad por vía de las acciones de impugnación. Del mismo modo el legislador ha establecido dos excepciones a esta presunción:

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 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.

Pero, lo puntual en la presente investigación es:

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.

a) Concepto de filiación.-

Para hablar sobre el concepto de la filiación, Reyna C. (2015) no dice lo siguiente: *"La palabra filiación proviene del latín "filiatio" que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción significa "procedencia de los hijos respecto de sus padres. Así mismo, deriva del latín "filius" que significa hijo. (p. 40)*

Se entiende por filiación como la relación jurídica entre dos personas en la que una es padre o madre de la otra, a saber, "es el vínculo jurídico que existe entre dos personas, una de las cuales se ha designado jurídicamente como padre o madre de otra". La filiación se vincula al hecho biológico de la procreación que puede tener su origen en las relaciones sexuales de los padres o en la aplicación de técnicas de reproducción humanas asistidas.

El hecho de la procreación puede no tener su correspondencia en el mundo del derecho, es decir, una procreación sin filiación en la que no se genera una relación paterna/materno filial, "salvo que se reclame mediante la acción correspondiente. Inversamente puede haber filiación sin procreación", como es el caso de la filiación adoptiva. Así, "la filiación como hecho natural, se da siempre y en todas las personas, pero no siempre existe como hecho jurídico. A veces el derecho no conoce o no puede conocer con la certeza debida la realidad biológica; otras veces, aun conociéndola o pudiendo conocerla, la ha desconocido en aras de determinados criterios" (LA CRUZ BERDEJO, J.L., 1984, pág. 505)

Estos criterios que determinan o no la filiación son establecidos por el ordenamiento jurídico en razón del dato biológico de preservar valores

e intereses considerados prioritarios por la sociedad, como es el caso de las parejas infértiles que se someten voluntariamente a las técnicas de reproducción asistidas, donde queda legalmente determinada la filiación, ya que el legislador excluye expresamente las acciones de impugnación y reclamación.

A mayor abundamiento, en términos amplios, la filiación es, una relación fundamentalmente jurídica entre el padre y el hijo y la madre y el hijo, así será padre o madre aquel que asuma voluntariamente esta función social, aunque genéticamente no lo sea, auto imponiéndose el conjunto de funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definan con esa denominación. Éstos serán los llamados padres sociales. Como contrapartida, se encuentran los progenitores, que son: los padres biológicos en la adopción y los que aportaron el material genético en las técnicas de reproducción humana asistida" (GOMEZ DE LA TORRE, M; 2007, pág. 17)

De esta forma, lo importante es la relación jurídica que se genera entre padre o madre y el hijo, independiente de su origen biológico, adoptivo o legal y como consecuencia de este vínculo jurídico, se derivan un conjunto de efectos directos e inmediatos de carácter recíprocos, como derechos y deberes.

b) Determinación de la paternidad matrimonial.

Por su parte, la paternidad es un hecho biológico que no es posible de constatar por simple observación, por lo que la ley ha recurrido -desde antiguo- a las presunciones, por medio de las cuales de hechos o antecedentes conocidos se deducen desconocidos, como el de la paternidad. De esta forma, en el caso de ciertos hechos conocidos

como el matrimonio y la maternidad, se deducen o infiere un hecho que se desconoce: la paternidad. "La paternidad es, por el contrario, un hecho que ofrece singulares dificultades de prueba, sustrayéndose, siempre de la prueba directa, pues la paternidad se determina por la concepción, y la generación está siempre envuelta de misterio. La ley se ve forzada a recurrir a una presunción limitada, a fin de salvaguardar al mismo tiempo el interés del individuo y el orden familiar. La presunción derivada del Derecho Romano que consiste en reputar padre al marido de la mujer que ha dado a luz al hijo" (Sánchez Guzmán, 2009)

c) Vigencia de la presunción de la paternidad matrimonial. -

La presunción de paternidad matrimonial tiene una vigencia en el tiempo. Al efecto, se considera que el término máximo de un embarazo es de trescientos días y el mínimo, de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

En tal sentido, se establecía que, en estricto, la presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes de su disolución.

La presunción de duración del embarazo se basa en datos suministrados por la ciencia médica sobre los límites mínimo y máximo de duración de la gestación.

En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones ha seguido los referidos plazos legales mínimo (de 180 días) y máximo (de 300 días), o con alguna variante, como el Código Civil Alemán, que establece el plazo máximo de 302 días. Pero lo que resulta muy diverso es el carácter atribuido a esta presunción de concepción o duración legal

del embarazo, pues mientras en las legislaciones latinas suele atribuírsele carácter absoluto, en las germánicas se le atribuye carácter meramente relativo o *iuris tantum*.

2.3.1.1. La protección de la familia

Antes de empezar a tallar el tema Muga R. (2016) nos dice que:

La familia es la primera institución con la que entra en contacto todo ser humano, pues aún antes del nacimiento vive en primera persona el efecto de la relación materno-filial. De tal forma que, desde el inicio de la existencia humana, las funciones prodigadas por la familia respecto de sus miembros son insustituibles y fundamentales. (p.1)

Este principio es relevante para el análisis de la hipótesis planteada de este trabajo. De hecho, en algún momento podría parecer conflictivo con los derechos del individuo o principios que hemos mencionado aquí que están destinados a proteger básicamente a un sujeto individual. Sin embargo, la protección de la familia, necesariamente influye en el instituto de la filiación. Se trata entonces de entender este principio en términos del derecho constitucional y la forma en que debe articularse sistemática y unitariamente con el resto de principios constitucionales.

En el Perú, dice Córdova Flores, la Constitución de 1933 fue la primera en recoger una referencia acerca de la protección estatal de la familia.

En el artículo 51 se indicaba: "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley." Y con la Constitución de 1979 el reconocimiento de la familia tuvo mayor énfasis ya que se estableció un capítulo especialmente para tratar lo referente a la familia. (Vargas M.R. 2011, p.130)

Ahora bien, en el ordenamiento peruano vigente la Constitución de 1993 indica en su artículo 4 que “el Estado protege especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. Esto significa que existen ciertas normas fundamentales imperativas del derecho de familia, ya que éstas encierran una importancia de los intereses públicos y sociales que la familia tiene.

En ese sentido, el Estado no puede ser ajeno al desarrollo de la vida familiar, pues los valores que ventilan no son de índole privada. Las implicancias de la protección de la familia, entonces, suponen promoverla o ampararla cualquiera sea su conformación. Esto pues, va de la mano con el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, así como el 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que en ambos se recoge el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia. En concreto, la protección de la familia implica que hay una preocupación del Estado por su conformación y vigencia en la sociedad peruana, lo que supone entender el concepto de familia a la luz del derecho constitucional.

Si bien el Tribunal Constitucional no ha ensayado un concepto, sí tiene determinados fallos en los que ha reconocido a las familias ensambladas y a otros tipos de familia, conforme lo hemos comentado en el capítulo 1, cuestión que nos lleva a afirmar que en el ordenamiento peruano, la familia se concibe más allá de los términos de la familia matrimonial.

De hecho, el reconocimiento jurisprudencial de diversos tipos de familia es coincidente con la Observación General N° 19 de 1990 que establece que frente a la existencia de diversos tipos de familia, como las familias conformadas por parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Parte deben indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

La familia, sea ésta matrimonial, monoparental o ensamblada, tiene una función constitucional. Al respecto, nos parece relevante la definición que de la misma brinda el Plan Nacional de Apoyo a la Familia 2004-2011 que al respecto señala que la familia es: “el primer ámbito para promover la equidad y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y para la niñez, la tercera edad y las poblaciones en situaciones de pobreza extrema, discriminadas y excluidas” (Vargas M. 2011, p.132). En ese sentido, se entiende que la familia es un instituto que tiene por objeto principal el desarrollo y protección de los miembros de la misma, a la que contribuyen el Estado y la sociedad. Es el espacio donde se debe promover la dignidad y los derechos del individuo.

La familia tiene como finalidad primordial el bienestar del individuo, que no es un fin privado, sino un fin del Estado y la sociedad, por ello en su conceptualización se inciden en la igualdad de oportunidades de sus miembros, se contribuye a la equidad y el desarrollo pleno de cada persona que pertenece al grupo familiar. Así, por ejemplo, la Observación General N° 19 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incide en la necesidad de que al interior de la familia se asegure la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos cónyuges durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

En la misma lógica, en relación con los derechos del niño (tema de primera relevancia para la tesis) este concepto es coherente con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que considera a “la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños, quienes deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad” (Vargas M. 2011, p.133). En el mismo sentido, Bernales Ballesteros establece que la protección de la familia incluye la protección del niño, es decir, debe contener lo indispensable para la subsistencia del niño y niña, debe garantizar su acceso y ejercicio de los derechos a la educación y salud, debe suponer un entorno saludable para el desarrollo de su personalidad, así como también niveles de protección emocional que garanticen su equilibrio psicológico. (Vargas M.R. 2011, p.133).

A su vez, este principio constitucional es parte del diseño de los planes y políticas públicas tales como el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (PNAIA) 2002 – 2010, cuando entre los principios rectores del plan reconoce que revalorizar el espacio familiar como el “primer agente formador y socializador que transmite valores, conductas, conocimientos y tradiciones socioculturales a niños, niñas y adolescentes” supondrá un factor fundamental para el desarrollo del ser humano.

En líneas generales, la protección de la familia en la lógica del Estado Constitucional se sustenta sobre unos presupuestos que privilegian las relaciones personales sobre las patrimoniales, esto la diferencia y la aleja de la concepción de las familias de la etapa preindustrial que asentaban sus relaciones sobre la producción, sea esta agrícola o artesanal, por lo cual, la familia era concebida como una unidad

económica. De esta forma, podemos mirar a la filiación en el marco de un concepto amplio de familia destinado a asegurar el bienestar de sus miembros, en especial la de los hijos y la efectividad de su derecho a la identidad. De hecho, esta es la orientación que tendremos en cuenta en los siguientes párrafos.

a) La filiación en el derecho comparado:

Es conveniente abordar algunos ejemplos de filiación en el derecho comparado con la finalidad de conocer la manera en que esta ha sido configurada y cuáles son las tendencias para su tratamiento. De hecho, esto nos permitirá examinar cómo es que el derecho debe actualizarse y adecuarse a la perspectiva que irradia la doctrina del derecho humanitario, con especial atención y cuidado al nuevo paradigma constitucional familiar. He escogido como casos a examinar Argentina, Brasil y Costa Rica.

La selección ha sido aleatoria y por el mayor acceso a la información que he podido tener en relación a estos casos. Sin embargo, en todos estos se demuestra la evolución del tratamiento legal de la filiación, la influencia del derecho constitucional y los tratados internacionales en la legislación, y las restricciones aún vigentes en la investigación de la paternidad del hijo matrimonial, o mejor dicho de la acción de impugnación de la filiación matrimonial.

Ahora bien, los casos que estudiaremos distinguen la filiación al menos entre filiación matrimonial y extramatrimonial. No obstante ello, Cornejo Chávez indica que la tendencia de reducir la distancia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales se hace más patente en el caso de la Constitución Cubana, el Código Civil

Cubano, la Constitución Española y el Código Boliviano de Familia, ya que éstos eliminan toda distinción sobre el punto.

Argentina:

En Argentina, la Constitución de 1994 instauró un paradigma distinto para el derecho de familia en los institutos de la filiación, la patria potestad, entre otros; los mismos que se han erigido en pautas interpretativas e inciden directamente en su regulación legal. De hecho, en orden a la filiación, esto implica la observancia del principio de transparencia para la determinación de la misma, así como el respeto del derecho a la identidad.

Así, la entrada en vigencia de esta carta constitucional ha dotado a los tratados de derechos humanos el rango de norma constitucional. De hecho, el artículo 75, inciso 22 indica que “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

De hecho, Lloveras indica que a la luz del paradigma constitucional los principios que rigen la filiación del derecho argentino son los de igualdad, unidad de la filiación, verdad biológica, interés superior del niño y el derecho a la identidad, así como el de protección de la familia en la medida que existen restricciones en la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial. (Vargas M. 2011, p.73).

En ese contexto, en el derecho argentino la legislación civil, en las últimas décadas ha pasado de considerar o distinguir a los hijos legítimos e ilegítimos –naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos a la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, suprimiendo las categorías antes mencionadas. A diferencia de la primera distinción donde los hijos ilegítimos tenían derechos limitados en el caso del hijo natural, o eran ignorados por el derecho en el caso de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, pues tenían prohibido investigar la paternidad o maternidad, en la actualidad el sistema de filiación argentino iguala a los hijos, elimina todo tipo de distinción y discriminación, suprimiendo las desigualdades jurídicas y genera un régimen de acciones sin obstáculos severos (aunque ello no es así en el caso de la filiación matrimonial).

En concreto, esta distinción sufrió una variación cuando la Ley 10.903, que fue derogada por la innovadora ley 26.061 de protección integral de las niñas, niños y adolescentes y ésta consideró incorporar a los llamados hijos naturales (aquellos concebidos fuera del matrimonio) como sujetos de la patria potestad.

Otra norma importante resultó la ley 14.367 del año 1954 que prohíbe la mención del estado civil de los padres, haciendo más equitativa la relación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales,

eliminando la prohibición de investigación de la paternidad o maternidad (de la mujer soltera) y atribuyendo derechos sucesorios.

En relación a la filiación matrimonial, el Código Civil Argentino establece una presunción iuris tantum. Así, señala que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. Contrario Sensu, establece el Código que no se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.

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

En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. En relación a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, se establece la acción de paternidad rigurosa, la acción de impugnación preventiva y la acción de negación simple de paternidad matrimonial. En relación a la impugnación de paternidad rigurosa, el artículo 259 reconoce al marido y al hijo la legitimidad para contestar la paternidad.

El fundamento de la contestación de paternidad se sustenta en el hecho que conforme al artículo 244 del Código Civil, las presunciones establecidas admiten prueba en contrario. De hecho, el marido puede interponer la demanda de impugnación alegando que él no puede ser

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

En relación con el plazo para interponer la demanda de contestación de paternidad, el código civil ha señalado respecto del hijo que éste podrá iniciar la acción en cualquier tiempo.

En el caso del marido, el plazo para interponer la demanda caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. Sobre el plazo, un fallo de la Cámara de Familia de la Nominación de Córdoba ha señalado que el mismo es inconstitucional ya que afectaría el derecho a la tutela procesal efectiva.

En concreto, la mención a esta sentencia tiene por finalidad dar cuenta de la disconformidad de algunos sectores con el plazo para la impugnación establecido en la ley. Luego, el artículo 259 también ha sido considerado inconstitucional porque excluye a determinados sujetos de la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial, pero este punto será objeto de análisis en el siguiente capítulo. El objeto de este comentario es mencionar cómo es que las instituciones del derecho de familia están en constante adecuación y confrontación con el derecho constitucional.

Asimismo, el Código Civil argentino plantea la existencia de una acción de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial. Al respecto, el artículo 258 señala que antes del nacimiento del hijo, el marido o

sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer.

En relación a la acción de negación de paternidad, el artículo 260 establece que ésta podrá ser planteada para negar la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suya expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada. Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el art. 258. En relación al plazo para interponer la acción de negación de la paternidad del marido rige el término de caducidad de un año.

Sobre la filiación extramatrimonial, el Código Civil argentino en el artículo 247 plantea que ésta queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal. En este último caso, la filiación extramatrimonial da lugar a acciones de reclamación e impugnación de la paternidad o maternidad. Al respecto, los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales.

Respecto a la impugnación del reconocimiento de los hijos concebidos fuera del matrimonio, ésta puede ser iniciada por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo. Así, el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Igualmente, los demás interesados podrán ejercer la acción dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento (artículo 263)

Brasil

En el ordenamiento brasileiro, la filiación se encuentra regida por la Constitución de 1988, el Código Civil del 2002, el Estatuto del Niño y del Adolescente de 1990 y la ley 8560 de 1992. El régimen de filiación se estructura en dos clases: filiación matrimonial y extramatrimonial (antes legítima e ilegítima) que admite que los hijos nacidos de ambas situaciones, así como los hijos adoptivos tienen los mismos derechos y está prohibida cualquier diferenciación o discriminación entre ellos. De hecho, la Constitución de 1988 señala en el artículo 227 el principio de igualdad de los hijos y consagra en el artículo 5 el principio de igualdad ante la ley sin distinción alguna.

Asimismo, el derecho de familia y la filiación en específico encuentran en los tratados de derecho internacional ratificados por Brasil un parámetro de rango equiparable al constitucional que irradia todas las instituciones que tienen una identidad material con los mismos.

La enmienda 45 del año 2004, estableció que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, ya que su ingreso al ordenamiento interno tiene el mismo valor de la reforma de la Constitución.

LLoveras da cuenta de los principios constitucionales atinentes a la filiación. Entre ellos se encuentran la igualdad de los hijos, el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a pertenecer a una familia y el derecho a establecer una filiación. (Vargas M.R. 2011, p.80)

En el mismo sentido, la legislación del año 2002 da cuenta de principios relevantes que emergen de la filiación. Así, el artículo 1596 del Código Civil hace referencia a la igualdad de las filiaciones, y por

otro lado, del Estatuto del Niño y del Adolescente se desprende la vinculación del derecho a la identidad (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el principio de verdad biológica (artículo 10). Asimismo, conviene mencionar que en el derecho brasilero, el régimen de determinación de la filiación matrimonial se basa en la presunción “pater is est” que se sustenta en el vínculo existente entre los cónyuges. Así, los hijos nacidos después de los 180 días del inicio de la unión conyugal y hasta los 300 días después de la disolución del matrimonio se presumen del marido, los habidos de fecundación artificial homóloga, aunque hubiere fallecido el marido y los habidos en cualquier momento, cuando se trata de embriones excedentes, provenientes de concepción artificial homóloga y los habidos por inseminación artificial heteróloga, desde que cuente con la autorización del marido.

La presunción “pater is est” es iuris tantum. Así, la presunción de paternidad cesa de acuerdo a los artículos 1599, 1600 y 1602 del código civil y los supuestos son los siguientes: a. La impotencia del marido en la época de la concepción, b. el adulterio de la mujer, aunque este debe ir acompañado de otras pruebas que excluyan la paternidad matrimonial y el valor de la confesión de la esposa, aunque ello no es suficiente. La filiación matrimonial da origen a dos acciones: reclamación de la filiación y la impugnación de la paternidad matrimonial.

En relación con la acción de reclamación, el ordenamiento brasilero reconoce al hijo la legitimación mientras viva y a los herederos de éste cuando el hijo hubiera fallecido siendo menor o incapaz o cuando habiendo sido iniciada por el hijo, los herederos pueden continuar el proceso. Sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, la legislación establece como legitimado al marido y a sus herederos

cuando éste hubiera muerto (artículo 1606 del CC.) y hubiera iniciado en vida el proceso de contestación. Respecto al resto de legitimados, la legislación guarda silencio, así hay un vacío en torno a la legitimidad del hijo, la madre y el padre biológico.

De otro lado, la filiación extramatrimonial se guía por el reconocimiento del padre, es decir, por el acto solemne y público por el cual una persona declara que determinada persona es su hijo. Así, en la doctrina brasilera existen tres tipos de reconocimiento: el voluntario, el administrativo y el judicial.

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

Asimismo, el 1615 del Código Civil establece que cualquiera que tenga interés legítimo puede contestar o impugnar la paternidad o maternidad extramatrimonial. Asimismo, podemos hablar de la existencia de un procedimiento de investigación oficiosa de la paternidad. La ley 8560, del 29 de diciembre del 1992, regula la investigación de oficio de la paternidad de los hijos extramatrimoniales estableciendo que todo registro de nacimiento debe indicar el nombre del padre a fin de permitir su indagación.

En este tipo de proceso, la legitimación en la investigación de la paternidad extramatrimonial en el ordenamiento brasilero es amplia en

la medida que se extiende no solo al hijo y a sus herederos, sino a todos los que tienen un interés legítimo en ella.

De esta forma, existen entonces dos ordenamientos sobre la legitimación para la investigación de la paternidad extramatrimonial. El del código civil, que restringe la legitimación a los hijos y sus herederos y el régimen de la ley 8560/1992 que contempla una legitimación amplia para todo aquel que tenga un interés legítimo.

De otro lado, de acuerdo con Lloveras, en el ordenamiento brasilero, la acción de impugnación de la maternidad se aplica por igual a la filiación matrimonial y extramatrimonial. (Vargas M.R. 2011, p.84).

Costa Rica

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

Ahora bien, la Constitución de Costa Rica establece en el artículo 53 que los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él y en el artículo 54 que se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

Asimismo, son aplicables al ordenamiento costarricense el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que sus condiciones de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad

y del Estado. A la luz de este bloque normativo, los principios que emergen de la filiación en el derecho costarricense son los de igualdad de los hijos, la no discriminación, el derecho a la identidad y la indisponibilidad de la filiación.

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

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

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

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

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

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

Asimismo, la impugnación de la paternidad matrimonial de acuerdo al artículo 73 del Código de familia podrá intentarse por el marido en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación.

Conviene señalar que este plazo no corre contra el marido incapaz mental que careciere de curador. Además, el artículo 74 indica que si el marido muere antes de vencer el término en que puede desconocer al hijo, podrán sus herederos hacerlo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el presunto hijo.

La filiación extramatrimonial por su parte se basa en el reconocimiento, es decir, la declaración de voluntad del padre de la aceptación de la paternidad. Ahora bien, de acuerdo al derecho costarricense este tipo de filiación da lugar a la acción de reclamación de reconocimiento y a la acción de impugnación del reconocimiento.

En relación a la acción de reclamación, el derecho costarricense reconoce la acción de reclamación de filiación extramatrimonial en sentido estricto, la acción preventiva de reclamación de filiación extramatrimonial y las acciones personales de la madre contra el padre. El artículo 91 del Código de Familia señala que la acción de reclamación de filiación de paternidad y maternidad extramatrimonial es permitida al hijo y a sus descendientes.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 95 del Código en mención, la investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida del padre o madre o a más tardar dentro del año siguiente a su fallecimiento. De otro lado, el mismo dispositivo indica que si el padre o madre falleciere durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de su muerte con tal de que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años.

Sin embargo, en el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por el padre o madre en el cual éste o ésta expresen su paternidad o maternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento, si esto ocurriere después de vencidos los términos indicados.

Resulta relevante además mencionar que en el ordenamiento costarricense se admite la posibilidad que el hijo considerado como

matrimonial, por encontrarse protegido por una presunción que no ha sido desvirtuada, sea reconocido por el padre biológico. Al respecto, el artículo 85 del Código de Familia indica que en un proceso de impugnación de paternidad, podrá reconocerse a la hija o al hijo aún protegidos por la presunción de paternidad citada en el artículo 69, de este Código o al hijo o hija cuya paternidad conste en el Registro Civil; pero ese reconocimiento tendrá efecto solamente cuando la impugnación sea declarada con lugar. Igualmente, tal dispositivo indica que también podrán reconocerse la hija o el hijo concebidos cuando la madre esté ligada en matrimonio; sin embargo, para que el reconocimiento surta los efectos legales consiguientes, es necesario que hayan sido concebidos durante la separación de los cónyuges; que el hijo no esté en posesión notoria de estado por parte del marido y que el reconocimiento haya sido autorizado por resolución judicial firme.

2.3.1.2. El ADN la prueba biológica

Para Mojica G. (2003) "La prueba de paternidad o de maternidad basada en el ácido desoxirribonucleico ADN es la técnica médica, biológica y científica que permite establecer la identidad genética (huella genética única que permite conocer la verdad biológica sin lugar a equívocos) y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreó." (p. 5) El ADN es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo, por eso es el medio más idóneo en materia de identificación, es la huella genética de cada ser humano, es vida.

Cada célula tiene 46 cromosomas, a excepción de los espermatozoides y los óvulos que tan sólo tienen, 23 cromosomas cada uno, por ende es necesaria la unión de estos dos

(espermatozoide y óvulo), que suman 46 cromosomas para procrear una persona. Se observa así que cada individuo recibe la mitad de su material genético del padre biológico y la otra mitad de la madre biológica. Los cromosomas son las estructuras del núcleo de la célula eucariota que consiste en moléculas de ADN que contienen genes y proteínas; genotipo es el conjunto de genes de un individuo o de una especie (son los genes los que contienen la información genética hereditaria), y los alelos son las formas alternativas de cada gen que se heredan del padre o de la madre, los cuales controlan cada rasgo o carácter.

La prueba de ADN es la prueba más precisa para determinar la paternidad o la maternidad, según el caso; cuando el hijo no contiene dos o más de los marcadores genéticos del supuesto padre o madre, significa que biológicamente él o ella no es el padre o la madre; queda así, gracias a la ciencia, excluida la paternidad o la maternidad, en un 100%, es decir, con una certeza total, que se traduce en una paternidad o maternidad del 0%.

a) El proceso de filiación en el Perú.-

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

La Ley 28457 nos ofrece, justamente, un proceso sustentado en resultados periciales científicos basados en la prueba de ADN, cuya fuerza, contundencia y exactitud generan una convicción plena en el juzgador. Siguiendo este razonamiento, el proceso propuesto es ágil, sui géneris creado para dar solución al problema social de la

paternidad extramatrimonial, dejando para otros casos los juicios comunes, ventilados en procesos de conocimiento. Las características que presenta este proceso marcan la pauta de especialidad de cómo se enfrentará el problema social de la paternidad no reconocida.

Este proceso es un producto peruano. Es una creación del sistema, con algunas referencias en el derecho comparado, en específico del proceso monitorio, que si bien trata de aspectos patrimoniales, la fuerza del compromiso entre las partes conlleva que sea resuelto judicialmente. Se llega a crear algo verdaderamente nuevo y original en materia procesal en defensa de uno de los derechos sustantivos más humanos que existen.

Ninguno de los procesos del Código cumplía con satisfacer adecuadamente la pretensión de paternidad y la fuerza probatoria del ADN. Este vacío legal fue subsanado mediante la promulgación de la Ley analizada. Es decir, el legislador optó, preferentemente, por dictar una ley en vez de modificar el Código procesal civil, produciéndose el denominado fenómeno de la descodificación.

Esta situación no es mala política legislativa, por el contrario, se trata de leyes concebidas al margen del Código procesal y del civil que cuentan con la misma sistemática, buscando complementar eficazmente sus deficiencias y vacíos.

b) Sobre el derecho a la filiación extramatrimonial.-

Para Flores F. (s.f) *"Concurriendo en el aspecto propuesto, el derecho de filiación extramatrimonial recae sobre la base del reconocimiento del vínculo que existe (biológico) y el que debe existir (legal) entre los padres del menor y este último."* (p.6) Según

la Convención de los Derechos del niño, toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria (conocer a sus padres, corresponder y; saberse correspondido a la identidad del vínculo con sus familiares).

Nos situamos en el marco actual y teóricamente, el Código Civil, destaca la sociedad paterno-filial y distingue tres modalidades: la filiación matrimonial (para los hijos nacidos dentro del matrimonio), filiación para los hijos adoptivos y la filiación extramatrimonial (los concebidos y nacidos fuera del matrimonio). En esta última modalidad, se avocarán las siguientes líneas.

La filiación extramatrimonial, ha pasado por un proceso legislativo, evolutivo y paradigmático, donde el legislador y la normatividad, han tenido que afrontar la difícil tarea de disolver lo normado en la materia, por encontrarse obsoleto y porque evidentemente, no correspondía la normativa previa a una sociedad actual, donde el formalismo, no puede prevalecer por sobre la realidad.

En referencia a lo anterior, el autor Varsi R. E. (2001) lo describe de la siguiente manera: La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y aún no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada desde el punto de vista social sino que de iure condendo, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba. (Flores F. (s.f), p. 6)

Actualmente el Código Civil, en materia de filiación extramatrimonial, se complementa con la Ley n° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial y que es una clara muestra del avance en la materia. La ley, regula un proceso judicial, meramente

probatorio, lo que constituya la prueba de ADN, es la evidencia biológica de paternidad, otorgando como única oposición al demandado el realizarse esta prueba, el efectuarse la mencionada prueba u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negatividad o rebeldía del demandado, el juez declarará judicialmente la paternidad.

c) Sobre la filiación extramatrimonial del hijo de la mujer casada.-

Es de nuestro conocimiento que el menor, al amparo de sus derechos reconocidos y ratificados en los diversos mecanismos jurídicos nacionales e internacionales, tiene como derecho inherente, su identidad. Hemos comprendido, que la identidad no solo se limita al ámbito legal, sino que tiene una implicancia sustantiva en el ámbito biológico, además de ser su génesis.

El menor no solo comparte y es reconocido por nombres, apellidos y nacionalidad, que sus padres le han otorgado, sino que, al mérito de su identidad, la componen los rasgos y características tanto físicas como psicológicas, y el reconocimiento por parte de su entorno, entiéndase por referidos no solo los padres, sino los familiares y cercanos.

Observamos el artículo 362 que el Código Civil detalla: "El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera." Claramente la ley muestra una preponderancia a la relación matrimonial, por sobre la identidad de filiación y biológica del menor. En tal sentido nuestro ordenamiento en la materia permite la vulneración de derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también el derecho a su libertad, igualdad, desarrollo

personal y social, y en su conjunción se estaría violando la dignidad del menor.

La familia como institución jurídica y social es pilar fundamental en el desarrollo de cualquier país. El derecho de familia entonces debe ser muy compacto y preciso, y por sobretodo adaptarse a la realidad, para así, lograr un verdadero sentido a la norma protegiendo y promoviendo a la familia como institución base del derecho. Sin embargo, existen aspectos y circunstancias que el derecho (en cualquier ámbito) no ha podido prever.

Como lo hemos podido apreciar el derecho de familia, y en su subsecuente, el de filiación, no es extinto a ello. Es un caso específico, el artículo 396 del Código Civil detalla: "El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable." Observamos, como este artículo es concorde con el artículo 392, el legislador, prepondera lo antes mencionado, pero no prevé la situación real de nuestra social actual.

Con frecuencia podemos encontrar hijos extramatrimoniales, no reconocidos por el impedimento de "la mujer casada", a pesar de que se compruebe la carga biológica de paternidad (prueba de ADN). Ante este acontecimiento es válida la pregunta: ¿Podríamos decir que el niño ha quedado restringido de su derecho a ser reconocido?

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

del marido. Como mencionamos líneas anteriores, la ley prepondera el matrimonio civil (que en muchos casos ya no existe, por encontrarse en separación de cuerpos) sin percatarse del menor que, en este sentido, urge de su verdadera identidad.

La filiación busca una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica y social, entre el padre y el menor. La casuística en materia de filiación nos muestra un razonamiento del juez en pro de buscar un amoldamiento entre la intimidad, relación matrimonial del padre o la familia y el derecho de identidad del menor (que no podemos presumir arbitrariamente, que carece de una familia). El juez por ende, puede calificar la demanda de impugnación de paternidad o filiación extramatrimonial, sobre la base del caso en concreto y a los requisitos y pruebas presentadas, por sobre la aplicación efectiva o no, de la ley en mención. Entendiendo, que no existe ninguna vulneración, porque el derecho a la identidad está estipulado en la Constitución, norma suprema del estado. El interés superior del niño es altamente relevante en este punto, a pesar de que no tiene una extensa y mucho menos precisa definición jurídica, al respecto Rivero, H (2007:67): El interés del menor, es en efecto un estándar jurídico: un modelo de conducta o de actuación jurídico social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad sociales. (Flores F. (s.f), p. 9)

El autor, trata de decirnos, sin darnos la definición de interés superior del niño que, como estándar jurídico, la normatividad o el accionar del juez inmiscuido en el proceso, y en la posterior sentencia, debe sin duda alguna, evaluar con un sentido de protección y en favor del menor, en los determinados casos, a fin de que el niño pueda obtener el mayor beneficio en su porvenir. No

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

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

2.3.2. Prescripción de la acción contestatoria.-

La acción de negación de paternidad de hijo de mujer casada que interpone el marido al considerar que la supuesta paternidad atribuida sobre el hijo no se encuentra amparada por la presunción de paternidad "*pater is est quem nuptiae demonstrant*", la cual está recogida en el artículo 361 según el cual, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

En doctrina se distinguen la acción de negación de la paternidad y la de impugnación de paternidad. Por la primera, se trata de los casos en que el hijo tenido por su cónyuge no se encuentra amparado por la presunción *pater is est* y el marido niega a ese hijo; en cambio, en la

impugnación de paternidad es el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo tenido por su esposa está amparado por la referida presunción *pater is est*, él considera que no es su hijo (BORDA G., 1989, págs. 20-21). Ambos temas se ubican en el marco de la regulación jurídica de la filiación matrimonial.

No obstante, la diferente conceptualización de dichas acciones en la doctrina del Derecho de Familia, como se verá a continuación, el artículo bajo comentario utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de paternidad.

Veamos los supuestos que prevé el artículo 363 de nuestro Código Civil en cuanto a la contestación de la paternidad:

- a) Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio (inciso 1).
- b) Éste es el caso en que el hijo nace antes de cumplidos ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Aquí, el accionante se limita a desconocer mediante una simple negación, acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio. (ZANNONI, E. 1998, pág. 455)
- c) 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 (inciso 2).

A diferencia del supuesto anterior, aquí se recoge un caso de impugnación de paternidad por el cual se alega la imposibilidad de haber cohabitado con la madre en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo del cónyuge. De acuerdo con las fechas señaladas, se toma en cuenta la fecha probable de la concepción del hijo cuya paternidad se impugna.

- d) Cuando está Judicialmente separado durante el mismo período Indicado en el Inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período (Inciso 3)
- e) Resulta otro caso de negación de la paternidad, pues durante la separación judicial no se presume el débito sexual entre marido y mujer, sino exactamente lo contrario, pues el efecto principal de la separación consiste en que suspende el deber de cohabitación entre los cónyuges. (CORNEJO CHÁVEZ, 1999, pág. 381)
- f) Cuando adolezca de impotencia absoluta (inciso 4)
Se ubica como un segundo caso de impugnación de paternidad, mediante el cual el marido al negar la paternidad del hijo de su esposa contradice la atribución legal que prescribe la presunción pater is est, al alegar la impotencia coeundi absoluta, que se hubiera presentado durante el periodo de la concepción
- g) El impugnante sostendrá mediante esta causal que se encontró en una absoluta imposibilidad física para mantener relaciones sexuales con su mujer en el período legal de la concepción (ZANNONI, E. p. 421).

Quando 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 vinculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u de validez científica con lo cual o mayor grado de certeza (Inciso 5). Mediante esta causal, nuestro Código sigue la tendencia actual adoptada en el Derecho comparado, de permitir la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad.

Éste es un supuesto nuevo que se incorpora a raíz de la modificación introducida a este artículo 363 por la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, por el cual se establece un nuevo elemento que permita desvirtuar la paternidad matrimonial y que sirve de apoyo a las cuatro causales comprendidas en este artículo 363, ya que el objetivo del ADN es de ser un medio de prueba que sustente la contestación de la paternidad. Así, la del ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal ("pater is est").

Actualmente, entre las pruebas científicas para determinar la filiación biológica, tenemos: las pruebas negativas que son las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológica; la prueba del sistema de histocompatibilidad (HLA humano leucocito antígeno), así como las pruebas de proteínas sé ricas y entre las pruebas positivas están: la prueba de los marcadores genéticos, más conocida como el ADN, la prueba de polimorfismos cromosómicos y la prueba de dactiloscopia y pelmatoscopia.

El derecho de la filiación matrimonial se funda en el principio tradicional de que solo el marido tiene legítimo interés para negar la

paternidad del hijo de su mujer. Únicamente el marido puede interponer la acción correspondiente para destruir la presunción de paternidad que se deriva del matrimonio. Y aun cuando la contestación pueda ser ejercitada, después de su muerte, por sus herederos o sus ascendientes, es el marido el titular principal de la acción (artículo 367).

Este monopolio que la ley le acuerda no se basa en la suposición fáctica de que sea el marido mismo el mejor informado de los secretos de la alcoba, sino más bien demuestra la subsistencia del derecho que detenta el pater familias sobre todos los hijos que su mujer trae al mundo. En virtud de una de las más celebres presunciones (*pater is est quem nuptia demonstrant*), solo el marido tiene el derecho de aparecer como el padre de todos los hijos de su mujer; principio clásico, cuyas raíces se encuentran en el Derecho Romano.

Si pertenece al marido denunciar la infidelidad de su mujer negando al hijo que ésta ha procreado, la ley no le deja mucho tiempo para reflexiones, titubeos o dudas. El marido, sorprendido por el acontecimiento, está obligado a tomar la decisión en forma prácticamente inmediata e incoar la acción contestatoria rápidamente.

El artículo 364 prevé un plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto, si el marido estuvo presente en el lugar; es decir geográficamente a proximidad del lugar del nacimiento. Si estuvo ausente, el plazo de 90 días corre desde el día siguiente de su regreso; es precisamente a partir de entonces que podemos suponer ciertamente que el marido ha tomado conocimiento del nacimiento.

Este plazo es, naturalmente, de orden público.

Al silencio del marido durante el lapso de 90 días la ley le atribuye un efecto negativo, esto es la imposibilidad de contestar posteriormente la paternidad. Pero el silencio puede también ser interpretado como un reconocimiento tácito de paternidad. En cualquiera de las hipótesis, la abstención del marido de interponer la acción contestatoria nos permite presumir bien el perdón de la infidelidad, bien la resignación del engaño. Cabe advertir que el legislador no contempla aquella hipótesis en la cual el nacimiento hubiera sido escondido al marido.

Es dable suponer que, en este caso, el plazo de 90 días para interponer la acción contestatoria debe contarse desde el momento del descubrimiento del acontecimiento. Sin embargo, corresponderá al marido probar el fraude del cual ha sido víctima.

Por otra parte, la brevedad del plazo de que dispone el marido para accionar se explicaría (pero la jurisprudencia ha cambiado al respecto) en razón del carácter grave de las consecuencias que genera la contestación de la paternidad.

Evidentemente, no es conforme al interés del niño que su filiación permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre. El niño, desde hace mucho tiempo, está ubicado en el corazón mismo de la sociedad internacional, calificada como "sociedad pedocéntrica" por el Decano Carbonnier. La mundialización de la protección jurídica del niño ha sido consagrada por la Convención de Naciones Unidas relativa a los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989. (LUZ MONGE, 2015, pág. 631).

a) Desarrollo psicosocial del niño, el desarrollo del "yo".-

Por cultura general sabemos que la vida humana está comprendida en diversas etapas, la infancia, niñez, pubertad, adolescencia, juventud, adultez y vejez.

Sin embargo para desarrollar el trabajo de investigación, es importante destacar que la identidad de una persona recién aparece o cobra importancia para la persona cuando ésta llega a la etapa de la adolescencia, es decir, antes de la adolescencia, la identidad del niño está en pleno desarrollo o construcción, es por eso que se ve pertinente que los medios jurídicos o legales como la intervención del padre biológico se daría en esa etapa de manera oportuna, sin que el niño sufra mayores daños como sí los sufriría estando en la adolescencia cuando ya está formada su identidad y menos aún sería oportuna la intervención del "verdadero padre" si el hijo ya es adulto y ya tiene una identidad formada acerca de quiénes son sus padres (sean biológicos o no).

Por eso se resaltó en el título del trabajo y el tema en general que se aplase o tenga un tiempo de prescripción los actos de contestación por parte del esposo de la mujer a responder con este acto sobre su negación de paternidad del niño hasta la edad de tres años en tanto se considera un aproximado en el que la persona niño está aún desarrollando su identidad, es decir, que aún no tiene clara la idea concreta de su "yo" o identidad, lo que no le afectaría, como señalamos líneas anteriores, los resultados de la verdadera paternidad del hombre ajeno al matrimonio que mantuvo una relación extra matrimonial con la mujer madre del menor.

La fuente de información que nos puede brindar información confiable al respecto es el libro de Desarrollo Humano (2011) donde aclara que

la niñez está dividida en tres etapas: Los comienzos de la infancia de 0 a 3 años, la infancia temprana de 5 a 7 años y la infancia media de 7 a 8 años.

Así dice en cuanto a los infantes de 0 a 3 años: citando a Eisenberg, Fabes, Guthrie & Reiser (2000) que "Aunque los bebés comparten patrones comunes de desarrollo, desde el inicio cada uno muestra una personalidad distinta: la mezcla relativamente constante de emociones, temperamento, pensamiento y conducta que hace única a cada persona (Papalia D & Wendkos S., 2011, p.178).

Para los que están en la infancia media que son las edades comprendidas de entre los 5 y 7 años, así dice en sus conclusiones que:

El auto concepto sufre un cambio importante en la niñez temprana, de acuerdo con el modelo neopiagetiano, la autodefinición cambia de las representaciones simples a los mapeos representacionales. Los niños pequeños no ven la diferencia entre el yo real y el yo ideal. La autoestima tiende a ser global y poco realista.

Ya cuando hablamos de los niños de 7 a 8 años se expresa el libro de la siguiente manera: *"El auto concepto adquiere mayor realismo durante la niñez media, cuando, según el modelo neopiagetiano, los niños forman sistemas representacionales. El crecimiento emocional es afectado por las reacciones de los padres a la exhibición de emociones negativas."* (p.350)

Como hemos podido observar, los niños hasta los 3 años aún no tienen clara la idea acerca de su "yo" su identidad, puesto que aún la están construyendo sin darse cuenta muchas veces, a diferencia de

los niños que ya entre los 4 y 5 en adelante van tomando conciencia y preocupación acerca de cómo son, acerca de su yo, acerca de su identidad que es profundizada en la búsqueda de su identidad ya en la adolescencia, pero esta se empieza a manifestar aproximadamente entre los 7 a 8 años.

Es por eso importante destacar que los cambios fuertes en un niño como el de cambiar la imagen paterna por otra que fue comprobada por una prueba de ADN no afectaría tanto al menor como sí cuando ya empieza a tener una edad mayor a la de los 4 años.

2.3.2.1. Derecho a la identidad del niño

Desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad. La identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Es la prueba de la existencia de una persona como parte de una sociedad, como individuo que forma parte de un todo; es lo que la caracteriza y la diferencia de las demás.

Así dice Pinella V.V. (2014) *"Es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida."* (p. 67) Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores.

El derecho a la identidad es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida. De esta manera, se puede definir el derecho a la identidad es un derecho

humano y por lo tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades. Este derecho comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluyendo el derecho a tener un nombre y a la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad. Así pues, podemos asumir, la identidad personal supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento. Es pues o que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en su dimensión social, en relación con los demás.

Se hace referencia a la identidad biológica, la cual está relacionada con el nombre de los progenitores, el lugar de nacimiento, etc., es decir, todas las características con las cuales se pueda identificar a una persona. La identidad personal, supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento. Es pues lo que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en relación con los demás, lo que constituye su dimensión social.

Podemos afirmar entonces que, por el derecho a la identidad, el sujeto está facultado a que se le reconozca como el mismo y no como otro. 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 espiritual, psicológico y otros son de diversa índole, cultural, religioso, etc. Estos diversos elementos son los que en conjunto caracterizan y perfilan el ser uno mismo y no otro. Todas estas características de la personalidad permiten a los demás conocer a las personas. En consecuencia, el derecho a la identidad personal es ser uno mismo,

representado con sus propios caracteres y sus propias acciones constituyendo la misma verdad de la persona.

Por otro lado, es importante afirmar que el derecho a la identidad guarda una estrecha relación con el derecho a la verdadera filiación, este derecho demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre (FERNANDEZ SESSAREGO, 1990, págs. 170-173). La investigación de paternidad está por encima de cualquier otro derecho, de esta manera, ante la colisión de derechos, el de la identidad debe prevalecer, en pro del interés superior del niño/niña.

El derecho a la identidad se encuentra regulado de manera expresa en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual refiere: "Derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar...". El Tribunal Constitucional ha desarrollado doctrinariamente el derecho a la identidad como un atributo de la persona, entendido como aquel derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. "Es decir cada ser tiene características especiales inherentes a su persona, lo cual lo individualiza como un ser único en su esencia" (MERINO MARTINEZ, 2009, pág. 45).

Cuando una persona invoca su derecho a la identidad, busca que se le distinga de otras personas, pero no únicamente en base a criterios objetivos (el nombre, seudónimos, registros, herencia) sino que tal derecho debe proyectarse a una visión integral del mismo, que implica también una verdad personal que es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto anhela conocer y desentrañar (conocer su verdad biológica), en virtud a que la protección constitucional del

derecho a la identidad se dirige a evitar un falseamiento y desnaturalización tanto del mismo sujeto, como en lo que concierne a su proyección social.

El derecho a la identidad consiste en que todo niño o niña tiene derecho a ser inscrito/a inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El Estado tiene la obligación, cuando un niño o niña sea privado/a ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, de prestar la asistencia y protección apropiada para permitir restablecer rápidamente reconocer a su hijo o hija en el momento de su nacimiento (SANTOS CIFUENTES, 2009, pág. 115). De esta manera podemos establecer que la identidad es lo que hace a alguien tener una referencia como ser pleno frente a los otros que forman la sociedad.

No existe posibilidad humana de cambiar, suplantar o suprimir la identidad sin provocar daños gravísimos en el individuo, perturbaciones propias de quien, al no tener raíces, historia familiar o social, ni nombre que lo identifique deja de ser quien es sin poder transformarse en otro. El objetivo de esta protección se dirige al reconocimiento de uno de los derechos fundamentales como es el derecho a la identidad, el cual no debe ser falseado ni desnaturalizado, más aun cuando convergen en él, intereses de menores, por ejemplo en el caso de un proceso de filiación extramatrimonial, la identidad del niño queda establecida, por medio de la prueba del ADN.

a) La convención sobre los derechos del niño.

En 1978, debido a que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 carecía de una exhaustiva enumeración de los derechos de los niños, así como por su carácter de texto sin obligaciones jurídicas

para los Estados Parte, el Gobierno de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto sobre una Convención de las Naciones Unidas, relativa a los Derechos del Niño. Recién, en el mes de noviembre de 1989, coincidiendo con el XXX aniversario de la Declaración de Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas, y a petición de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, fue presentado el proyecto de Convención. Después de su adopción por la Asamblea General, la Convención sobre los Derechos del Niño quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990.

Los objetivos de la Convención podrían resumirse como un intento de definir los derechos sustantivos de los niños, reconociéndolos como ciudadanos del mundo y con posibilidades de compartir sus recursos, con los correlativos deberes de los diferentes Estados y de las autoridades competentes; teniendo en cuenta que esos objetivos no bastan, si no se consigue además "conferir a los agraviados el derecho a acudir a los foros internacionales y legitimar a organismos internacionales para que ejecuten las sentencias y acuerdos".

Ciertamente, la nueva Convención establece normas que abarcan el descuido y el abuso al que se enfrentan los niños, siendo por ejemplo, innovador el reconocimiento de la protección del niño incluso frente a sus propios padres. No por ello, puede considerarse que los derechos de los niños se presentan en oposición o conflicto con los derechos de los adultos, sino como una parte integrante del derecho internacional en materia de derechos humanos.

La Convención aporta dos grandes novedades. En primer lugar, no es ya un texto meramente declarativo de principios genéricos (la Declaración de Ginebra enunciaba cinco y la Declaración de 1959

incluía diez) sino un instrumento jurídico vinculante; en segundo lugar, la concepción exclusivamente tuitiva, es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos.

El niño es, para la Convención, un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos y no sólo de derechos pasivos, es decir derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación.

- b) El carácter vinculante de la Convención sobre los Derechos del Niño.- Como dice Plácido V.A. (s.f) en comentario a la casación N°2675-2001-Lima dice lo siguiente:

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional sobre derechos humanos que contiene el catálogo mínimo de derechos específicos de la infancia, con carácter vinculante para los Estados frente a todo menor y a sus representantes legales sometidos a sus jurisdicciones y con mecanismos de supervisión para el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados. (p. 11)

Dicho conjunto de derechos, que componen el catálogo, constituye el mínimo exigible al Estado, nada autoriza a que el Estado lo restrinja y nada obsta, o más bien todo alienta al Estado para que incluya otros derechos en su ordenamiento jurídico nacional, para que amplíe el alcance y contenido de un derecho del catálogo o para que mejore las posibilidades de ejercicio y goce de los derechos existentes. En ese sentido, la obligación de los Estados de procurar el ejercicio de los derechos del niño no es una obligación estática, sino dinámica y

progresiva, que debe permitir el mejoramiento de las condiciones necesarias para el pleno goce de estos derechos.

El carácter vinculante surge para el Estado por su ratificación o adhesión voluntaria y de buena fe. A partir de ello, el Estado se obliga, no con otros Estados partes, sino con el niño que habita en su jurisdicción, que en los términos del tratado sobre derechos humanos son efectivamente los auténticos destinatarios. En general, el Estado asume dos obligaciones básicas: la primera, la de respetar los derechos del niño y la segunda, la de garantizar el ejercicio de los mismos.

La obligación de respetar los derechos del niño implica para el Estado y sus agentes una abstención de realizar cualquier acto, sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial que amenace o viole los derechos humanos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La obligación de garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos a todo menor y a sus representantes legales sometidos a su jurisdicción importa el deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos del niño.

Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos del niño.

Plácido V.A. (s.f) afirma que *"Por el carácter vinculante, la Convención es oponible jurídicamente a todos los Estados en materia de derechos humanos, siempre que exista el marco convencional pertinente que prevea derechos a los individuos y los mecanismos procesales necesarios para llevarlos a cabo."* (p. 12) La existencia de mecanismos de supervisión en la Convención sobre los Derechos del Niño determina para el Estado la obligación de cooperar en la supervisión internacional, proporcionando información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de los derechos humanos en su jurisdicción, a fin de que el Comité sobre los Derechos del Niño pueda evaluar si dicho Estado cumple o vulnera los derechos específicos de la infancia y, en su caso, dictar la recomendación correspondiente.

El derecho del niño a conocer a sus padres en el sistema internacional de los derechos del niño.

De acuerdo a la concepción clásica, si bien es ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre, para el Derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos, o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre éstos no está siempre sino cuando concurren ciertas circunstancias- la atribución de un estado de filiación.

Al respecto, se sostiene que el Derecho para trazar entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco y entrañan como consecuencia que no sea para el Derecho un absurdo la existencia de un ser humano sin padre e incluso sin madre, porque ello no quiere negar que biológicamente carezca de ellos, sino que

significa, simplemente, que ningún varón o ninguna mujer tiene respecto de dicho ser los derechos y deberes jurídicos que al padre o a la madre corresponden por imperativo y concesión de la norma jurídica.

Sin embargo, tales aseveraciones carecen en la hora presente de exactitud por el derecho de toda persona a conocer a sus padres, que goza de reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7, numeral 1); y que, habiendo sido aprobado y ratificado por el Perú, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, está garantizado por la Constitución y debe ser interpretado conforme a su texto (artículo 3 y Cuarta Disposición Final y Transitoria). A partir del mismo, se impone a todos los efectos el principio de la verdad biológica y, por lo tanto, la realidad genética en los procesos sobre filiación, contando para ello con la fuerza demostrativa de las pruebas biológicas que ofrecen al presente plena solvencia, hasta el punto de que los porcentajes de error, inevitables en toda actividad humana, son siempre inferiores a los de cualquier otro elemento demostrativo; siempre, claro está, que esas pruebas sean practicadas por expertos en centros especializados.

Como señala Plácido V.A. (s.f) *"El principio de la verdad biológica significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea"* (p. 17), esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el Derecho pone a su alcance (y que son fundamentalmente las acciones de filiación) para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.

2.2.2.2. Principio de interés superior del niño. –

Para Pinella V.V. (2014):

La expresión interés superior del niño significa que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. (p. 39) Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño/niña. La referencia al interés del niño/niña no necesita ser expresa y viene operando desde antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño.

En el marco de la doctrina de la protección integral se ha consagrado el interés superior del niño como principio rector de la misma. Sin embargo, hablar del contenido del interés superior del niño resulta complejo, pero al haber sido acuñado como "principio", su grado de indeterminación se condice con su categoría y podemos ensayar una definición del mismo a partir de la teoría general y constitucional del derecho.

En principio, Diego Freedman señala que el principio del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se define como un principio jurídico garantista que se traduce en: a. Criterio orientador vinculante para la generación de normas y reglamentos; b. criterio orientador vinculante para la generación de políticas públicas. En ese sentido, el interés superior del niño se traduce en un deber del Estado frente a los niños en aras de efectivizar sus derechos subjetivos. (Vargas M.R. 2011, p. 44)

a) Origen y proyecciones.

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado. 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. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres, igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el Tribunal para un mayor bienestar de los niños pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

Así dice Ameghino B.C. (s.f.) que: *"En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo."* (p.6) En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. De acuerdo a Ameghino B.C. (s.f.) Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior. (p.6) Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien, en un primer momento, se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia.

Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán

oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado. También, la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los "niños primero", hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959, y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sino también, en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto. Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

b) El interés superior del niño como "principio garantista".-

La Convención contiene "principios" (que a falta de otro nombre, denominaré "estructurantes") entre los que destacan: el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (Arts.5 y 12), y de protección (art 3). Estos principios,

como señala Dworkin, son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia (Ameghino B.C (s.f.) p.6) Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos.

En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: 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 la que se atenderá será el interés superior del niño".

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un "principio" que obliga a

diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio" podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

2.4. Definición de términos básicos

Derecho de familia: Es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

Filiación: Es el estado que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo(a) y otra el padre o la madre del mismo.

Este estado se deriva de la relación entre el nacido y sus progenitores que le hacen ganar derechos y deberes.

Paternidad: Es un concepto que procede del latín paternitas y que refiere a la condición de ser padre. Esto quiere decir que el hombre que ha tenido un hijo accede a la paternidad.

Por lo general, la paternidad se emplea para nombrar a la cualidad del padre (hombre). En el caso de la mujer, la noción asociada a ser madre es maternidad. Sin embargo, según el contexto, paternidad puede nombrar tanto al padre como a la madre.

Es importante destacar que la paternidad trasciende lo biológico. La filiación puede darse a través de la adopción, convirtiendo a la persona en padre de su hijo aun cuando este último no sea su descendiente sanguíneo. En un sentido similar, el hombre que dona semen para que una mujer se insemine no se transforma en el padre del futuro niño.

Identidad: del latín identitas, la identidad es el conjunto de los rasgos propios de un individuo o de una comunidad. Estos rasgos caracterizan al sujeto o a la colectividad frente a los demás.

La identidad también es la conciencia que una persona tiene respecto de sí misma y que la convierte en alguien distinto a los demás. Aunque muchos de los rasgos que forman la identidad son hereditarios o innatos, el entorno ejerce una gran influencia en la conformación de la especificidad de cada sujeto.

Prescribir: El proceso y las consecuencias de prescribir se conocen como prescripción. El verbo prescribir, por su parte, refiere a indicar, decretar o dictaminar algo.

Prescripción (del latín praescriptio) : de todos modos, es un concepto con diferentes usos de acuerdo al contexto. En el derecho, la prescripción consiste en la formalización de una situación de hecho por el paso del tiempo, lo que produce la adquisición o la extinción de una obligación.

ADN: Es el ácido desoxirribonucleico responsable de contener toda la información genética de un individuo o ser vivo, información que es única e irrepetible en cada ser ya que la combinación de elementos se construye de manera única.

Este ácido contiene, además, los datos genéticos que serán hereditarios, o sea que se transmitirán de una persona a otra, de generación en generación, por lo cual su análisis y comprensión resulta ser de gran importancia para realizar cualquier tipo de investigación científica o aventurar una hipótesis que verse sobre la identidad o sobre las características de un individuo.

Filiación extramatrimonial: Es también conocida como filiación ilegítima: es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de algunos de ellos, relación de parentesco, etc. Así, por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

Infancia: La palabra infancia deriva del latín infans, que significa "mudo, incapaz de hablar, que no habla". Es el periodo de la vida humana comprendido entre el nacimiento y la adolescencia o comienzo de la pubertad.

El concepto de infancia, así como la importancia que se ha otorgado a los niños, no siempre ha sido igual, sino que ha evolucionado a lo largo de los siglos. En los últimos 40 o 50 años se ha empezado a prestar atención a este periodo de la vida, y estableciéndolo como un momento crucial en el desarrollo físico, intelectual, social y emocional de todo ser humano.

Impugnación: Permite dar cuenta de aquella acción en la cual un individuo combate, contradice o refuta con algún argumento o cualquier otro recurso válido, algo que se considera que es equivocado, o en su defecto ilegal.

Presunción: Emanada de la palabra "praesumptio", que se encuentra compuesta de tres partes claramente diferenciadas:

- El prefijo "pre-", que puede traducirse como "delante".
- El verbo "sumere", que es equivalente a "tomar para uno mismo".
- El sufijo "cion", que se usa para indicar "acción y efecto".

Presunción es la acción y efecto de presumir. Este verbo suele utilizarse en referencia a sospechar o conjeturar algo por tener señales o indicios para ello, aunque también tiene otros usos. Dicho de una persona, presumir es tener un elevado concepto de sí misma.

CAPÍTULO III

PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

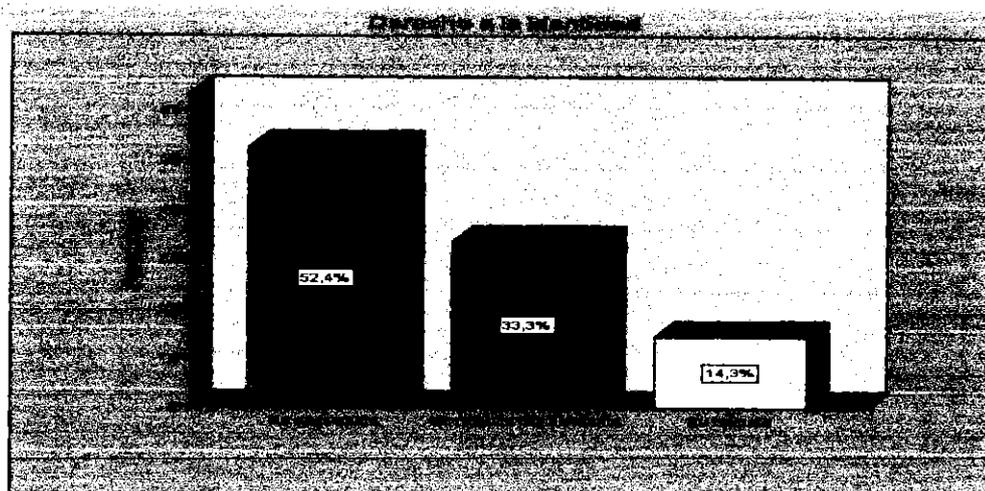
3.1. Análisis de Tablas y Gráficos

TABLA N° 1

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No se respeta	22	52,4	52,4	52,4
	Se respeta	6	14,3	14,3	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

GRÁFICO N° 1



Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

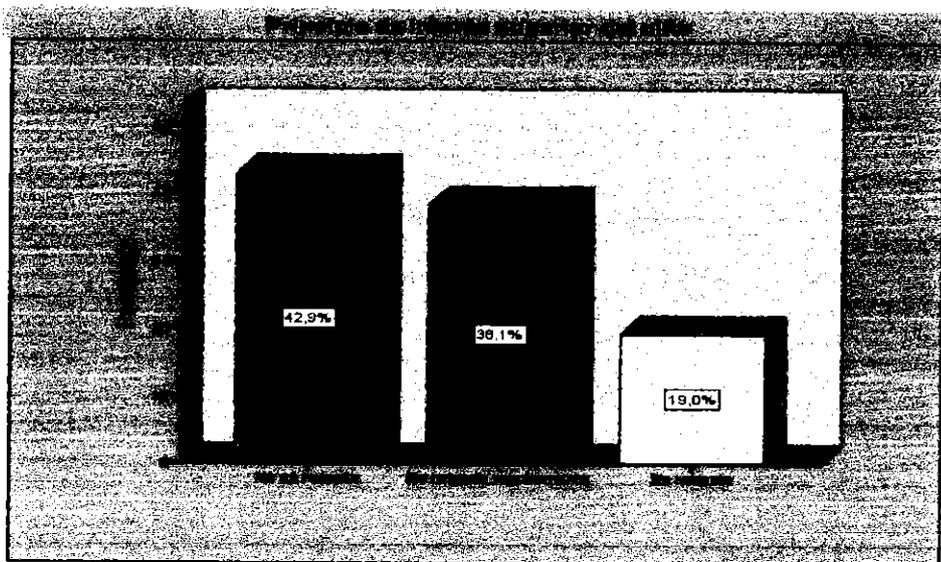
Al observar el contenido de la tabla N° 1 y gráfico N° 1 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable prescripción de la acción contestatoria, en la dimensión derecho a la identidad; 22, que representa al 52,4% manifiesta que no se respeta; mientras que 14, que equivale al 33,3%, manifiesta que se respeta regularmente y 6, que representa al 14,3% manifiesta que se respeta, respecto a la dimensión derecho a la identidad; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no se respeta el derecho a la identidad, en la prescripción de la acción contestatoria, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

TABLA N° 2

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No se respeta	18	42,9	42,9	42,9
	Se respeta	8	19,0	19,0	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

GRÁFICO N° 2



Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

Al observar el contenido de la tabla N° 2 y gráfico N° 2 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable prescripción de la acción contestatoria, en la dimensión principio de interés superior del niño; 18, que representa al 42,9% manifiesta que no se respeta; mientras que 16, que equivale al 38,1%, manifiesta que se respeta regularmente y 8, que representa al

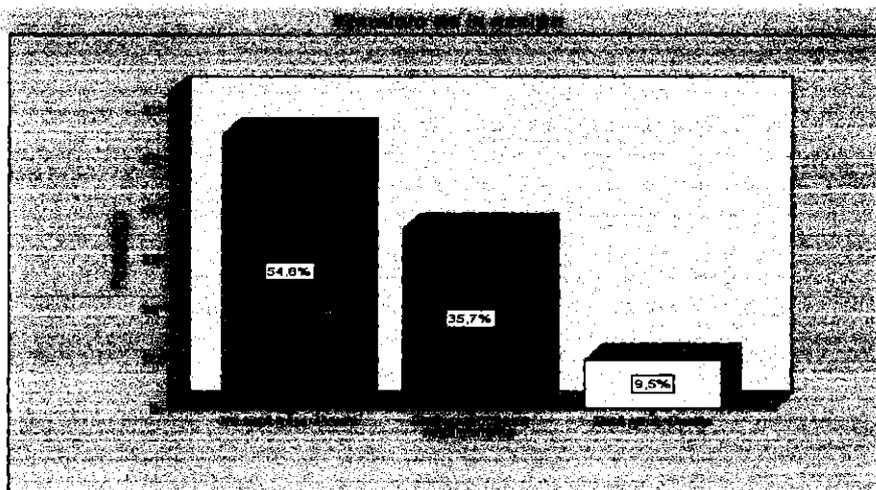
19,0% manifiesta que se respeta, respecto a la dimensión principio de interés superior del niño; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no se respeta el principio de interés superior del niño, en la prescripción de la acción contestatoria, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

TABLA N° 3

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No está garantizado	23	54,8	54,8	54,8
	Está garantizado	4	9,5	9,5	100,0
	Total	27	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

GRÁFICO N° 3



Fuente: Cuestionario sobre Prescripción de la acción contestatoria

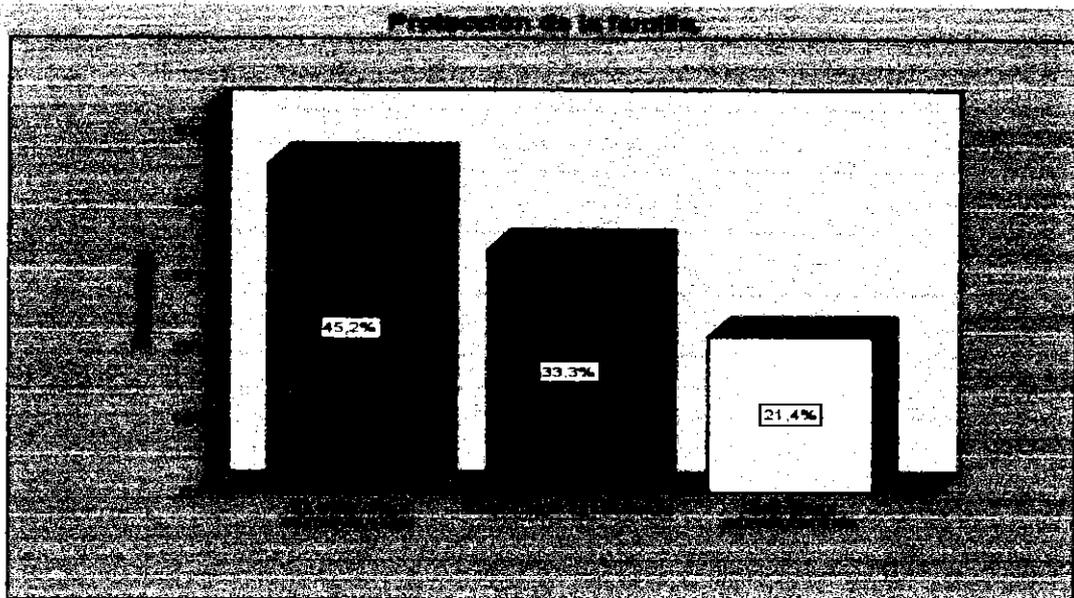
Al observar el contenido de la tabla N° 3 y gráfico N° 3 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable prescripción de la acción contestatoria, en la dimensión ejercicio de la acción; 23, que representa al 54,8% manifiesta que no está garantizado; mientras que 15, que equivale al 35,7%, manifiesta que está garantizado regularmente y 4, que representa al 9,5% manifiesta que está garantizado, respecto a la dimensión ejercicio de la acción; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no está garantizado el ejercicio de la acción, en la prescripción de la acción contestatoria, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

TABLA N° 4

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No se protege adecuadamente	19	45,2	45,2	45,2
	Se protege adecuadamente	9	21,4	21,4	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

GRÁFICO N° 4



Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

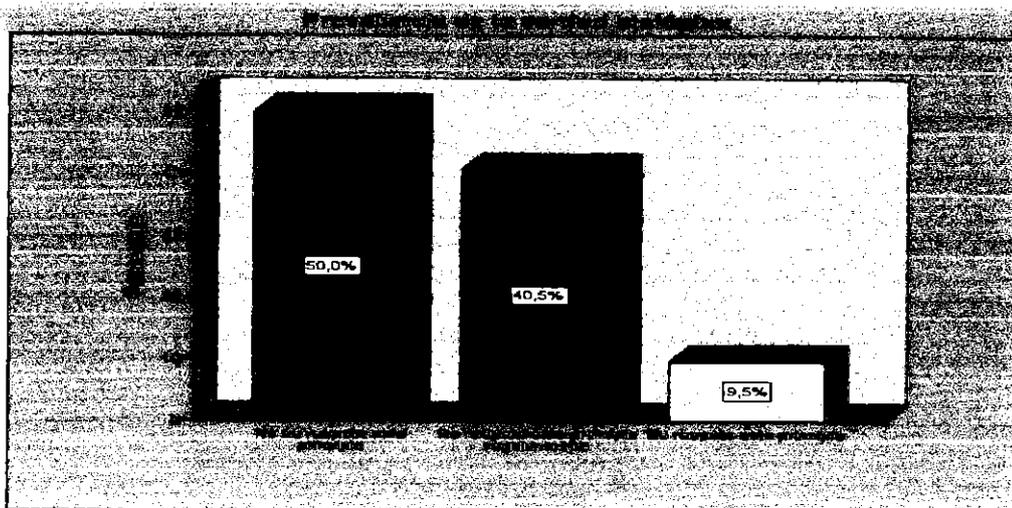
Al observar el contenido de la tabla N° 4 y gráfico N° 4 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable paternidad matrimonial, en la dimensión protección de la familia; 19, que representa al 45,2% manifiesta que no se protege adecuadamente; mientras que 14, que equivale al 33,3%, manifiesta que se protege regularmente y 9, que representa al 21,4% manifiesta que se protege adecuadamente, respecto a la dimensión protección de la familia; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no se protege adecuadamente a la familia, en la paternidad matrimonial, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

TABLA N° 5

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje e válido	Porcentaje acumulado
Válido	No se respeta este principio	21	50,0	50,0	50,0
	Se respeta este principio	4	9,5	9,5	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

GRÁFICO N° 5



Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

Al observar el contenido de la tabla N° 5 y gráfico N° 5 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable paternidad matrimonial, en la dimensión prevalencia de la verdad biológica; 21, que representa al 50,0% manifiesta que no se respeta este principio; mientras que 17, que equivale al 40,5%, manifiesta que se respeta este principio regularmente y 4, que representa al 9,5% manifiesta que se respeta este principio, respecto a la dimensión

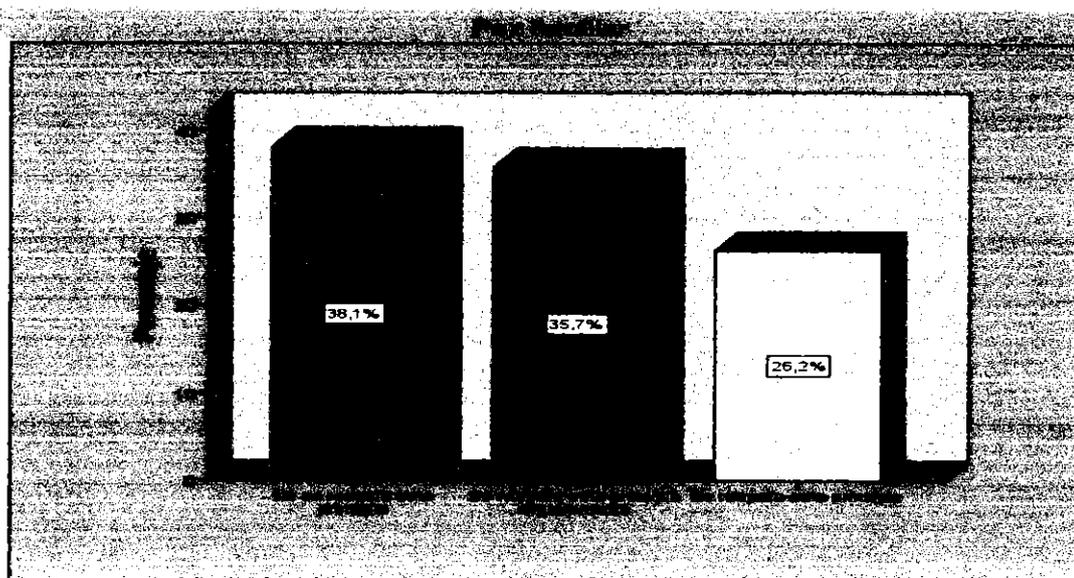
prevalencia de la verdad biológica; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no se respeta la prevalencia de la verdad biológica, en la paternidad matrimonial, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

TABLA N° 6

		Presencia	Presencia	Presencia	Presencia
		Presencia	Presencia	Presencia	Presencia
Válido	No se respeta este principio	16	38,1	38,1	38,1
	Se respeta este principio	11	26,2	26,2	100,0
	Total	27	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

GRÁFICO N° 6



Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial

Al observar el contenido de la tabla N° 6 y gráfico N° 6 los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur, respecto a la variable paternidad matrimonial, en la dimensión paz familiar; 16, que representa al 38,1% manifiesta que no se respeta este principio; mientras que 15, que equivale al 35,7%, manifiesta que se respeta este principio regularmente y 11, que representa al 26,2% manifiesta que se respeta este principio, respecto a la dimensión paz familiar; ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra manifiesta que no se respeta el principio de paz familiar, en la paternidad matrimonial, tal como se evidencia en la tabla y gráfico precedentes sobre la opinión de los encuestados.

3.1.1. Prueba de Hipótesis.

Después de procesar los resultados obtenidos de cada variable y sus dimensiones correspondientes a través del programa SPSS 24, se obtuvo los siguientes valores como coeficientes:

Respecto a la hipótesis general:

H_1 Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.

H_0 No Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.

Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 7 que, al correlacionar los resultados totales de las variables prescripción de la acción contestatoria y paternidad matrimonial, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,970; lo que indica que existe una correlación positiva muy alta; en consecuencia se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 24:

TABLA N° 7

		Prescripción de la acción contestatoria	Paternidad matrimonial
Rho de Spearman			
	Paternidad matrimonial	Coefficiente de correlación	,970**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	42
**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).			

Respecto a las hipótesis específicas:

Primera hipótesis específica

H_i Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016.

H_0 No existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016.

Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 8 que, al correlacionar los resultados totales de la variable prescripción de la acción contestatoria y la dimensión la protección de la familia de la variable paternidad matrimonial, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,962; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 24:

TABLA N° 8

		Prescripción de la acción contestatoria	Protección de la familia.
Rho de Spearman	Protección de la familia.	Coeficiente de correlación	,962**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	42

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

Segunda hipótesis específica:

H_i Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la prevalencia de la verdad biológica, Lima - 2016.

H_0 No existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la prevalencia de la verdad biológica, Lima - 2016.

Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 9 que, al correlacionar los resultados totales de la variable prescripción de la acción contestatoria y la dimensión prevalencia de la verdad biológica de la variable paternidad matrimonial, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,941; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 24:

TABLA N° 9

		Prescripción de la acción contestatoria	Prevalencia de la verdad biológica
Rho de Spearman	Prevalencia de la verdad biológica	Coefficiente de correlación	,941**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	42

** . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

Tercera hipótesis específica:

H_1 Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima - 2016.

H_0 No existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima - 2016.

Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 10 que, al correlacionar los resultados totales de la variable prescripción de la acción contestatoria y la dimensión paz familiar de la variable paternidad matrimonial, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,915; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 24:

TABLA N° 10

		Prescripción de la acción contestatoria	Paz familiar
Rho de Spearman	Paz familiar	Coefficiente de correlación	,915**
		Sig. (bilateral)	,000
		N	42
			42

** La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

3.2. Discusión de Resultados

Valverde V. M. (2013) La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho) Universidad de Costa Rica. Costa Rica. Al finalizar el trabajo, se llega a concluir que la presunción legítima de paternidad es un vínculo paterno-filial, que el ordenamiento jurídico atribuye de manera inmediata a todos los hijos nacidos dentro de un matrimonio, 300 días después de la disolución del vínculo matrimonial o la separación judicialmente declarada o bien, a los nacidos 180 días después de la celebración del matrimonio cuando el marido antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de la mujer, si al estar presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil o bien, cuando de cualquier modo lo admitió como tal.

Asimismo, fue posible verificar que la normativa costarricense concede legitimación activa al padre biológico, al registral, a la madre y al hijo, para que presenten procesos con el fin de corregir los vínculos paterno-filiales. Para estos efectos, el Código de Familia reconoce procesos tales como el reconocimiento de hijo de mujer casada, la impugnación de paternidad y la declaratoria de extramatrimonial. En lo que concierne a la complementariedad de la presunción legítima de paternidad con los Derechos Fundamentales, quedó fehacientemente demostrado que existe una estrecha relación con derechos, tales como: el derecho a la identidad, al nombre, el interés superior del niño, la verdad biológica y el derecho a la familia y convivencia familiar. En efecto, se concluye que al aplicar de manera estandarizada la presunción, se corre el riesgo de vulnerar estos Derechos Fundamentales; ya que en gran cantidad de casos no hay correspondencia entre la verdad biológica y la registral; de tal modo, hay padres que no son progenitores y progenitores que no son reconocidos como padres según la óptica del Derecho.

Los resultados de la presente investigación corroboran lo afirmado por el autor, en consecuencia, se señala que existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial.

Arévalo D. I. (2014) El derecho del niño a tener una filiación y una identidad auténticas. (Tesis para optar el título de Maestría en Ciencias) Universidad Autónoma de Nueva León. Monterrey. Conclusiones. Hay que romper los paradigmas, que por tanto tiempo, no nos han permitido salir a flote. Ante la generalizada preocupación de la pérdida de valores, la Humanidad está haciendo un alto en su camino, a fin de tomar conciencia sobre lo que está pasando: ¿Por dónde empezar? Pues, por la niñez este sector de la población parece como si todavía estuvieran a salvo. De nosotros depende que crezcan siendo hombres y mujeres de bien o que lleguen a ser todo lo contrario es una ardua labor pero indispensable. La educación por un lado es uno de los pilares y por el otro, están las leyes que son tarea nuestra. He analizado con suma atención el tema de la Filiación, por ser el primer vínculo que tiene una criatura con el mundo y he sugerido mediante esta tesis, que la identidad de los pequeños sea respetada por sobre todas las cosas, mediante la facilidad que se le dé a los progenitores verdaderos, para que sea registrado con el derecho que les corresponde por ser un lazo natural, que nadie ni nada lo debe violentar, porque forzar las relaciones en otro sentido, para cubrir falsas apariencias, es como si se alimentaran montones de bombas de tiempo, que lamentablemente ya están haciendo explosión en muchas casas, que han dejado de ser hogares, para convertirse en un lugar muy peligroso en donde se sufre de la violencia familiar. Pues sí sólo a través de la verdad, la niñez crecerá con una dignidad propia y auténticamente humana, con la que se sentirá con más libertad, más igualdad y sobre todo, con seguridad jurídica, que son, precisamente, los valores que nos permiten el acceso a la Justicia, cuyo alcance es el objetivo principal del Derecho. Para concluir, agrego que, otra razón de suma importancia es que al reconocerse la filiación auténtica, se fomentará un alto sentido de responsabilidad paternal y maternal, que se transmitirá de hecho y

de derecho a los niños(as), quienes aprenderán a que igualmente ellos(as) tendrán que afrontar siempre las consecuencias de sus actos.

Bravo C. G. (2016) Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa (Tesis para optar el Título de Abogada) Universidad Nacional del Altiplano. Puno. Concluye afirmando 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. 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 biológica 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. 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 socio afectiva 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.

En este sentido es menester mencionar lo trascendental que resulta la vivencia en las comunidades, tanto campesinas como nativas, el autor advierte que los patrones de conducta en las diversas comunidades difieren notablemente unas entre otras y más aún de la cultura que predomina en nuestra sociedad occidentalizada; sin embargo de todas maneras existe un exceso en las diversas formas de aplicación de la justicia comunal, que en algunos casos se

ven excesos que atentan sobre los derechos fundamentales como son: derecho a la vida, derecho a la libertad y derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

3.3. Conclusiones

Primera:

Se determinó que existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016, tal como se corrobora, a través del estadígrafo de la Rho de Spearman igual a 0,970, lo que significa que existe una correlación positiva muy alta entre las variables en estudio.

Segunda:

Se determinó que existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016, tal como se corrobora, a través del estadígrafo de la Rho de Spearman igual a 0,962, lo que significa que existe una correlación positiva muy alta entre las variables en estudio

Tercera:

Se determinó que existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la protección de la familia, Lima - 2016, tal como se corrobora, a través del estadígrafo de la Rho de Spearman igual a 0,941, lo que significa que existe una correlación positiva alta.

Cuarta:

Se determinó que existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar, Lima - 2016, tal como se corrobora, a través del estadígrafo de la Rho de Spearman igual a 0,915, lo que significa que existe una correlación positiva alta.

3.4. Recomendaciones

Primera:

Se recomienda la atención de los derechos fundamentales reconocidos tanto constitucional como internacionalmente sobre derechos de los niños a ser privilegiados en todo proceso que se tenga sobre ellos como el del tiempo de la prescripción de la acción de contestación de la paternidad dentro de los 3 años de edad, tiempo prudente para implicar al padre biológico dentro de la formación de la identidad del niño, tal como se establece en la jurisprudencia y la Regla 1 del III Pleno Casatorio Civil.

Segunda:

Se recomienda que prevalezca el derecho a la identidad del niño debiendo prevalecer sobre los procesos de acción de contestación de la paternidad matrimonial y no verse limitado por un determinado tiempo que la ley establezca, modificando nuestra legislación en el artículo 364, del código Sustantivo.

Tercera:

Se recomienda que debe primar el principio de interés superior del niño debe ser tomado como un derecho garantista, todo cuanto se preserva este principio sobre los procesos administrativos o judiciales que se hagan sobre estos como los actos de contestación de la paternidad, por ello se debe modificar nuestro ordenamiento civil.

Cuarta:

Se recomienda a los legisladores, administradores de justicia, foros académicos se resalte la importancia en la filiación matrimonial en cuanto a la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paz familiar y se pueda observar mejoras en el Derecho positivo en forma eficaz

3.5. Fuentes de Información

Abadeano S. C. (2014) *La determinación de la paternidad en los hijos extramatrimoniales en la legislación ecuatoriana* (Tesis para optar el grado de Abogado). Universidad Central del Ecuador. Quito.

Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3969/1/T-UCE-0013-Ab-207.pdf>

Ameghino B. C. (s.f) *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño y funciones normativas del interés superior del niño.*

Recuperado de:

<http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias2/pdfAmeghinoBautistaCarmenZoraida.pdf>

Arévalo D. I. (2014) *El derecho del niño a tener una filiación y una identidad auténticas.* (Tesis para optar el título de Maestría en Ciencias) Universidad Autónoma de Nueva León. Monterrey.

Recuperado de: <http://eprints.uanl.mx/5411/1/1020149399.pdf>

Bardales, C. T. (1994). *Metodología de la investigación científica.* Lima: San Marcos.

Bravo C. G. (2016) *Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa* (Tesis para optar el Título de Abogada) Universidad Nacional del Altiplano. Puno.

Recuperado:

http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/3624/Bravo_Cuayla_Gabriela_Katherine.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Bravo, R. S. (1994). *Técnicas de investigación social.* Madrid: Paraninfo.

Belluscio A. C. (2004). *Manual de derecho de familia*. . Lima: 7 ed., Argentina, Astrea.

Blanco G. S. (2014) *Calidad de sentencias de primera y segunda instancia impugnación de paternidad extra-matrimonial en el expediente N° 01206-2012-0-2501-jr-fc-01*, del Distrito Judicial Del Santa – Chimbote. 2014.

Recuperado:

<http://erp.uladech.edu.pe/archivos/03/03012/documentos/014066/5559/01406620140830114644.pdf>

Borda G. (1989). *Tratado de Derecho Civil. Tomos I y 11.8'*. Buenos Aires: edición. Perrot.

Briones G. (2002) *Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales*. Bogotá: Ed. Arfo

Código Civil 1984 *Decreto Legislativo N° 295*. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

Código del Niño y el Adolescente 200 Ley N° 27337. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/77150A0364D1D78D052577850060F059/\\$FILE/CODIGO_DE_LOS_NI%C3%91OS_Y_ADOLESCENTES.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/77150A0364D1D78D052577850060F059/$FILE/CODIGO_DE_LOS_NI%C3%91OS_Y_ADOLESCENTES.pdf)

Código de Civil de Brasil Ley N° 10.406.

Recuperado de <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

Código de Familia de Costa Rica Ley N° 5.476.

Recuperado:

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_de_Familia_Costa_Rica.pdf

Código Civil y Comercial de Argentina Ley 26.994.

Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

Constitución Política del Perú 1993.

Recuperado de:

<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Cafferata I. J. (1952). *La filiación natural*. Córdoba: 2 a ed., Córdoba, Universidad.

Cornejo Ch. (1999). *Derecho familiar peruano*. Lima: 10ª edición actualizada. Gaceta Jurídica Editores

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión consultiva OC- 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Recuperado:

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

Fernández S. C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima.

Flores F. (s.f) El reconocimiento extramatrimonial del hijo de la mujer casada. Análisis y nueva perspectiva.

Recuperado:

http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos_investigadores/EL_RECONOCIMIENTO_EXTRAMATRIMONIAL_DEL_HIJO_DE_LA_MUJER_CASADA.pdf

Gómez B. S. (2012) *Metodología de la investigación*. México: Red Tercer Milenio S.C

Gómez de la Torres, M. (2007). *"El sistema filiativo chileno"*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Gutierrez E. M. (2013) Los negocios jurídicos familiares: "el reconocimiento de hijo". Perfiles dogmáticos y jurisprudenciales. (Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Civil) Pontífice Universidad Católica del Perú. Lima.

Recuperado:

file:///C:/Users/Casa/Downloads/GUTIERREZ_ENRIQUEZ_TATIANA_NEGOCIOS_JURIDICOS.pdf

Hernández, R. (2010). *Metodología de la Investigación científica*. México DF: Mc Graw Hill.

Janto M. C. (2015). *Tesis La paternidad: Una creación compartida*. Lima: PUCP.

La Cruz Berdejo, J. L. (1984). *"Elementos del derecho Civil", tomo IV*. Barcelona.: Librería Bosch.

Luz M. (2015). *Código Civil (Vol. III)*. Lima: Gaceta Jurídica.

Mendoza R. J. (2015) Protección del derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa rica. (Tesis para optar el título de Abogado) Universidad Privada "Antenor Orrego". Trujillo.

Recuperado:

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1820/1/RE_DERECHO_PROTECCION_DERECHO_IDENTIDAD_BIOLÓGICA_TESIS.pdf

Merino M. C. (2009). El derecho a conocer el propio origen biológico. Bogotá: Editorial Leyer.

Muga R. (2016) La importancia de la protección de la familia y su relación con la protección a la persona.

Recuperado: <http://cisav.mx/la-importancia-de-la-proteccion-de-la-familia-y-su-relacion-con-la-proteccion-a-la-persona/>

Plácido V. A. (s.f) El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor o de los herederos de éste en la investigación de la filiación.

Recuperado de http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF

Papalia D. E. & Wendkos S. O. (2011) Desarrollo humano. México: McGRAW

Pinella V. V. (2014) El interés superior del niño/nia vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial. (Tesis para optar el título de Abogado) Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo.

Recuperado:

http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/277/1/TL_Pinella_Vega_Vanessa.pdf

Ramírez G. A. (s.f) Metodología de la investigación científica.

Recuperado:

<http://www.postgradoune.edu.pe/documentos/ALBERTORAMIREZMETODOLOGIADELAINVESTIGACIONCIENTIFICA.pdf>

Reyna C. (2015) La filiación del adulto concebido mediante inseminación artificial heteróloga en el derecho familiar peruano. (Tesis para optar el título de abogado) Universidad Privada "Antenor Orrego". Trujillo.

Recuperado:

http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/1829/1/RE_DERECHO_F

ILIACI%C3%93N.ADULTO.CONCEBIDO.MEDIANTE.INSEMINACI%C3%
93N.ARTIFICIAL_TESIS.pdf

Sampieri R. H. & Fernández C. C. & Baptista P. L. (2016) Metodología de la investigación. México: Ed. Mc GrawHill

Santos C. C. (2009). *El derecho a la identidad y la influencia en Argentina*. . Lima: Motivensa editora jurídica.

Sánchez G. V. (2009). *Procedencia de la acción de reclamación de paternidad o maternidad cuando el presunto padre o madre ha fallecido: un estudio doctrinario y jurisprudencial*. (Tesis para optar al grado de magister en derecho) Universidad de Chile. Santiago. Recuperado de http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-sanchez_v/html/index.html

Savino C. (1992) El proceso de Investigación. Caracas: Ed. Panapo

Valverde V. M. (2013) La presunción legítima de paternidad y su complementariedad con los derechos fundamentales: necesidad de legislar en favor de las minorías. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho) Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Recuperado de :

http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la_presuncion_legitima_de_paternidad_y_su_complementariedad_.pdf

Vargas M. R. (2011) El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984. (TESIS Para optar el grado académico de Magíster en

Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial) Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima.

Recuperado:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/Vargas_mr.pdf

Varsi R. E. (2001). *Derecho genético*. Lima: 48a ed, Grijley.

Zannoni, E. (1998). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astral.

ANEXOS

"Artículo 214.- La paternidad a que se refiere el Artículo 212º también podrá ser impugnada por el representante legal del hijo incapaz, en interés de este, durante el año siguiente al nacimiento. El hijo, por sí, podrá interponer la acción de impugnación dentro de un año, contado desde que alcance la plena capacidad."

Otro ejemplo a citar es el del Código Civil Español que en su artículo 137º prescribe:

"Artículo 137.- La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos. "

Como se puede inferir de los artículos antes referidos, la doctrina moderna ha establecido que el procedimiento de la acción de contestación de la paternidad ya no sea una prerrogativa personalísima del marido, y excepcionalmente de los ascendientes y herederos de éste, en el caso de haber fallecido el causante antes del vencimiento del plazo de caducidad para interponer la demanda o para continuar la ya iniciada por aquel. Nuestro Código Civil, por el contrario se aparta de esta tendencia, puesto que de sus preceptos se desprende que el hijo no puede impugnar la paternidad matrimonial, concediéndosele derecho únicamente para reclamarla, lo cual constituye una clara vulneración de su derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de nuestra Carta Fundamental, así como a los derechos a conocer el propio origen biológico a efectos de resguardar el constitucional derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio

de averiguar QUIÉNES son sus progenitores información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible – y el derecho a la investigación de la paternidad, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexos filial. Estos dos últimos, forman parte de los denominados nuevos derechos de la persona, correlato ineludible del avance científico, el mismo que ha determinado que la vida humana experimente cada vez mayores y radicales cambios por lo que el Derecho, al no ser un "producto inmóvil, estático, perenne" PERLINGIERI, Pietro: *Il Diritto Civile nella legalità cozzituzionale*, Nápoles, Edizioni Schentifiche Italiane, 1984, págs. 25 y 55.

Sino dinámico, fluido, cambiante, ya que "se nutre de la vida humana social en cuanto cultura" FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho y Persona*, Lima, Edit. Inesla, 1990, pp.23-24., ha sido adecuado sus instituciones y su normatividad en defensa de la persona.

En vista de lo anteriormente expuesto creemos necesario ampliar el derecho a la impugnación de la paternidad tanto al hijo como a la madre, y en este último caso vemos que la presunción respecto de la paternidad del marido, cimentada en la fidelidad que se supone que la mujer guarda a su marido tanto por consideraciones de orden ético y de organización social, como por el cumplimiento del deber que la ley les impone a los cónyuges, no deja de ser una presunción que la realidad puede rebatir. Siendo por lo tanto injusto, en aquellos casos en que tanto el marido, la mujer o el hijo pueden acreditar la falsedad de estas suposiciones a la luz de las pruebas biológicas de ADN u otras de mayor certeza, el derecho se obstinara en reputar como padre del hijo tenido por su mujer al marido.

II.- Efecto de la norma sobre la legislación nacional.

La presente ley modifica el artículo 364° y 367° del Código Civil, los mismos que se encuentran redactados actualmente de la siguiente manera:

"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."

"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".

Los mismos que quedan redactados como sigue:

Artículo 364.- La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de tres años contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. La acción contestatoria de la paternidad del marido podrá ser ejercida por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, en caso de ser menor, el plazo se contará desde que alcance la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo menor o incapaz, le corresponde a la madre que ostente la patria potestad y se realizará durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido al hijo y a la madre. En caso de fallecimiento del marido sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo

señalado en el artículo 364º y en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

III.- Análisis Costo-Beneficio.

El presente proyecto no irrogará gasto alguno para el Erario Nacional, constituyendo sólo la adecuación de la ciencia del Derecho, por esencia dinámica y cambiante, a la protección de los nuevos derechos a conocer el propio origen biológico a efectos de resguardar el constitucional derecho a la identidad de la persona, permitiendo el ejercicio de averiguar quiénes son sus progenitores información que, por distintas causas, puede ser desconocida, estar en discusión o ser debatible y el derecho a la investigación de la paternidad, para cautelar el legítimo interés, facultando a todo sujeto a iniciar las acciones legales a fin de averiguar su nexo filial.

Anexo: 1 Matriz de Consistencia

TÍTULO: "IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"

Autor: Bachiller HASSINGER GONZALES, JUAN ANTONIO

Objetivo General	Objetivos Específicos	Hipótesis Específicas	Variable 1:	Variable 2:	Instrumentos	Diseño Metodológico
<p>¿Qué relación existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016?</p>	<p>Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <p>a) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>b) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>c) Determinar la relación que existe entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p>	<p>Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>Hipótesis específicas:</p> <p>a) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>b) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p> <p>c) Existe una relación significativa entre la prescripción de la acción contestatoria y la paternidad matrimonial, Lima - 2016.</p>	<p>Variable 1:</p> <p>Prescripción de la acción contestatoria.</p>	<p>Variable 2:</p> <p>Paternidad matrimonial</p>	<p>✓ Derecho a la identidad</p> <p>✓ Principio de interés superior del niño</p> <p>✓ Ejercicio de la acción</p> <p>✓ Protección de la familia.</p> <p>✓ Prevalencia de la verdad biológica</p> <p>✓ Paz familiar.</p>	<p>1. Diseño de la investigación: No experimental</p> <p>Correlacional</p> <p>2. Tipo y Nivel de la Investigación: Tipo: Básica Nivel: Correlacional.</p> <p>3. Enfoque de la investigación: Cuantitativa.</p> <p>4. Método de la Investigación: Deductivo - Inductivo. La observación</p> <p>5. Población y Muestra: Población: 320 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur. Muestra: 42 abogados especializados en Derecho de Familia, del Distrito Judicial de Lima Sur.</p> <p>6. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos: Técnicas: La Encuesta Instrumento: Cuestionario</p>

Anexo: 2

CUESTIONARIO SOBRE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA

Agradecemos desde ya su gentil participación en la presente investigación para obtener información sobre el art. 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

Instrucciones: El cuestionario se mantendrá en anonimato, por lo que no deberá escribir su nombre. En las siguientes proposiciones marque con una x en el valor del casillero que según Ud. Corresponde.

VARIABLE 1: Prescripción de la acción contestatoria				
Dimensiones	Indicadores	Ítems	Alternativa (Sí) (No)	
✓ Derecho a la identidad	¿No debería limitarse a un tiempo breve para que el niño conozca su verdadera identidad biológica?	X ₁ = 3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	✓ Principio de interés superior del niño ¿Este derecho acarrea también el derecho a la igualdad ante la ley a la que todos estamos sujetos, por ende se debe dar las mismas oportunidades de conocer a su padre biológico tanto como lo tiene los niños nacidos dentro del matrimonio? ¿Es importante entender que estos procesos de filiación matrimonial se debe llevar a cabo durante los 3 primeros años de edad de los niños, todo cuanto el niño está aún en etapa de desarrollar su identidad?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
✓ Derecho a la identidad	¿El principio de interés superior del niño es aquel principio que vela por el cuidado del futuro del país, por ello su importancia para dictaminar normas relacionadas a los menores? ¿El artículo 364 está vulnerando el principio de interés superior del niño por cuanto no se toma en consideración su derecho a la identidad, a un nombre, etc.?		X ₂ = 3	<input type="checkbox"/>
	¿El principio de interés superior del niño es un principio que no se está tomando en cuenta en el Código Civil?	<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/>

PATERNIDAD MATRIMONIAL

Agradecemos desde ya su gentil participación en la presente investigación para obtener información sobre las sanciones electorales al elector.

Instrucciones: El cuestionario se mantendrá en anonimato, por lo que no deberá escribir su nombre. En las siguientes proposiciones marque con una x en el valor del casillero que según Ud. Corresponde.

VARIABLE 1: Paternidad matrimonial				
Dimensiones	Indicadores	Ítems	Alternativa	
			(Sí)	(No)
Protección de la familia.	¿Está de acuerdo con que el derecho civil debe prevalecer la protección de la familia?	X ₁ = 3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	La presunción de paternidad matrimonial no debe afectar derechos fundamentales que se reconocen en favor de todos los niños, incluyendo a los hijos extramatrimoniales. ¿Está de acuerdo con la afirmación?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	¿La Constitución Política del Perú hace bien en preservar el mayor cuidado a la familia, al niño, la mujer, etc. por cuanto sirve de base para crear temas de protección como el presentado?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Prevalencia de la verdad biológica			<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Paz familiar	¿El ADN es la técnica médica, biológica y científica más confiable para establecer los lazos de identidad biológica entre el padre y el hijo?	X ₂ = 3	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	¿Se debe modificar el artículo 364 y acorde con ello, todo cuanto el padre biológico pueda responder por la paternidad del menor hijo dentro de los 3 años sin que el padre matrimonial tenga que limitárselo al pasar el tiempo establecido por ley?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	¿La prueba biológica del ADN es fundamental para establecer lazos de filiación y por ende ser un especial instrumento para resaltar el derecho a la identidad del niño?		<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Anexo: 3

Alfa de Cronbach del Cuestionario sobre principio de proporcionalidad en los delitos sexuales Análisis de Fiabilidad

Cronbach's Alpha	N de Ítems
0,903	10

Fuente: Cuestionario sobre prescripción de la acción contestatoria. Programa Estadístico SPSS 24

Alfa de Cronbach del Cuestionario sobre derechos fundamentales Análisis de Fiabilidad

Cronbach's Alpha	N de Ítems
0,902	10

Fuente: Cuestionario sobre paternidad matrimonial. Programa Estadístico SPSS 24

Los valores obtenidos, nos indican que los instrumentos: Cuestionario sobre prescripción de la acción contestatoria y Cuestionario sobre paternidad matrimonial, son altamente confiables y por ende pueden ser aplicados durante el desarrollo de investigación.

**ANTEPROYECTO DE LEY DEL PLAZO DE LA ACCIÓN
CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL
HIJO EN LA DESVINCULACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL**

Artículo 1º.- Objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto la modificación del plazo de la acción contestatoria dentro de los 3 años del nacimiento del hijo en la desvinculación de la paternidad matrimonial.

Artículo 2º.- Modifíquense los artículos 364º y 367º del Código Civil, lo mismos que quedan redactados de la siguiente manera:

Artículo 364.- La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de tres años, contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. La acción contestatoria de la paternidad del marido podrá ser ejercida por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, en caso de ser menor, el plazo se contará desde que alcance la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo menor o incapaz, le corresponde a la madre que ostente la patria potestad y se realizará durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Artículo 367.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido, al hijo y a la madre. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º y en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Fundamento de la Propuesta

Con los avances de la ciencia, las legislaciones del mundo van recogiendo cada vez con mayor amplitud, el derecho a la investigación de la paternidad, entendiéndose que éste es un derecho consustancial al ser humano y por ende se encuentra por encima de cualquier clase de consideraciones sociales. En este sentido, Enrique Varsi nos explica que "tender a la verdad biológica, dejando de lado la verdad social, es ponernos al día legislativamente, remozando los conceptos que por tradición han primado en el derecho de familia referido a esta materia" VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, Derecho y Genética. Universidad de Lima, 1999. pág. 253.

Siguiendo las modernas tendencias que permiten un margen más amplio en la investigación y determinación de la paternidad, la doctrina actual admite que la impugnación también sea ejercitada por el hijo e incluso por la madre. Como muestra de ello podemos citar el artículo 259° del Código Civil Argentino que establece:

"ARTÍCULO 259.- La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido"

En el mismo sentido el artículo 214° del Código Civil Chileno contempla que

**FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN
JUICIO DE EXPERTOS**
I. DATOS PERSONALES

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES DEL INFORMANTE: QUIROZ ROSAS JUAN HUMBERTO
- 1.2. GRADO ACADÉMICO: DR. EN DERECHO
- 1.3. INSTITUCIÓN DONDE LABORA: UAP
- 1.4. TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: "IMPORTANCIA DE LA ACCION CONFESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"
- 1.5. AUTOR DEL INSTRUMENTO: JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES
- 1.6. GRADO ACADÉMICO/TÍTULO PROFESIONAL: BACHILLER
- 1.7. NOMBRE DEL INSTRUMENTO: CUESTIONARIO - ENCUESTA

II. ASPECTOS A EVALUAR: (Calificación Cuantitativa)

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente (01-09)	Regular (10-13)	Bueno (14-16)	Muy Bueno (17-18)	Excelente (19-20)
		01	02	03	04	05
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado					X
2. OBJETIVIDAD	Esta expresado con conductas observables					X
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y calidad				X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización logica del Instrumento					X
5. SUFICIENCIA	Valora los aspectos en cantidad y calidad					X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumpllr con los objetivos					X
7. CONSISTENCIA	Basado en el aspecto teórico científico del tema de estudio				X	
8. COHERENCIA	Entre las hipótesis, dimensiones e Indicadores					X
9. METODOLOGÍA	Las estrategias responden al propósito del estudio					X
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías					X
Sub Total						
Total						

VALORACION CUANTITATIVA (total x 0.4)

VALORACION CUALITATIVA

VALORACION DE APLICABILIDAD

19
ACEPTABLE
VIABLE

01-13

14-16

17-20

Leyenda:

Improcedente

Aceptable con recomendación

Aceptable

 Lugar y Fecha: 3 de Junio del 2017

Firma y Post-firma del Experto

 DNI: 09458935


**FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN
JUICIO DE EXPERTOS**
I. DATOS PERSONALES

- 1.1. APELLIDOS Y NOMBRES DEL INFORMANTE: FERNANDEZ MEDINA JUBENA
- 1.2. GRADO ACADÉMICO: DR. EN DERECHO
- 1.3. INSTITUCIÓN DONDE LABORA: UAP
- 1.4. TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: "IMPORTANCIA DE LA ACCION CONTESTATORIA DENTRO DE LOS 3 AÑOS DEL NACIMIENTO DEL HIJO EN LA DESVINCULACION DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, LIMA 2016"
- 1.5. AUTOR DEL INSTRUMENTO: JUAN ANTONIO HASSINGER GONZALES
- 1.6. GRADO ACADÉMICO/TÍTULO PROFESIONAL: BACHILLER
- 1.7. NOMBRE DEL INSTRUMENTO: CUESTIONARIO - ENCUESTA

II. ASPECTOS A EVALUAR: (Calificación Cuantitativa)

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	Deficiente (01-09)	Regular (10-13)	Bueno (14-16)	Muy Bueno (17-18)	Excelente (19-20)
		01	02	03	04	05
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje apropiado					X
2. OBJETIVIDAD	Esta expresado con conductas observables					X
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y calidad					X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización logica del instrumento					X
5. SUFICIENCIA	Valora los aspectos en cantidad y calidad					X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos					X
7. CONSISTENCIA	Basado en el aspecto teórico científico del tema de estudio					X
8. COHERENCIA	Entre las hipótesis, dimensiones e indicadores					X
9. METODOLOGÍA	Las estrategias responden al proposito del estudio					X
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías					X
Sub Total						
Total						

VALORACION CUANTITATIVA (total x 0.4)

VALORACION CUALITATIVA

VALORACION DE APLICABILIDAD

19
ACEPTABLE
VIABLE

01-13

14-16

17-20

Leyenda:

Improcedente

Aceptable con recomendación

Aceptable

 Lugar y Fecha: LIMA, 05/DE JULIO DEL 2017

Firma y Post-firma del Experto

 DNI: 09791982
