

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO**



**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Carrera Profesional de Derecho**



**TESIS**

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO**

**RAZONES JURÍDICAS PARA MODIFICAR, LA IRREVOCABILIDAD A  
“REVOCABLE” LA DECLARACION JUDICIAL DE FILIACIÓN  
EXTRAMATRIMONIAL, EN EL CODIGO CIVIL.**

**POR:**

**Sanchez Mera, Kely Julisa**

**ASESOR**

**Mg. Palomino Correa, Otilia Loyita**

**Cajamarca – Perú**

**Julio – 2023**

COPYRIGHT © 2022 DE  
Sánchez Mera, Kely Julisa  
Todos los derechos reservados

A:

A Dios y a mis Padres por cada experiencia de aprendizaje, guiar mi camino y cuidarme en cada paso; por brindarme la fuerza y paciencia necesaria para la realización del presente trabajo.

## **AGRADECIMIENTOS**

**A Dios:** Por guiarnos e iluminarnos en nuestra trayectoria académica, pues sin el Ser Supremo sería imposible alcanzar aquellas metas propuestas, agradecemos a su infinita bondad.

**A nuestros padres:** Quienes agradecemos por el esfuerzo por enseñarnos e inculcarnos buenos valores con el propósito de convertirnos en personas de bien y con su ejemplo de fortaleza nos han preparado para afrontar a la sociedad actual, brindándonos en todo momento su apoyo incondicional.

**A mi asesor:** Dra. **Otilia Loyita Palomino Correa;** Por el tiempo, paciencia y dedicación en lo más importante de nuestra tesis, porque sin ella no hubiese sido posible concretarlo.

## INDICE

TABLA DE CONTENIDO	
INDICE.....	v
ÍNDICE DE TABLAS.....	viii
RESUMEN .....	ix
ABSTRACT.....	xii
CAPITULO I.....	15
INTRODUCCIÓN .....	15
1.1    PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	17
1.1.1. <i>Descripción de la realidad Problemática</i> .....	17
1.1.2. <i>Definición del problema</i> .....	18
1.2. OBJETIVOS.....	18
1.2.1. <i>Objetivo general</i> .....	18
1.2.2. <i>Objetivos específicos</i> .....	19
1.2.3 <i>Justificación e Importancia</i> .....	19
CAPITULO II .....	21
MARCO TEÓRICO .....	21
2.1. ANTECEDENTES .....	21
2.2. TEORIAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN.....	26
2.2.1 Teoría General del Derecho de familia .....	26
2.2.1.1 <i>Teorías de la Familia</i> .....	27
2.2.2 Teoría de los derechos fundamentales .....	30
2.3 LA FILIACIÓN DENTRO ÁMBITO JURÍDICO PERUANO.....	32
2.3.1 Antecedentes de la Filiación.....	32
2.3.2. Concepto de Filiación:.....	34
2.3.3 Clases de Filiación: .....	39
2.3.3.1 <i>Filiación Matrimonial</i> .....	40
2.3.3.2 <i>Filiación Extramatrimonial:</i> .....	48
2.3.4 Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación: .....	55
2.3.5 Efectos Jurídicos de la Filiación:.....	56
2.4. TRAMITE DEL PROCESO DE FILACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	58
2.4.1 Características:.....	58
2.4.1.1 <i>El Juez Competente</i> .....	58
2.4.1.2. <i>Titular de la acción</i> .....	59
2.4.1.3 <i>De los lineamientos del proceso:</i> .....	60

2.4.1.4 Sistema abierto: .....	61
2.4.1.5 Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial .....	62
2.4.1.6 Adecuación de los procesos en trámite .....	64
2.4.1.7 Otras Características .....	64
2.4.2 Tramite del proceso de Filiación: .....	64
2.4.2.1 La demanda .....	64
2.4.2.2 De la defensa y la oposición .....	65
2.4.3 Del mandato de paternidad: .....	67
2.4.4 Declaración de paternidad. Sentencia .....	68
2.4.5 La apelación:.....	69
2.5 LA IRREVOCABILIDAD .....	70
2.5.1 La irrevocabilidad del Reconocimiento .....	70
2.6 HIPOTESIS .....	72
2.6.1 Operacionalización de Variables.....	72
CAPITULO III.....	75
3 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN .....	75
3.1 Enfoque .....	75
3.2 Tipo de Investigación .....	75
3.3. Diseño de investigación .....	75
3.4. Área de investigación:.....	76
3.5 Dimensión temporal o espacial.....	76
3.6. Unidad de análisis, población y muestra.....	76
3.7. MÉTODO .....	77
3.7.1 Dogmática Jurídica y Hermenéutica Jurídica .....	77
3.8    Técnicas de investigación .....	77
3.8.1. Observación documental .....	77
3.9.    Instrumentos .....	77
3.9.1. Fichas de observación documental .....	77
3.9.2 Fichas bibliográficas .....	78
CAPITULO IV .....	79
RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	79
LAS RAZONES JURÍDICAS PARA MODIFICAR LA IRREVOCABILIDAD A REVOCABLE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, EN EL CÓDIGO CIVIL SON:.....	79
4.1    Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento .....	79
4.1.1    Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento .....	79

4.1.1.1 <i>Las Notificaciones Judiciales</i> .....	79
4.1.1.2 <i>Fundamentación de la razón Jurídica</i> .....	81
4.1.2 Falta de algún requisito Razonable para plantear su oposición.....	82
4.1.2.1 <i>La Prueba de ADN</i> .....	82
4.1.2.2. <i>Fundamentación de la Razón Jurídica</i> .....	85
4.2 Cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento .....	87
4.2.1 Recurso de Casación 2151-2016 Junín- impugnación de paternidad. ....	87
4.2.2 Recurso de Casación N° 4430-2015 Huaura Impugnación de Paternidad .....	91
4.2.3 Recurso de Casación 1622-2015 Lambayeque. - Impugnación de paternidad.....	92
4.2.4 Fundamentación de la Razón Jurídica.....	93
4.3 Propuesta legislativa de modificatoria legislativa en el código civil.....	94
CONCLUSIONES.....	98
RECOMENDACIONES.....	100
REFERENCIAS.....	101

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Operacionalización de Variables .....	72
---	----

## RESUMEN

Nuestro proyecto de investigación busca abordar el tema de la irrevocabilidad de reconocimiento en la declaración judicial de Filiación extramatrimonial, regulado en el artículo 395 del Código Civil, ello con la finalidad de incorporar razones jurídicas por las que debe ser considerado revocable, ello porque consideramos que el que sea irrevocable vulnera diversos derechos de las partes dentro del proceso de declaración Judicial de paternidad extramatrimonial, y que también existen ciertas situaciones que no se justifican dentro de un proceso de este tipo; Como bien sabemos la filiación es un vínculo jurídico, el cual es existente entre dos personas, donde por un hecho natural o por un acto jurídico una persona es descendiente de la otra.

Dentro del marco jurídico de la relación filial puede darse que no toda persona tenga una filiación o estado filial o que la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, toda vez que el derecho extrae un efecto de tipo jurídico del primero que no siempre es idéntico; Esta figura es de suma importancia, ya que la filiación en el campo del derecho, junto al matrimonio forman los dos pilares fundamentales de esta rama del derecho. Pues si bien el primero constituye la base de la familia organizada, la filiación lo es de la estructura familiar: (el parentesco, provenga o no de la unión matrimonio). De la filiación derivan: el parentesco consanguíneo, la patria potestad, los deberes y derechos alimentarios, el nacimiento de incapacidades, la vocación hereditaria y el apellido. De todo lo mencionado planteamos lo siguiente

¿Determinar las Razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a Revocable de la declaración Judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil?

Para dar solución a mencionado problema centramos nuestra investigación en el área

correspondiente al Derecho civil y Derecho de Familia, pues como bien se sabe desde una perspectiva procesal al ingresar dos sujetos en un proceso filiación Judicial extramatrimonial, ya sea de parte demandante o parte demandada, ambas partes tienen iguales derechos frente al proceso, pero lo que se ha identificado y ha dado vida a nuestra investigación es que en el Proceso de Declaración judicial de Filiación Extramatrimonial se vulnera diversos derechos de ambas partes, ya que se considera la declaración judicial de filiación extramatrimonial como irrevocable, lo cual consideramos un tema muy cerrado y vulnerador de diversos derechos y principios. Por tanto la Investigación tiene como propósito principal, Determinar las Razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a Revocable la declaración Judicial de filiación extramatrimonial en el Código Civil; Dentro de los Objetivos específicos tenemos analizar el Derecho de Familia y La filiación Judicial de filiación extramatrimonial dentro ámbito del Jurídico Peruano, así como también Analizar “ la irrevocabilidad “ regulada el artículo 395° del Código Civil, del ordenamiento Jurídico Peruano y la legislación comparada ; También se analizar el trámite legal de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, dentro del ordenamiento Jurídico Peruano, y por último se realizara la propuesta legislativa de modificatoria del artículo 395° del Código Civil, en la declaración judicial de filiación extramatrimonial”. Como guía del presente se ha planteado como hipótesis alternativas: Hipótesis: las Razones jurídicas para determinar las Razones jurídicas para incorporar la revocabilidad de la declaración Judicial de filiación extramatrimonial dentro del artículo 395° del Código Civil “Irrevocabilidad del reconocimiento” son:

Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento porque no haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra o cuando no haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición, o cuando

el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento.

El trabajo de investigación es de naturaleza básica, descriptiva y se utilizarán como métodos de investigación, los métodos jurídicos entre ellos el dogmático y hermenéutico y las técnicas de análisis documental entre otras.

**Palabras Clave:** Irrevocabilidad, Vulneración de derechos, Filiación

**Línea de investigación:** Derecho Civil.

## **ABSTRACT**

Our research project seeks to address the issue of the irrevocability of recognition in the judicial declaration of extramarital filiation, regulated in article 395 of the Civil Code, in order to incorporate legal reasons why it should be considered revocable, because we consider that being irrevocable violates various rights of the parties within the process of judicial declaration of extramarital paternity, and that there are also certain situations that are not justified within a process of this type; As we well know, filiation is a legal bond, which exists between two people, where by a natural fact or by a legal act one person is a descendant of the other.

Within the legal framework of the filial relationship, it may be that not every person has a filiation or filial status or that the biological filiation may not perfectly coincide with the legal filiation, since the law extracts an effect of a legal nature from the first, which is not always is identical; This figure is of the utmost importance, since filiation in the field of law, together with marriage, form the two fundamental pillars of this branch of law. Well, although the first constitutes the basis of the organized family, the affiliation is of the family structure: (the kinship, whether or not it comes from the marriage union). From the affiliation derive: blood kinship, parental authority, duties and food rights, the birth of disabilities, the hereditary vocation and the surname. From all of the above, we propose the following: Determine the legal reasons to modify the irrevocability to Revocable of the Judicial Declaration of Paternity of extramarital filiation, in the Civil Code?

To solve this problem, we focus our research on the area corresponding to Civil Law and Family Law, since, as is well known from a procedural perspective, when two subjects enter an extramarital judicial affiliation process, either from the plaintiff or the

defendant, Both parties have equal rights in the process, but what has been identified and has given life to our investigation is that in the Process of Judicial Declaration of Extramarital Affiliation various rights of both parties are violated, since the judicial declaration of filiation is considered extramarital as irrevocable, which we consider a very closed issue and violates various rights and principles.

Therefore, the main purpose of the investigation is to determine the legal reasons to modify the irrevocability to Revocable the Judicial declaration of extramarital filiation in the Civil Code; Within the specific objectives we have to analyze the Family Law and the Judicial affiliation of extramarital affiliation within the scope of the Peruvian Legal System, as well as Analyze "the irrevocability" regulated by article 395 of the Civil Code, of the Peruvian Legal System and comparative legislation; The legal process of the judicial declaration of extramarital filiation will also be analyzed, within the Peruvian legal system, and finally the legislative proposal to modify article 395 of the Civil Code will be made, in the judicial declaration of extramarital filiation. As a guide to this, alternative hypotheses have been proposed: Hypothesis: the legal reasons to determine the legal reasons to incorporate the revocability of the judicial declaration of extramarital filiation within article 395 of the Civil Code "Irrevocability of recognition" are:

When the defendant has not participated in the recognition because he has not been aware of the process brought against him or when he has not raised his opposition in the affiliation process due to lack of any opposition requirement, or when the defendant has been misled in any way error by the mother of the minor to achieve recognition.

The research work is of a basic, descriptive nature and legal methods, including dogmatic and hermeneutic methods, and documentary analysis techniques, among others, will be used as research methods.

**Key Words:** Irrevocability, Violation of rights, Affiliation

**Research line:** Civil Law

# CAPITULO I

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis que se presenta continuación surge del hecho, de que consideramos necesario identificar las razones jurídicas por las cuales modificarla irrevocabilidad a revocable el reconocimiento de la declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial, ello con la finalidad de equiparar derechos de las partes dentro de un proceso judicial ,y también porque que se identificado que existen diversas situaciones jurídicas no reconocida por nuestros entes jurídicos, por las cuales si puede ser factible para la revocar la declaración judicial de paternidad, de ello surge la siguiente interrogante ¿Determinar las Razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable, en la declaración judicial de filiación extramatrimonial, en el Código Civil? ; Identificación la cual se ha desarrollado en los siguientes capítulos:

Se tiene el capítulo I en el cual se ha plasmado lo concerniente al problema de investigación y lo que ha llevado a arribar al problema base de la presente tesis, para poder cimentar el trabajo de tesis se ha desarrollado un objetivo principal, del cual desprenden una serie de objetivos específicos, los cuales han ayudado a arribar a la conclusión basándose en hechos fidedignos contrastados con la realidad problemática, que aunado a la justificación, ha hecho que se cree un documento real y acorde a la realidad jurídica actual.

Se ha continuado con el capítulo II; se desarrolló el Marco Teórico en el cual se identificó los antecedentes de la investigación, las teorías que

sustentan la investigación y las bases teóricas, conformado por la Filiación, el trámite de los procesos de filiación, y la irrevocabilidad del reconocimiento

En el capítulo III se consignó todo respecto a la metodología de la investigación; como el enfoque, diseño, la dimensión, unidad de análisis, universo y muestra así como los Métodos y las técnicas de investigación.

Determinar las Razones Jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, en el Código Civil; en este mismo capítulo se han desarrollado las conclusiones y recomendaciones correspondientes.

## 1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### *1.1.1. Descripción de la realidad Problemática*

En el Perú la problemática es diversa en los diferentes sectores y distritos judiciales en la regulación y tramitación de diversos procesos Civiles; entre uno de ellos hemos identificado la irrevocabilidad de la declaración de la paternidad en los procesos de filiación extramatrimonial el cual se encuentra regulado en el artículo N° 395 del Código Civil.

Como ya conocemos el reconocimiento de un hijo extramatrimonial es un acto unilateral, declarativo, solemne e irrevocable y no admite modalidad; pero cuando no se da voluntariamente, puede ser declarada por la vía judicial. De acuerdo con el artículo 402 del Código Civil la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada.

Según lo estipulado respecto del reconocimiento en el ámbito normativo podemos considerarlo como un acto jurídico obligatorio para el demandado (padre), quien es el responsable de brindar seguridad jurídica y derechos que respaldan al menor, lo cual se entiende como el derecho al nombre a la identidad, etc.; Pero también se tiene que tener en cuenta los derechos que tiene el demandado así como el reconocimiento le es obligatorio, también la misma norma debe otorgar el derecho de que este mismo sea revocable, cuando existan ciertos fundamentos u argumentos que determinen que no es el padre del menor que se le declaró padre mediante una declaración judicial de filiación extramatrimonial, ello en razón a que en nuestra realidad jurídica y social existen diferentes circunstancias que quedan en el aire sin regular, como por ejemplo que sucede si el demandado no tuvo conocimiento del proceso judicial de filiación extramatrimonial llevado en su contra y no pudo oponerse, que sucede si no puede oponerse cuando fue notificado por no tener la posibilidad

económica de contar con el dinero suficiente para el pago y presentación de un prueba de ADN, que pasa si la madre del menor lo indujo en error.

Otra situación que también afecta al demandado es por ejemplo en los casos que usualmente se demanda de manera acumulativa, la filiación y alimentos, se entiende la urgencia de los procesos, de resguardar los derechos de los menores bajo la supremacía del interés superior del niño y todas los medios jurídicos que lo protegen ; pero que sucede con el demandado que es también el responsable de asumir la responsabilidad de ser padre y brindar todo lo necesario para la subsistencia de un menor, que sucede si se comprueba que no es el padre, donde queda el tema de los alimentos y todas las responsabilidades dictadas respecto del menor.

Por tanto consideramos que existen diversas situaciones que se deben evaluar en este tipo procesos tan delicados y de suma urgencia, todo ello debe ser un punto a evaluar la demandante (madre) no son las que siempre tienen la razón.

Motivo por el cual consideramos que debe modificar en el artículo 395° del Código Civil, la Revocabilidad de la filiación como un derecho del demandado.

Ello en razón a equiparar derechos y obligaciones de las partes de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

### ***1.1.2. Definición del problema***

¿Cuáles son las razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable, en la declaración judicial de filiación extramatrimonial, en el Código Civil?

## **1.2. OBJETIVOS**

### ***1.2.1. Objetivo general***

Determinar las razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, en el Código Civil.

### ***1.2.2. Objetivos específicos***

- Analizar el Derecho de Familia y La filiación Judicial de Paternidad extramatrimonial dentro ámbito del Jurídico Peruano.
- Analizar “la irrevocabilidad “regulada el artículo 395° del Código Civil, del ordenamiento Jurídico Peruano y la legislación comparada
- Analizar el trámite legal de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, dentro del ordenamiento Jurídico Peruano
- Realizar la propuesta legislativa de modificatoria del artículo 395° del Código Civil “Irrevocabilidad del reconocimiento”, a REVOCABLE en la declaración judicial de filiación extramatrimonial

### ***1.2.3 Justificación e Importancia***

Buscamos a través de nuestra investigación desarrollar una reflexión académico jurídico sobre las acciones inmediatas que se deben desarrollar en algunos entes del estado respecto a los tramites seguidos en los procesos de declaración judicial de filiación extramatrimonial a la vez mencionar que esta propuesta de investigación alcanza su propósito a nivel teórico, por cuanto se busca generar reflexión y debate académico en torno a lo que ya se conoce como la equidad de derechos y obligaciones dentro de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sin vulnerar derechos de ningunas de las partes dentro de un proceso.

En definitiva, se busca solucionar un problema referente a la vulneración de diversos derechos de cada una de las partes procesales, en los procesos de declaración Judicial de filiación extramatrimonial, considerada irrevocable por el artículo 395° del Código Civil, así como también buscamos determinar las razones jurídicas por las cuales el reconocimiento así como es obligatorio sea un derecho revocable, cuando existan circunstancias en las que el demandado no sea el padre de quien se le declare la paternidad.

Aunado a ello, se debe tener en cuenta que esta investigación al ser innovadora tiene una relevancia jurídico social para los abogados litigantes y jueces, ello por cuando de un lado les permitirá a los letrados actuar con probidad; y beneficia también a los magistrados, puesto que no solo les permitirá, contribuir de esta manera al área del derecho civil y Derecho de Familia, por cuanto esperamos que el resultado de la presente investigación sea doctrinariamente adoptado.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES

Se ha llevado a cabo la búsqueda de investigaciones referente al problema propuesto, habiéndose encontrado que si existen tesis similares en los repositorios de las universidades, relacionado al principio de igualdad de partes dentro de los procesos penales.

Hilda, Melo (2016) llevo a cabo la investigación titulada “El proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en lima metropolitana” con la finalidad de optar el Grado Académico Maestro en Derecho Civil y Comercial en las conclusiones indica: Que Existe relación entre el proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto); Existe relación entre el reconocimiento voluntario de la filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. La filiación se prueba con las partidas de nacimiento del hijo. También puede demostrarse con otro instrumento público en los casos en que el padre haya admitido en forma expresa que el hijo efectivamente es suyo; Existe relación entre la filiación judicial extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño. Se refiere a los hijos concebidos y nacidos fuera de una relación matrimonial: en éste caso para establecer la filiación se requiere el

reconocimiento efectuado por el respectivo padre o madre o en su defecto un sentencia declaratoria, el reconocimiento es un acto personal que se puede realizar en el registro al momento de declararlo, así como otras formas señaladas en los artículos 390 y 391 del Código Civil.

También, se tiene la investigación titulada “Irrevocabilidad vs. Anulabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial y los paradigmas de su aplicación práctica en el derecho familiar peruano”, elaborada por Aguinaga Vásquez Grace Johana para obtener el título de abogado, en esta concluye que: El reconocimiento es el acto con naturaleza jurídica e índole familiar, que puede realizarse por escritura pública, por testamento o ante el registro de nacimientos, por el que un sujeto-reconocerte le atribuye la posición de hijo y con esta todos los efecto jurídicos que produce una filiación a otro sujeto reconocido, teniendo como caracteres jurídicos la unilateralidad, voluntariedad, formalidad, irrevocabilidad. El reconocimiento se encuentra ligado a diversos derechos, entre los que tenemos el derecho a la identidad, el derecho al nombre, el derecho a la verdad biológica, el derecho a conocer su origen biológico y vivir en familia; el carácter familiar del reconocimiento viene dado en razón del emplazamiento de estado que se produce entre reconociente y reconocido, pues en virtud de este, se origina la relación paterno filial y se cumple su finalidad. Es precisamente el cumplimiento de este fin una de las características y requisito para poder calificar como índole familiar a un acto jurídico ya que no cualquiera puede gozar de la protección normativa, nacional e internacional de la que goza el derecho de familia- que se limita sólo aquellos actos que dan origen, modifican, conservan o extingan relaciones jurídicas familiares; existen diversas acciones tendentes a invalidar y dejar sin efectos el reconocimiento, pues además de la impugnación del reconocimiento, la legislación comparada y algunas

jurisprudencias nacionales no vinculantes han facultado la posibilidad de nulidad y la anulabilidad del reconocimiento. Estas tres figuras se distinguen por la forma en la que buscan la invalidez y/o la ineficacia, pues mientras la impugnación busca atacar el vínculo biológico, la nulidad pretende invalidarlo por carecer de los requisitos esenciales para la realización de un acto jurídico; y la anulabilidad, al igual que la nulidad, no pretende desacreditar la relación consanguínea sino lograr la ineficacia del reconocimiento pues este se celebró por alguien relativamente capaz o por adolecer de un vicio del consentimiento; los criterios que deben tenerse en cuenta en una acción de anulabilidad de reconocimiento de hijo extramatrimonial son, la legitimidad con la que el reconociente puede iniciar la acción por la vía procedimental cognoscitiva ante un Juez de familia, para lograr la ineficacia del reconocimiento realizado por incurrir en una de las causales previstas para la anulabilidad, teniendo como plazo un año de conocida la causal para interponer la acción y dos años de conocida la causal o de cumplida la mayoría de edad, de iniciar la acción el propio reconocido.

Asimismo, en la tesis titulada “El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial”, elaborada por Vanessa Pinella Vega obtener el título de Abogado, concluyo: 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; los derechos del presunto padre como el debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y cosa juzgada merecen ser respetados, pero desde ningún punto de vista pueden ser invocados por el demandado para evadir su responsabilidad y privar al reclamante el derecho a conocer su realidad biológica, su identidad. Pensamos que el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima de estos derechos que invoca el presunto padre para evadir responsabilidades que debería asumir como tal en el caso que las pruebas demostraren que existe el vínculo biológico entre ambos. Creemos

que no pueden considerarse vulnerados los derechos del padre, y todo caso está justificada por la necesaria protección del derecho a la identidad del niño, que se puede ver reflejado en el interés superior del niño/niña.

De otro lado, tenemos la tesis “El protagonismo del padre biológico como titular de la acción contestataria en la filiación matrimonial en pro al derecho de identidad del menor, Huancavelica, 2019”, cuyo autor es Shiraan Shoneyth Laurente Aguirre, la presento para optar el título profesional de Abogado, Afirma que: Se ha encontrado evidencia empírica para determinar que sí, resulta trascendental el protagonismo del padre biológico como titular de la acción contestataria en la filiación matrimonial en pro del derecho a la identidad del menor, Huancavelica 2019, Se ha encontrado evidencia empírica de que, si es necesario para establecer y regular la intervención del padre biológico como titular de la acción contestataria en la filiación matrimonial en pro del derecho a la identidad del menor, Huancavelica – 2019; Se ha encontrado evidencia empírica de que si, cabe una colisión entre el derecho a la identidad del menor y la protección del derecho a la familia, Huancavelica – 2019.

Por ultimo tenemos la investigación “La invalidez del reconocimiento de hijo extramatrimonial frente al artículo 395 del código civil y la conveniencia de su procedencia en relación al interés superior del niño y la verdad biológica” elaborada por Claudia María Ochoa Medina, para optar el Título profesional de Abogado; concluye lo siguiente: El reconocimiento es el acto jurídico mediante el cual, se declara filiación extramatrimonial, debiendo ser una traducción fiel de identidad biológica a jurídica, desplegándose entre reconociente y reconocido, una serie de derechos y obligaciones como alimentos, patria potestad, sucesión, entre otros; existen dos medios impugnatorios del reconocimiento, la impugnación propiamente

dicha, que contradice el vínculo biológico (reconocida expresamente en el Artículo 399° del C.C); y la invalidez del reconocimiento, que ataca este acto por un vicio o ausencia de algún elemento en su estructura (valorada en la doctrina, e indirectamente reconocida en el Artículo 399° del C.C); El reconocimiento es una institución que pretende establecer filiación biológica a partir de un nexus sanguinis, por ello cuando la invalidez del reconocimiento procede, permite proteger esta institución y la verdad biológica que debe de estar presente en todos los reconocimientos, por ello nuestro sistema jurídico promueve la investigación de paternidad mediante las pruebas heredobiológicas; la invalidez del reconocimiento es un medio impugnatorio garantista y protector del interés superior del niño, toda vez que su procedibilidad permite la tutela de los derechos del reconocido como la identidad biológica, verdad biológica y filiación biológica; esclareciendo los vínculos biológicos del menor e instándolo para que inicie la investigación de su paternidad.

## **2.2. TEORIAS QUE SUSTENTAN LA INVESTIGACIÓN**

### **2.2.1 Teoría General del Derecho de familia**

Varsi ( 2011) El término familia se utiliza para referirse a una amplia gama de relaciones, variando, las mismas, históricamente y culturalmente. A pesar de esta diversidad, la familia sigue siendo generalmente entendida como la principal organización social que forma los pilares fundamentales de la sociedad. En esta entrada, se esboza la historia del desarrollo de la familia, y en esta otra se discuten los muchos tipos de organizaciones familiares que se encuentran en todo el mundo. En la presente entrada, quizás a modo de conclusión, se introducen teorías de cómo se estudian y conceptualizan las familias, jurídica y socialmente.( Pag.210)

### **2.2.1.1 Teorías de la Familia**

Las teorías de la familia se pueden clasificar ampliamente en tres tipos: funcionalismo y/o teoría de sistemas, teorías individualista, y feminismo.

#### **Funcionalismo:**

El funcionalismo estructural generalmente argumenta que las sociedades se esfuerzan por el equilibrio y resisten el cambio. La sociedad es un sistema constituido por unidades únicas, y cada unidad aporta un propósito específico a la supervivencia del todo. La familia es una de estas unidades, y sirve a algunas de las funciones de equilibrio más importantes de la sociedad, incluyendo la reproducción y la socialización. (Tal vez sea de interés más investigación sobre el concepto). ( Ferrando, 1989, p.74)

Algunos funcionalistas se centran en los propósitos similares que las familias han servido a través de la historia. Otros se centran en la naturaleza cambiante de las familias. La teoría de sistemas se basa en los mismos supuestos pero analiza cómo las unidades dentro de un sistema responden a las presiones externas. Por lo tanto, los investigadores académicos que usan teorías de sistemas se centran en los procesos de comunicación y aprendizaje repetidos que las familias usan para mantener el equilibrio y resolver conflictos. ( Ferrando,1989, p.75)

El funcionalismo y la teoría de sistemas pueden ser criticados por enfocarse demasiado en la familia nuclear, pero han tenido éxito en el desarrollo de estrategias terapéuticas en el campo de la psicología clínica. ( Ferrando, 1989, p.76)

### **Individualismo:**

Las teorías individualistas o bien se centran en los símbolos que una familia encarna, tales como valores e identidades y cómo cada persona dentro de una familia guía su comportamiento de acuerdo con estos símbolos (“interaccionismo simbólico”), o toma una perspectiva más económica (“teoría del intercambio”, en la cual los individuos buscan un “beneficio” de una relación. (Tal vez sea de interés más investigación sobre el concepto). ( Rotondo, 1970, p.91)

Si un individuo es recompensado por su interacción con otro (como el cumplimiento personal o la aceptación social), esta interacción probablemente se repita. Estas perspectivas aparecen sobre todo en la literatura occidental, donde el individualismo y la teoría económica liberal tienen más prominencia que en otras partes del mundo, y por lo tanto puede no ser tan útil para entender a la familia desde un punto de vista global. Sin embargo, la teoría del intercambio se presta bien a entender el poder analizando quién tiene más recursos en una relación dada. ( Rotondo, 1970, p.93)

Las teorías anteriores de la familia tácitamente asumieron que la familia es un sitio vacío de la dinámica de la energía.

### **Feminismo:**

El feminismo (compromiso con una mejora del papel social de la mujer, que suele reflejarse en el sentido de promover la igualdad sexual) ha sido particularmente activo en la teorización de la familia. Aunque hay una serie de perspectivas diferentes dentro de la teoría feminista, comparten tanto el intento de entender el

estatus desigual de las mujeres en la sociedad en general como dentro de la familia y el compromiso de cambiar estas desigualdades. ( Rotondo, 1970, p.105)

Algunas feministas creen que la fuente de la desigualdad radica en las barreras legales que impiden que las mujeres entren en la vida pública. La supresión de estas barreras daría lugar a una relación más equitativa entre los hombres y las mujeres de la familia. ( Rotondo, 1970, p.107)

Otras feministas celebran los papeles históricos de las mujeres como criadores y proponentes y exigen que la sociedad ponga estas contribuciones únicas en pie de igualdad con los roles tradicionales de los hombres como sostén de la disciplinarios. Finalmente, otras feministas han encontrado inspiración en el marxismo, y creen que la subordinación de las mujeres en el hogar refleja la subordinación de la clase obrera a la clase capitalista. El capitalismo, en definitiva, depende de una división del trabajo a lo largo de las líneas de género y de clase. ( Rotondo, 1970, p.112)

Al interrogar al modelo tradicional de la familia nuclear, las feministas han obligado a los teóricos a evaluar si la familia nuclear debe considerarse el ideal y han centrado la atención en otros modelos, contribuyendo así a una comprensión más multicultural de la familia. Las perspectivas feministas también tienen la ventaja de conceptualizar el lugar de la familia dentro de estructuras económicas y gubernamentales más grandes. Sin embargo, el feminismo (compromiso con una mejora del papel social de la mujer, que suele reflejarse en el sentido de promover la igualdad sexual) también ha sido criticado por su carácter abiertamente político, así como por su estrecha atención a las mujeres. ( Rotondo,1989, p.122)

## 2.2.2 Teoría de los derechos fundamentales

Para la realización de la actual investigación; es menester tomar como teoría principal de la misma, a la teoría de los derechos fundamentales planteada por

Robert Alexy (1993, pp. 27-28), de la que se puede desprender: Se entiende a la teoría de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy encuadrada como una teoría cuyo objeto y carácter se desprenden primordialmente de lo conocido como Derechos Fundamentales; además, se le puede otorgar un triple perspectiva por lo que; en mérito a la primera perspectiva, se considerará a la teoría de los derechos fundamentales como aquella vinculada a la Ley Fundamental, en un segundo plano referente a la perspectiva denotada de la teoría de los derechos fundamentales, podemos conceptualizar a la misma como una teoría encarnada al ámbito jurídico; finalmente y en la tercera perspectiva que le otorga a esta teoría, es menester acotar que la teoría de los derechos Fundamentales será tomada como una teoría de carácter general

De igual forma podemos llegar a aseverar que en referencia a la Teoría de los Derechos Fundamentales, su autor procede a asegurar que una Teoría de la ley fundamental es aquella teoría de determinados derechos fundamentales los cuales deben obligatoriamente tener la condición de ser positivamente válidos.

Ya en referencia a la concepción de la teoría de los derechos fundamentales como teoría jurídica, el autor plantea entenderla de acuerdo a que una teoría de carácter jurídico vinculada a los Derechos Fundamentales de la Ley Fundamental, es por su calidad de teoría del derecho positivo, una teoría de carácter dogmático

Ya en referencia a la tercera perspectiva referente a tomar la Teoría de los Derechos Fundamentales como teoría de carácter general; el autor pretende asegurar

que el alcance que una teoría pueda tener se dará en mérito a los problemas que la misma plantea resolver; en el caso principal de los derechos de libertad por ejemplo una teoría no se encontrará como general si es que solo abarca este aspecto; sin embargo para gozar del carácter de teoría general, la misma debe solventar además del derecho a la libertad en esencia todos los derechos fundamentales.

## **2.3 LA FILIACIÓN DENTRO ÁMBITO JURÍDICO PERUANO**

### **2.3.1 Antecedentes de la Filiación**

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción). (Chamorro, 1994, p. 294)

Sin embargo, la más relevante relación de parentesco existente en la ciencia jurídica es la establecida entre el padre/madre e hijo. Es así, que se puede decir que, dentro de las múltiples relaciones parentales, dada la proximidad de vínculo y sólida afectividad recurrente, la filiación es la principal, ésta genera la relación jurídica más trascendente de la persona en torno a la cual, descendiente y ascendiente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias legales. (Chamorro, 1994, p. 295)

Asimismo, se tiene que Paz Espinoza, citado por Varsi (2001), considera a la filiación como un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos. ( p.54)

En Roma, la prole fue considerada como un favor de los dioses. Su carencia un castigo. Sobre la base de un criterio religioso se procuraba que más personas rindiesen culto a sus antepasados, consideraban a la procreación como símbolo de la fertilidad, los infértiles encontraron en la adopción el remedio social para seguir con las tradiciones asumiendo el rol de padres; asimismo, se tiene que el matrimonio concedía un status matrimonial al hijo concebido y nacido fuera del matrimonio. Ambos, legitimado y legítimo, tenían los mismos derechos y obligaciones, así

también el adoptivo; los tres eran iguales, el ilegítimo era natural o no natural, dependiendo de la capacidad nupcial de sus padres, y mientras más grave –moral y éticamente- era el impedimento, menos derechos tenían (bastardos, adulterinos, incestuosos, sacrílegos). Los naturales heredaban en inferior proporción a los legitimados. (Varsi, 2001, p.63)

Siendo así, se tiene también la relación mediante la adopción, la cual constituye otra fuente, pero se caracteriza por ser de índole legal, por cuanto es la ley, la que establece o regula las relaciones entre los contrayentes del acto jurídico. A la adopción se le llama también parentesco artificial porque tiene su acto jurídico contractual, que crea entre dos personas, (adoptante y adoptado), relaciones fuera o forzosamente civil, pero esto no extrae de su propia familia a los contrayentes, sino que pueden conservar las relaciones con su propia familia. Asimismo, señala que antes la filiación fue legítima e ilegítima. Luego matrimonial y extramatrimonial, hasta hoy. La tendencia es identificar los derechos de los hijos sin importar su origen. Se es hijo independientemente de la forma, circunstancia y medio en que fue procreado. (Varsi, 2001, p.63)

Las antiguas legislaciones consagraron no solamente una diferencia muy grande entre ambas filiaciones, sino que deprimieron a la ilegítima; en lo cual no hacían sino reflejar un estado social de ánimo muy arraigado.

A palabras de Cornejo (1999) Las más radicales distinguieron no sólo a los hijos legítimos de los ilegítimos o bastardos, sino que sub clasificaron a estos últimos en naturales y espurios; volvieron a subdividir a los últimos en fornezinos, sacrílegos, y mánceres; y sub clasificaron una vez más a los primeros en adulterinos o notos e incestuosos (incluyendo a los nefarios). (p.11)

Siguiendo la idea de Cornejo (1999), citado ya en el párrafo anterior, se tiene que la tendencia universal contemporánea se dirige a reducir la distancia que anteriormente existía entre los hijos legítimos e ilegítimos. En algunos casos, se ha suprimido la diferencia (Constitución Cubana, Constitución de la República Española, Código de Familia de la Unión Soviética, de Rumanía, de Cuba, de Bolivia y otros). (p. 12)

### **2.3.2. Concepto de Filiación:**

La palabra “Filiación” deriva del latín “filius, fiii” y era pronunciado por los antiguos españoles, como fillo, fiio y por último hijo.

Es la descendencia de padres a hijos; o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre. (Cornejo, 1999, p.721)

Para Cornejo (1999), la filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o dicho en otros términos es la relación que existe entre el padre y el hijo. La filiación es el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra, o de un tronco común; y tienen como consecuencia un carácter exclusivamente genealógico. (p.722)

Arias, citado por Gallegos (2009), puntualiza que “la filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y, por consecuencia, derechos y obligaciones vinculadas a ellos; sobre todo, de alimentos y hereditarios. Las relaciones de parentesco son, según sea parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay, también, entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay, igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo del otro. La hay, en fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc. (p. 253)

Dice Pecorella, citado por Varsi Rospigliosi, que el concepto de filiación no tiene, en sentido jurídico, una autonomía propia: es más bien una calificación directa en la clasificación de sus varios tipos posibles de unión posible previstos en la ley y vistos en la conciencia social sea favor o en contra. La maternidad y la paternidad fueron siempre consideradas como hechos biológicos, antes que el sistema jurídico les reconociera efectos jurídicos, razón por la cual filiación fue prima facie como un natural que existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre, no así jurídicamente. Este hecho natural para hacerse valer requiere como presupuesto el haber ido determinado legalmente. Es un hecho y relación jurídicamente relevante. (Varsi, 2001, p. 265)

Pero de todas estas relaciones, la más importante es, sin duda, la que se llama filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto). Desde este último punto de vista, que es el que particularmente nos interesa, la relación parental se denomina más propiamente paterno – filial, pues si desde el ángulo del hijo se llama filiación, desde el punto de vista de los progenitores se denomina paternidad o maternidad. (Varsi, 2001, p. 267)

Ahora bien, tradicionalmente y por mucho tiempo se distinguió en la filiación dos variedades básicas: la matrimonial generalmente llamada legítima, es decir, la que corresponde al hijo tenido por padres casados entre sí; y la extramatrimonial apellidada ordinariamente ilegítima, originada en relaciones de un varón y una mujer no casados entre sí. (Malqui, 2002, p. 729)

Jurídicamente la filiación es la relación directa que existe entre dos personas considerada la una como padre o madre de la otra. En consecuencia, los elementos que constituyen la filiación, son los siguientes:

- a. El hecho del parto de determinada mujer en una determinada época la identidad del hijo, en la maternidad natural.
- b. El parto de la presunta madre en una determinada fecha, la identidad del hijo y el estado de matrimonio, en la maternidad legítima (matrimonial).
- c. El hecho de la generación realizada por el hombre en la paternidad.

El derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como sujetos a los padres respecto de los hijos y, recíprocamente, que atañen tanto a la constitución, modificación y extinción de la relación, cuanto al contenido que atañe a su objeto, es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad. (Malqui, 2002, p.734)

Desde esta amplia perspectiva el derecho de filiación abarca la institución de la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y, también, los deberes – derechos asistenciales en general. Sin embargo, tradicionalmente, la patria potestad ha sido caracterizada como el ejercicio de la autoridad de los padres, y, entonces, se reserva – en un sentido más restringido – la denominación “derecho de filiación” al conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia que implica la relación jurídica paterno – materno – filial, y, consecuentemente, la modificación o extinción de dicho estado de familia. (Zannoni, 1997, p. 313)

Para el autor Vásquez. (1998) que la filiación es el estado de una persona considerada como hijo en sus relaciones con su padre o con su madre. Todo lo crea un estado civil, relaciones de familia y determinados derechos y obligaciones emergentes del mismo; pero olvidan que éste es el resultado del emplazamiento previo en el carácter del padre e hijo. (p.517)

Esta relación tiene pues una base biológica inexcusable; sin embargo, no hay equivalencia plena entre relación biológica y relación jurídica de filiación, ya que la procreación no siempre crea una filiación trascendente para el derecho, por eso existen progenitores que no son padres jurídicamente y padres que para el derecho no son progenitores (como el caso de la adopción), pero también progenitores que saben ser padres. (Vásquez, 1998, p. 519)

Todo ser humano cuenta con una filiación por el sólo y único hecho de haber sido engendrado, esta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción con relación a los progenitores. A decir de Galindo Garfías: “La filiación es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde se deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc. De la procreación deriva la filiación que implica el emparentamiento genealógico entre dos personas, y el vínculo jurídico paterno filial. (Vásquez, 1998, p. 519)

Por todo ello, recordemos que la segunda fuente del Derecho de Familia es la procreación; es decir, que una pareja por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico jurídico entre los progenitores: padre y madre y, el hijo de ambos. Desde el punto de vista jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad

cuando es visto desde el lado de los padres – la maternidad queda involucrada en este concepto- y de la filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, de aquí que la paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y deberes. (Vásquez, 1998, p. 523)

### **Procreación y Filiación:**

Para el autor Zannoni (1997), la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad. De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así, esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores – mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal- e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto. (p.313)

Asimismo, señala que lo fundamental es precisar que la procreación es el hecho biológico presupuesto en la constitución de la filiación. Ésta es, pues, una categoría jurídica referida a aquel presupuesto. Sin embargo, ello no obsta a que pueda hablarse de procreación sin filiación en la medida en que exista una discordancia, entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico. Así, la exposición de un recién nacido, o su abandono, sin que exista el reconocimiento alguno por parte de su padre y su madre, impide establecer la relación paterno-filial, salvo que

se la reclame mediante la acción correspondiente. Mientras tanto, el hecho biológico de la procreación no trasciende, evidentemente, en filiación determinada.

(Zannoni,1997, p.314)

### **2.3.3 Clases de Filiación:**

La filiación, atendiendo a los hechos o actos que lo originan, puede ser:

**a) La filiación legítima (matrimonial):** Supone el hecho de la procreación y que esa procreación se haya efectuado, cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial (hecho jurídico) da lugar al parentesco legítimo.

Por ello, Vásquez García, considera que la idea de esta filiación va inseparablemente unida a la del matrimonio entre los progenitores, que es su causa esencial. De aquí, en tesis general, se diga que corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres. (Vásquez, 1998, p.519)

**b) La filiación natural, ilegítima o extramatrimonial:** Solo existe la procreación (hecho material), pero no el acto jurídico del matrimonio de los padres, da lugar al parentesco ilegítimo. Recibió y recibe todavía en algunas legislaciones, discriminaciones según que el hijo hubiera sido engendrado cuando los padres no podían contraer matrimonio válidamente por mediar impedimentos dirimentes, reservándose la denominación de hijos naturales a los concebidos por progenitores que, en la época de la concepción, si bien no estaban casados, no tenían impedimentos para hacerlo. (Vásquez, 1998, p.522)

**c) La filiación adoptiva:** Difiere profundamente de las dos anteriores, no supone ni procreación ni matrimonio, sino que es el producto de una convención o acto jurídico que se celebran entre adoptante y adoptado y que el legislador acepta

gustoso, porque con ello se tiende a dar una familia a quienes carecen de ella y un hijo aquellos a quienes la naturaleza u otros factores les ha negado. (Vásquez, 1998, p.524)

La circunstancia que la filiación legítima suponga que los padres se encuentren unidos en matrimonio justifica las muchas diferencias existentes entre el hijo legítimo y el hijo extramatrimonial.

### ***2.3.3.1 Filiación Matrimonial***

#### **A) Concepto**

La filiación matrimonial deriva de las palabras latinas filius y matrimonium, que significa hijo que procede de padres casados, es decir, hijo nacido de padre y madre que han contraído matrimonio de acuerdo a las formalidades establecidas por nuestra ley civil. (Malqui, 2002, p. 722)

Así se tiene que la doctrina nacional, considera que la filiación legítima tiene su origen en el matrimonio, que solo tendrá calidad de legítimo aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, por otra parte, se señala que la filiación legítima es una relación jurídica íntimamente vinculada al matrimonio de los padres, así también que la filiación legítima es un vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. Otros la consideran como la relación parental más importante que a partir de una realidad biológica, es decir, la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tienen como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos. (Malqui, 2002, p. 722)

## **B) Presupuestos:**

El presente acápite será desarrollado siguiendo los presupuestos abordados por Mallqui Reynoso, en su libro Derecho de Familia, los cuales detallamos a continuación:

### **b.1. Matrimonio de los Padres:**

En virtud de un matrimonio civil válido o putativo (contraído de buena fe por uno o ambos cónyuges) de los progenitores es el que se define la filiación matrimonial frente a la filiación extramatrimonial. En términos generales podemos decir que el matrimonio es un requisito formal y legal que tiene por propósito la unión espiritual y corporal en forma permanente de un hombre (esposo) y una mujer (esposa), asociados bajo un mismo fin la procreación (hijo o hijos matrimoniales) y perfección de la especie, mutuo auxilio y consecuencia de la más plena convivencia comunitaria, sancionada por la ley y solo disoluble, en los casos especificados.

Por último, debe señalarse que si no se probara el matrimonio civil de los padres con el certificado de la partida de matrimonio respectiva, no se puede hablar que hay filiación matrimonial. (Malqui, 2002, p. 727)

### **b.2. Concepción y Nacimiento:**

Según este requisito tanto la concepción como el nacimiento deben darse dentro del matrimonio, sin embargo, no siempre esto ocurre, como es el caso del hijo nacido con anterioridad a la celebración del casamiento, pero nacido estando vigente el matrimonio o el caso del hijo concebido durante el matrimonio y que nace con posterioridad a su disolución o anulación. (Malqui, 2002, p. 728)

Pero esto, varía según se tenga en cuenta las teorías siguientes:

**Teoría de la Concepción:** para esta teoría, solo tendrá calidad de hijo matrimonial aquel cuya concepción sea obra de dos esposos, así sea que nazca durante o después de disuelto o anulado el matrimonio. Ocurre, sin duda, que el hijo concebido fuera del matrimonio se encuentre a continuación legitimado por la unión tardía de sus padres, es decir que el hijo legitimado se asimila en hijo legítimo no para el pasado sino para el futuro (legitimación que ha sido descartada por nuestro Código Civil vigente). (Vásquez, 1998, p.527)

**Teoría del Nacimiento:** a diferencia de la teoría anterior, esta teoría considera hijos matrimoniales a los concebidos antes de la celebración del casamiento y a los nacidos durante la vigencia del mismo, mas no a los nacidos después de la disolución o anulación del matrimonio, así hayan sido concebidos durante su vigencia. (Vásquez, 1998, p.528)

**Teoría Mixta:** para esta última teoría, se tiene en cuenta las dos teorías anteriores, es decir, se considera hijos matrimoniales a los concebidos con anterioridad a la celebración del matrimonio y a los que nazcan durante su vigencia, así como a los concebidos durante la vigencia del matrimonio, pero que nazcan con posterioridad a la disolución o anulación de este. (Vásquez, 1998, p.529)

Al respecto nuestro Código Civil vigente opta por la teoría mixta al señalar en su artículo 1 que: “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento” pero “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece” asimismo, el artículo 361° preceptúa que “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. En tal sentido serán hijos matrimoniales los nacidos durante la vigencia del matrimonio, a pesar de

que hayan sido concebidos antes de la celebración del casamiento, así como serán considerados también hijos matrimoniales los nacidos después de disuelto o anulado el matrimonio, que hubieran sido concebidos dentro de él. (Vásquez, 1998, p.530)

Ahora bien, conviene saber cuál es el periodo de gestación (tiempo que transcurre entre la concepción y el nacimiento) a fin de establecer debidamente la filiación del hijo que nació poco después de celebrado el casamiento o el del hijo que nació después de haberse disuelto o anulado dicho vínculo matrimonial, lo cual no es fácil de establecer, debido a que en la actualidad la ginecología cuenta con los medios necesarios para adelantar o retrasar el parto, tratándose así de burlar nuestra ley, sin embargo, esto puede ser corregido si consideramos que existen algunos casos donde la concepción no ocurre dentro de los plazos previstos por nuestra ley; y además si tomamos en cuenta que hoy en día no sólo contamos con pruebas biológicas para resolver el problema de la paternidad sino que también contamos con pruebas genéticas a fin de poder determinar en forma casi segura la inclusión o exclusión de la paternidad. (Vásquez, 1998, p.531)

### **b.3. Maternidad de la Cónyuge:**

Es la condición o estado de madre de la mujer casada, es decir, la unión de la madre casada y el hijo (matrimonial) por el vínculo de la maternidad, lo que prueba la maternidad de la cónyuge, admitiéndose así la presunción de paternidad. (Vásquez, 1998, p.537)

Además, para la prueba de este presupuesto básico de la filiación matrimonial es necesario comprobar:

- El parto de la cónyuge, y
- Que este hijo es aquel de que se trata.

Se debe de tener en cuenta que el hijo siempre debe presumirse matrimonial (mientras que el marido no lo niegue u obtenga sentencia a favor) debido a que el Código Civil vigente en su artículo 362° señala que: “el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”. (Vásquez, 1998, p.537)

#### **b.4. Paternidad del Cónyuge:**

Para Vásquez (1998) Es la condición o estado de padre del hombre casado, es decir la unión del padre casado y el hijo (matrimonial) habido en su cónyuge a través del acto procreador. Sin embargo, el problema para determinar esta paternidad es el que ha dado lugar a que en la doctrina surjan varios sistemas para suplir la prueba de paternidad. Entre ellos tenemos:

a) El sistema negativo: Este sistema es típico de la sociedad primitiva, pues se dice que el padre no tenía existencia jurídicamente, por tanto el hijo solo quedaba vinculado a su madre y a la familia de ésta. (Vásquez, 1998, p.539)

b) El sistema arbitrario: También conocido en el Derecho romano como el Tollere liberum, es decir la aceptación o no aceptación del hijo por el padre (la filiación paterna quedaba a la voluntad del padre). (Vásquez, 1998, p.539)

c) El Sistema legal: Según este sistema el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al hombre casado por la presunción pater is est quen nuptiae demonstrant, que en puridad no ha existido nunca. (Vásquez, 1998, p.539)

d) El sistema judicial: A diferencia del sistema anterior, este sistema, no admite presunciones legales, debido a que la relación padre e hijo tiene que probarse dentro de un proceso judicial. (Vásquez, 1998, p.539)

e) El Sistema de la Prueba Biológica, Genética u otras Pruebas de validez científica: En la actualidad, los procesos judiciales de filiación son resueltos generalmente por la prueba del ADN (porque determinan la inclusión o exclusión de la paternidad en un 99,999...%) u otras pruebas (que por lo general se limitan a excluir la paternidad mas no determinar ésta). (Vásquez, 1998, p.539)

f) El Sistema Mixto: La teoría mixta, adoptada por nuestro Código Civil vigente a diferencia del Código Civil derogado que optó por un sistema legal y judicial). Se funda en que la paternidad viene impuesta por la ley (sistema legal), la cual tiene que ventilarse en un proceso judicial en caso de negar o impugnar dicha paternidad que le es atribuida al marido (sistema judicial), pero que debe ser demostrada con la prueba biológica, genética u otras de validez con mayor o igual certeza (Sistema de la prueba biológica, genética u otras pruebas de validez científica). (Vásquez, 1998, p.540)

#### **b.5. Prueba de la Filiación Matrimonial:**

Según Gallegos. (2009) “la prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere, en nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, testigos o documentos”. (p. 265)

Con arreglo a lo previsto en el artículo 375°, primer párrafo, del Código Civil, la filiación matrimonial se prueba con las partidas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, o por otro instrumento público en el caso del artículo 366°,

inciso 2, del indicado Código Sustantivo, o por sentencia que desestime la demanda en los casos del artículo 363° del Código Civil. El inciso 2 del artículo 366° del Código Civil prescribe que el marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363°, inciso 1 y 3, de dicho cuerpo de leyes. (Gallegos, 2009, p. 268)

Según Vásquez (1998), “la prueba de filiación matrimonial puede verse como el título con el cual una persona acredita frente a terceros dentro o fuera del juicio el estado de hijo matrimonial”. Así, también considera que puede entenderse como prueba de filiación matrimonial todas aquellas permitidas por la ley procesal civil (medios probatorios típicos y atípicos: arts. 192° y 193° respectivamente del Código Procesal Civil), que puedan demostrar que el demandante tiene la calidad de hijo matrimonial del demandante. En el primer caso, la prueba es un título demostrativo de tal estado; en el segundo es un medio utilizado para conseguir dicho título demostrativo. (p. 543)

De acuerdo con la opinión del doctor Cornejo Chávez, citado por Vásquez García, la prueba de filiación matrimonial debe entenderse como:

a) Como título o instrumento mediante el cual una persona demuestre frente a terceros, aún fuera del juicio, su calidad de hijo matrimonial.

b) Con el conjunto de medios probatorios exigidos o admitidos por la ley procesal dentro de un juicio, para obtener una sentencia que declara al demandante como hijo matrimonial del demandado.

Esta distinción no es por lo demás privativa de la filiación matrimonial, sino que se da en muchos otros casos. Así, quien es dueño de una casa lo demuestra fuera de juicio y ante terceros exhibiendo, por ejemplo, una escritura pública; pero quien,

por no tener instrumento demostrativo inicia el juicio para lograrlo, deberá utilizar medios probatorios de su calidad de propietario de la causa jurídica en que reposa su título (usada aquí esa palabra en su sentido de causa-eficiente y no de instrumento que la contiene), a fin de conseguir una sentencia que le sirva de título (empleado aquí ese término en su acepción de instrumento en que constata o que demuestra aquella causa jurídica eficiente) frente a terceros o fuera de juicios. ( Vásquez, 1998, p. 544)

#### **b.6. Sustento de la Presunción de Paternidad Matrimonial.**

La presunción de paternidad matrimonial, si bien dispensa de probar el hecho biológico, no reposa sino en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo, así como la fidelidad y la cohabitación, que de acuerdo a Varsi. (2001) son los pilares de la unión monogámica o presunciones vitales de las que se deriva una presunción negativa de infidelidad y una presunción positiva de contacto. (p. 133)

En sentido concreto y práctico, la presunción de paternidad descansa no tanto en la fidelidad sino en la convivencia matrimonial, presentándose esta última como su principal fundamento. Por ello, la doctrina nacional, considera que la atribución de paternidad al marido de la madre no depende de la voluntad de las partes; sino que sucede por imperio legal, cuando se ha establecido el vínculo de hijo con la mujer casada, por lo tanto, no es un acto ni una consecuencia que pertenezca al poder dispositivo de los sujetos. Entonces, la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y esta generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo pre matrimonial. (Varsi, 2001, p. 135)

### **2.3.3.2 Filiación Extramatrimonial:**

Según Varsi (2010), “en la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia, básicamente casados no están. No existe el acto jurídico matrimonial que garantice que la calidad de progenitor resida en el marido de la mujer. Es la voluntad de parte (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional, iussu iudicis (por orden del juez) los únicos medios de establecerla (según el artículo 387), son dos las formas, por decisión o imposición”. (p.170)

Entonces, como se sabe, la filiación legítima va inseparablemente unida a la idea de matrimonio de sus progenitores, en cambio la filiación ilegítima implica y supone la falta de vínculo matrimonial entre los padres. De aquí una primera aproximación al concepto de la filiación, ilegítima nos lleva a calificarla como extramatrimonial. (Varsi, 2010.p.171)

La filiación como hecho natural existe siempre en todos los individuos, es decir, se es siempre hijo de un padre y una madre, no siendo así jurídicamente. Entonces, el derecho, para reconocer efectos jurídicos respecto a la procreación, necesita primero estar seguro de la paternidad o maternidad. (Varsi, 2010.p.173)

Comprobar la filiación no es comprobar la procreación, es señalar la existencia de un vínculo de familia, el estado de filiación es la posesión que el individuo ocupa en la familia, como hijo matrimonial y extramatrimonial en los derechos y deberes que surgen para que sean realizados los fines propios de la familia. (Varsi, 2010.p.173)

De lo expuesto, Malqui, ( 2002), señala que “parecería prima facie, inferirse en el hecho fundamental que debe ocurrir fuera del matrimonio para que la filiación

sea extramatrimonial es, no el nacimiento como dice el Código (Art. 386) sino la concepción”.... “Por tanto, para que alguien sea hijo extramatrimonial será preciso que los dos hechos, la concepción y el nacimiento, se produzcan fuera del matrimonio”. (p. 770)

Para Vásquez. (1998), son hijos extramatrimoniales los nacidos de una unión libre de un hombre y una mujer. También refiere que todo hijo nacido fuera del matrimonio, sea cual fuere el estado civil de los padres, es considerado hijo extramatrimonial. (p. 591)

Frecuentemente, el hijo extramatrimonial goza de hecho de status personae pero no del status familiae, en especial status filii. Tendrá un nombre, pero no se le adjudican relaciones familiares paterno-filiales, salvo que esté reconocido o exista sentencia que lo declare. Cuando se trata de los hijos concebidos fuera del matrimonio y a falta de emplazamiento la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna y viceversa, sin que por establecer una se induzca la existencia de la otra (situación dispar que pasa en el matrimonio, pues la determinación de la maternidad lleva de la mano el establecimiento de la paternidad). (Varsi, 2010, p. 160)

#### **a) Clasificación de los Hijos Extramatrimoniales.**

Según Malqui. (2002) los hijos provenientes de las relaciones sexuales efectuadas fuera del matrimonio, han sido divididos clásicamente en tres grandes grupos:

- Natural simple, cuando el hijo es engendrado por padres que en el momento de sus relaciones sexuales y de la concepción, gozaban de aptitud legal para contraer

matrimonio entre sí, pero, sin embargo, no lo hicieron es decir, generalmente los padres son solteros, en este caso se dice que el hijo es “ex soluto, et soluta”. (p.763)

- La filiación natural adulterina, se presenta cuando el hijo es concebido o generado por persona casada, con persona distinta de su respectivo cónyuge, un casado con una soltera, y están impedidos de contraer matrimonio. (p.763)

- La filiación natural incestuosa, tiene lugar cuando el hijo es producto de la unión de personas ligadas entre sí por vínculos de consanguinidad o afinidad que jurídicamente les impide contraer matrimonio, así tenemos a los hijos concebidos de padres con sus mismas hijas. De acuerdo con los caracteres especiales, o condiciones de la filiación que en líneas arriba mencionamos el hijo será natural simple, adulterino o incestuoso, según participe uno u otro carácter, tomando siempre como base la época de la concepción. (Malqui, 2002, p.764)

Hay otro grupo de hijos extramatrimoniales que reciben su denominación teniendo en cuenta la clase de mujer que las concibe, pudiendo figurar en uno y otro grupo de la filiación extramatrimonial, según las circunstancias especiales que concurren. (Malqui, 2002, p.764)

Estas clasificaciones y denominaciones han desaparecido virtualmente del Derecho Moderno, en el por lo general sólo se hace el distingo entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales según hayan nacido de padres aptos para casarse o impedidos de hacerlo, o no hace distinción alguna entre los hijos extramatrimoniales.

Respecto a la condición jurídica de los hijos adoptivos, puede considerarse, como un hijo matrimonial, regulada su condición por las modalidades especiales establecidas para ese efecto por la ley, en general puede estimarse que su situación es

sui géneris predominando en él las prerrogativas del hijo matrimonial. (Malqui, 2002, p.764)

El legislador ha creído que para la familia legítima es una sorpresa desagradable e inmerecida la de ver aparecer a un hijo natural concebido antes del matrimonio y cuya existencia fue oculta por el progenitor. En este no hay solo una falta de delicadeza, sino una falta de lealtad, una violación de la fe prometida.

Naturalmente, ese hijo puede oponer su título a todas las demás personas; a los colaterales, a los hijos procedentes de un matrimonio anterior, a otro hijo natural, etc. Además, las limitaciones indicadas sólo se refieren a derechos pecuniarios, porque en cuanto a los extramatrimoniales el hijo puede ejercerlos aún contra los intereses y la voluntad del cónyuge y de los hijos del matrimonio; lleva el apellido de quien lo reconoció, está sujeto a su patria potestad y a su autoridad tutelar. (Malqui, 2002, p.765)

#### **b) El Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales:**

**Concepto:** Se entiende en general por reconocimiento toda declaración de parte con la cual se admite o se niega la existencia de una determinada relación jurídica. Formalmente consiste en una enunciación de cualquier cosa que se conoce o se cree conocer. Por reconocimiento, dice Escriche. ( 1847) en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, se entiende la declaración o confesión que uno hace de alguna obligación que tiene a favor de otro, como reconocimiento de dote, de vale, o el examen, registro, inquisición o averiguación que se hace de alguna cosa. (p.792)

Las dudas y vacilaciones comienzan cuando se trata de definir el reconocimiento del hijo extramatrimonial. La doctrina no es unívoca al respecto, y la

variedad de definiciones no es más que un reflejo de la disparidad de criterios sustentados respecto a la naturaleza jurídica del instituto. Ante la imposibilidad de ofrecer una clasificación sistemática de las distintas definiciones propuestas nos limitaremos a recordar que algunos autores lo consideran una confesión de paternidad o maternidad. (Escriche, 1947, p.794)

Ante todo lo indicado en los párrafos precedentes, Malqui (2002) refiere que: “El reconocimiento de un hijo extramatrimonial, es la confesión hecha por una persona en un acto auténtico que un hijo determinado es su hijo extramatrimonial”. (p. 789)

Entonces, si la definición debe necesariamente revelar la naturaleza íntima del instituto, no podemos desde luego definirlo como una confesión, pues la teoría que asimila el reconocimiento a una confesión ha sido ampliamente superada. No puede negarse que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial encierra una declaración de voluntad que tiene la finalidad de establecer legalmente el lazo biológico de la filiación, pero definir el reconocimiento como una declaración de voluntad, no permite exteriorizar la naturaleza jurídica de esta especial declaración de voluntad, que como veremos para algunos es un acto jurídico, para otros un negocio jurídico y para otros en fin es una variedad especial conocida en la doctrina italiana, como negocio de accertamento. (Malqui, 2002, p. 790)

En conclusión, la doctrina define el reconocimiento voluntario de los hijos extramatrimoniales como Acto jurídico solemne que contiene una declaración de paternidad o maternidad y que atribuye legalmente al status de hijo extramatrimonial.

#### **Características Esenciales:**

El acto jurídico del reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

Según Gallegos. (2009) , señala que es una “confesión”, señala que constituye una declaración de voluntad, que no adolece de vicios (error, dolo, violencia), y que debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales, para ello se puede decir, que dicha confesión es una declaración unilateral y personal, ya que debe emanar del padre; Asimismo, considera que es un “acto declarativo”, puesto que su finalidad, no es crear un nuevo estado de cosas, sino comprobar una filiación que ya existe desde la concepción; señala que es “irrevocable”, considera éste carácter como uno de los más importantes, no oponiéndose a la nulidad de la declaración de voluntad, pues deja la opción de que el supuesto padre pueda solicitar la nulidad del reconocimiento aduciendo que hubo error, dolo o violencia. (p. 298

Entonces, la irrevocabilidad, sólo está referida a que el padre no puede arrepentirse de haber reconocido a su hijo, por lo tanto, el reconocimiento, hace nacer en el hijo extramatrimonial una serie de derechos que la voluntad del declarante no puede despojarlo por actos posteriores. Finalmente, se tiene que es un acto solemne “ad probationem” porque la ley exige que se verifique por medio de un acto auténtico en el registro civil, o en una escritura pública o en un testamento. Un acto realizado en un documento privado solo podría servir como comienzo de prueba escrita para ejercer la acción de indagación de la paternidad. (Gallegos, 2009, p. 299)

### **c) Declaración Judicial de Filiación Extramatrimonial:**

La determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación adecuándosele a su fundamento natural: la procreación.

Varsi (2001) menciona que se presenta, como la constatación jurídica de la paternidad biológica lo que consagra su esencia basada en el interés social y el orden público. La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento

voluntario, del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión, desconocimiento del procedimiento, costos, existencia de errores que impidan el reconocimiento, descuido, actitud machista, que nazca una niña y no un varón, etc. (p. 191)

Para Gallegos ( 2009) , “...la paternidad, en defecto de reconocimiento, no puede ser declarada judicialmente más que en presencia de una de las circunstancias siguientes: primero que al tiempo de la concepción la madre (conocida) y el padre (supuesto) hubieran convivido notoriamente como cónyuges o bien haya habido rapto, o violencia carnal; segundo que la paternidad resulte indirectamente de sentencia civil o penal, o de una inequívoca declaración escrita por el progenitor presunto; tercero que haya la posesión del estado de hijo natural(...)”. (p.303)

Esta posesión del estado de hijo natural es una situación de hecho resultante de circunstancias que en su conjunto constituyen grave indicio de la relación de ‘padre’ a ‘hijo’ entre las personas de que se trata, y en la cual deben concurrir, por lo menos, las siguientes:

a) Que la persona haya sido tratada como hijo por aquel a quien reclama por su padre natural y que éste, como tal, haya proveído a mantenerla, educarla y colocarla.

b) Que haya sido constantemente considerada como tal en las relaciones sociales...”.

### **2.3.4 Cuestiones Jurídicas Relativas a la Filiación:**

La filiación que acabamos de definir y precisar en sus diferentes clases es una relación de hecho entre dos personas. A excepción de la filiación adoptiva, que resulta de un acto jurídico y que tiene un carácter propio. La filiación es un “puro hecho” que produce consecuencias jurídicas obligatorias para las personas interesadas. (Malqui, 2002, p.805)

La persona cuya filiación sea probada goza en la familia un estado determinado. Las cuestiones de derecho que como consecuencia de este hecho puede presentarse, son de dos clases:

a) la determinación de los efectos relativos a cada una de las clases de filiación.

b) la determinación de los medios por los cuales se prueba cada clase.

Sobre las pruebas de la filiación maternal puede ser fácilmente comprobada, puesto que se trata de probar un hecho material; el parto.

La reglamentación legal tiende únicamente a rodear dicha prueba de ciertas garantías, porque por derecho común habría que admitir todos los medios de prueba.

La prueba de la filiación paterna, por el contrario, no puede adoptarse más que por simples presunciones. En este caso hay que evitar un doble peligro; o hacer la prueba de la paternidad que es muy difícil por exigirse cuestiones o presunciones graves, precisas y concordantes o limitarse a una simple probabilidad, si es muy liberal en la concesión de la prueba. Así tenemos que las leyes civiles francesas establecen una distinción, según que el hijo haya sido concebido durante el matrimonio o fuera de él. En el primer caso, establecen una presunción legal que no

puede combatirse más que en casos previstos; en el segundo, determinan presunciones de hecho que puede estimarse como pruebas. (Malqui, 2002, p.806)

### **2.3.5 Efectos Jurídicos de la Filiación:**

La filiación matrimonial es la filiación típica del Derecho de Familia y lleva consigo la plenitud de los efectos jurídicos. El hijo matrimonial por esa calidad está investido de derechos importantes, en comparación con el hijo extramatrimonial. Así tenemos que los hijos matrimoniales; llevan el nombre y el apellido completo del padre y la madre respectivamente, tienen todos los derechos de ser alimentado, mantenidos y educados por sus padres, tienen derecho a recibir instrucción; gozan de los beneficios de las obligaciones derivadas de la patria potestad. Sus bienes están protegidos por la organización de la tutela o de la administración legal mientras es menor de edad y no está emancipado, y sobre todo tiene el derecho de sucesión y por lo tanto, está sujeta a todas las obligaciones que lleva consigo ese estado de hijo matrimonial en materia de patria potestad, en los impedimentos y consentimientos los matrimonios; no procede en este tema dar los detalles respectivos de esos deberes y derechos por tal razón nos hemos limitado en enunciarlos únicamente. (Malqui, 2002, p.808)

La filiación extramatrimonial legalmente probada produce efectos menos favorables y son menos completas que la filiación legítima.

Frecuentemente se expresa esa idea diciendo que el hijo natural no tiene más familia que los padres y hermanos naturales. Dicha expresión no es rigurosamente exacta, puesto que no depende del legislador al suprimir el lazo familiar dependiente de un hecho; la filiación. El hijo extramatrimonial tiene como legítimo una familia,

pero el lazo de parentesco no produce en él las mismas consecuencias que para el hijo matrimonial (legítimo). (Malqui, 2002, p.809)

Las relaciones de parentesco son múltiples y de diversa naturaleza en el Derecho de Familia. Hay una relación parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto.

La hay también, entre hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay igualmente, entre los hijos de hermanos y entre uno de estos el hijo del otro. La hay en fin entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer. (Malqui, 2002, p.809)

Pero de todas estas relaciones la más importante, es sin duda, la filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes, y lo que nos interesa con preferencia es la filiación extramatrimonial.

## **2.4. TRAMITE DEL PROCESO DE FILACIÓN EXTRAMATRIMONIAL**

### **2.4.1 Características:**

El proceso, como queda expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

#### ***2.4.1.1 El Juez Competente***

Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, el juez de paz letrado.

La propuesta se sustentó en que, no existiendo mayor complejidad en la probanza en el nuevo proceso, sino únicamente fallar en base al resultado genético, la actividad del juez es mínima por lo que se consideró que esta labor podía ser realizada por el juez de paz letrado. (Ariano, 2005, p.65)

Un proceso de mero trámite no requiere ser visto por un juez especializado. Además, la competencia de paz es más accesible a los justiciables, tanto por razones geográficas como sociales e ideológicas. La filiación es un tema tan de la vida que este juez es el más idóneo para conocerlo. A través de este proceso y de su canalización en esta competencia se busca una cultura de paz en la medida que se trata de prevenir conflictos personales y sociales, todos en general, desde sus orígenes. Finalmente, se logra descargar la labor de los jueces especializados en familia. (Ariano, 2005, p.65)

Como siempre, con su agudo y sustancioso análisis, la procesalista Ariano (2005) alude que: “Es muy probable que se le haya atribuido la competencia al juez

de paz letrado por el noble argumento de ‘facilitar el acceso’ y el, no tan noble, de ‘evitar la casación’, es decir, para que el asunto muera en línea de tendencia ante el propio juez de paz letrado o, a lo más, ante el juez de familia (artículo 5) sin perturbar ni un poco con estas cuestiones ni a las Salas de la Corte Superior ni, por cierto, a las Salas de la Corte Suprema. Ergo, por implícito, el legislador descarta que este tema pueda dar lugar a problemas de ‘nomofilaquia’ que precise de la intervención de la Corte Suprema. Lo que es todo decir” (p.67)

La verdad, tiene razón, y en este caso bastan las palabras de la citada. La filiación como tal y con las pruebas aportadas por la ciencia, puede ser tratada perfectamente por el juez de paz, además requiere de un proceso ágil y rápido. (Ariano, 2005, p.68)

#### ***2.4.1.2. Titular de la acción***

La regla general que contempla el Código Civil es que las acciones de paternidad son personales. El artículo 407 establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar (8) pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero. (Lastarria, 2003, p. 48)

Este es un cambio importante en el que se toma en cuenta el interés moral o familiar (artículo VI del Título Preliminar del Código Civil) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor puede ser justificable,

amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo. (Lastarria, 2003, p. 49)

#### ***2.4.1.3 De los lineamientos del proceso:***

El proceso aprobado está estructurado sobre la base de los siguientes lineamientos:

- **Modernidad.** Como hemos indicado, se trata de un proceso actualizado de acuerdo a la efectividad de los avances biocientíficos. Su justificación radica en el hecho de que tomando en cuenta el grado de certeza del ADN debiera existir un proceso que utilice y reconozca dicho resultado de manera directa y primaria (no en segundo plano), creando un trámite judicial especial, de por sí innovador. (Suarez, 2005, p. 9)

- **Proceso sui géneris.** Algunos refieren que se trata de un proceso especialísimo, de un proceso monitorio en el entendido de que funciona, más que a manera de advertencia, de exigencia en la declaración de paternidad. La realidad es que este proceso cambia todas las reglas de investigación filial presentando un modelo ejecutivo de averiguación del estado (decimos ejecutivo en un sentido netamente académico dado que no podemos equivalerlo. (Suarez, 2005, p.11)

Proceso basado en la efectividad del ADN. Este proceso se fundamenta, es decir, tiene su ratio essendi, en la fuerza y contundencia de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN (99.99 % de efectividad), desbaratando los axiomas jurídicos que con el devenir de los años colmaron los expedientes (páginas, folios, fojas de defensas y contradefensas) truncando la vida de tantas personas que, sin padre ni gloria, vieron disminuidos sus derechos de entroncamiento familiar. (Suarez, 2005, p. 13)

Esta tendencia es adoptada en la jurisprudencia comparada que plantea el carácter imprescindible de la prueba genética en los procesos de filiación.

Conforme lo sostiene el criterio judicial brasileño, “debe tomarse en cuenta que la identificación genética por ADN es un valiosísimo recurso para una administración de justicia rápida y justa, que posibilita una considerable economía de tiempo y dinero”. (Suarez, 2005, p. 13)

- **Acceso a la justicia.** Este proceso estimula la canalización de acciones de filiación tomando en cuenta la realidad existente sustentada en trámites judiciales farragosos que desalientan a los litigantes y sus pretensiones de tanta trascendencia. El acceso a la justicia es un derecho fundamental de todo ciudadano y un deber del Estado. Es el componente esencial del derecho a la tutela judicial efectiva con el que lograremos sociedades más justas y democráticas. Como se indica en su noción, “el acceso a la justicia requiere necesariamente mirar más allá de los tribunales”, no basta que la ley sea efectiva, es necesario contar con un proceso eficiente que cumpla los objetivos de las normas, lo que logra, al menos, facilitar bastante esta nueva ley. (Ferrandino, 2004, p. 279)

#### **2.4.1.4 Sistema abierto:**

Todas las características detalladas nos llevan a sostener que el sistema de investigación de la paternidad extramatrimonial asumido es uno de tipo abierto.

Vélez. (2000) No solo porque es flexible y admite todo tipo de pruebas, sino porque, fundamentalmente, el aspecto biológico es el que marca el norte. Se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental, sin restricciones, quedando descartadas las posiciones basadas en los desaires, ofensas y escándalos que con este accionar puedan producirse. Todo al más puro estilo

minimalista, menos es más ¡Qué duda cabe! Es una reacción frente al subjetivismo y emocionalismo que cede paso a la inmediatez. Marca la importancia por el fondo, no por la forma. La precisión es su carta de garantía. (p.245)

Queda atrás la apariencia, la incertidumbre, frente a la seguridad. Se reduce al máximo, se condensa, la relación paterno filial con el único objetivo: alcanzar la realidad. Adiós a los barrocos juicios de paternidad. (Vélez, 2000, p. 245)

Por lo pronto, tenemos un nuevo estatuto filiativo en materia de paternidad extramarital sustentado en el derecho a la identidad, en el interés superior del niño y en una sociedad con valores claros, que empiezan donde se inicia toda relación humana, en el seno de la familia con el sólido compromiso de los padres (el que es bueno en familia, es también buen ciudadano, Sófocles). (Vélez, 2000, p. 246)

La falta de reconocimiento, negar el legítimo derecho de un niño a tener un padre es una forma de violencia familiar.

“Si bien el artículo 402 del Código civil no considera la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción, la omisión o deficiencia de esta norma legal no puede dejar sin protección jurídica a una menor pues ello importaría atentar contra su derecho de llevar el patronímico que le corresponde de ser reconocida como hija de quien la engendró”

#### ***2.4.1.5 Únicamente un proceso para la determinación de la paternidad extramatrimonial***

La indefinición de la paternidad, la naturaleza de la mujer de ser “madre”, de haber parido y criado a la descendencia, hecho que no sucede con el hombre –aparte del machismo–, los largos senderos, trochas incluidas, para discutir el parentesco en

fríos y estancos estrados judiciales fueron cuestiones adicionales que acompañaron la poca fortuna de los procesos filiales. (Vélez, 2000, p. 250)

El tiempo, con su transcurso inmisericorde, generó la agudización del problema. Los perjudicados directos: el hijo y la madre. El primero sin una identidad definida, la segunda cargando toda la responsabilidad de formar una persona, un ciudadano. Las leyes en este tema no se adecuaron a la realidad. La mujer y su descendencia, que dicho sea de paso no solo es de ella, sino de aquel que colaboró en el engendramiento, merecen todo el respeto y acción de la ley. El denominado, mal que bien, culto a la mujer que implica rendirle un homenaje por su esencia, atributos, abnegada labor, en fin, por su ser, podemos verlo representado en esta ley. (Vélez, 2000, p. 247)

No está en discusión, qué duda cabe, la legalidad de las relaciones sexuales, estas escapan al contenido normativo. El sexo es una expresión humana, la más pura y natural en la que hombre y mujer se entregan, se hacen uno, él de ella (Marte rendido a los pies de Venus), ella de él (el escudo blandido por la filuda espada).

El proceso aprobado solo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. Son más los casos que tratan de responder la pregunta ¿Quién es mi padre? Pocas veces se busca encontrar una respuesta judicial a la interrogante ¿Quién es mi madre? En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante. (Vélez, 2000, p. 250)

#### ***2.4.1.6 Adecuación de los procesos en trámite***

Lastarria (2003) menciona que una forma de aligerar la carga procesal existente y lograr la aplicación inmediata de la ley es adecuando los procesos de filiación en trámite, conforme lo establece la cuarta disposición complementaria de la Ley N° 28457: “Los procesos en trámite se adecuarán a lo dispuesto en la presente ley”. (p. 48)

La complejidad de los procesos de conocimiento en los que se ventilan las acciones de estado paterno filial se verá simplificada por la nueva ordenación procedimental aprobada. Pueden presentarse inconvenientes. (Lastarria, 2003, p. 49)

#### ***2.4.1.7 Otras Características***

A manera de colofón, en este punto, podemos decir adicionalmente en lo que a las características se refiere, que el proceso es:

**Singular**, típico en cuanto a su tratamiento; **declarativo**, busca establecer legalmente una paternidad contenida en los genes; **plenario**, reúne en actos concretos los principales actos procesales y, por sobre todo, **rápido**. (Ariano, 2005, p.68)

### **2.4.2 Tramite del proceso de Filiación:**

#### ***2.4.2.1 La demanda***

El proceso se sintetiza en la presentación de una demanda ante el Juez de Paz Letrado que, a pedido de parte interesada, expedirá una resolución declarando la Paternidad. Se discute con razón el hecho de que más que una demanda sea una solicitud de paternidad al poder carecer en su contenido de fundamentos de hecho.

En esencia, es una solicitud que expone una relación con el presunto padre requiriéndolo al sometimiento a la prueba técnica. (Hinostroza, 2003, p. 298)

#### **2.4.2.2 De la defensa y la oposición**

**-La Defensa:** La única defensa del emplazado frente a la demanda es oponerse al mandato de paternidad sometiéndose a la prueba de ADN, en el plazo de diez (10) días siguientes. (Hinostroza, 2003, p. 299)

No cabe otro tipo de sustento que la oposición en sí misma (salvo una excepción como veremos luego). Son impertinentes las tachas, los fundamentos de hecho en un escrito de contestación o cualquier otro argumento tendente a desnaturalizar la efectividad del proceso. (Hinostroza, 2003, p. 299)

**- Excepciones:**

Como medio de defensa del demandado, el proceso no admite expresamente plantear excepciones lo que no implica que esté prohibido, lo contrario significaría legitimar un defecto de forma en el proceso (incompetencia, incapacidad, pleito pendiente, cosa juzgada, por mencionar algunas) resultando incoherente y no ajustado a derecho. Consideramos que sí son viables las excepciones o si se quiere, por utilizar otra terminología, las defensas previas. El tema es discutible.

(Hinostroza, 2003, p. 300)

Hagamos un símil con el proceso de ejecución de garantía el que, como bien es sabido, deja de lado a las excepciones. Con este matiz, el artículo 722 del Código Procesal Civil trata sobre la contradicción restringiendo su admisibilidad a cinco (5) causales (nulidad del título, inexigibilidad, cancelación, extinción o prescripción) (Hinostroza, 2003, p. 301).

En opinión de Hinostroza. (2003) “nada obsta para que el ejecutado pueda plantear excepciones o defensas previas (sobre todo las primeras)”. Si bien la normatividad no contempla la posibilidad de plantear tales instrumentos, tampoco lo

prohíbe expresamente siendo valor entendido, entonces, su admisibilidad. Los derechos de la persona solo pueden ser restringidos expresamente, concluye el autor. Continúa diciendo que la limitación de causales no se hace extensiva a las excepciones o cuestiones previas dado que estas son defensas de forma, mientras que las causales de contradicción son defensas de fondo. (p. 303)

**La oposición:** La oposición es el ejercicio del legítimo derecho de defensa del demandado. Se realiza de forma expresa y la prueba genética es un requisito para su procedencia.

No vale oponerse con argumentos; en todo caso estos deben ser confrontados con la prueba. La calificación de la oposición depende del resultado de la bioprueba, declarándose fundada si el examen descarta la paternidad e infundada si produjera un resultado de inclusión del vínculo, convirtiéndose el mandato en declaración de paternidad. (Hinostroza, 2003, p. 310)

**Costo de la prueba:** el demandado el que costee la prueba dado que es el quien se opone a la pretensión. (Hinostroza, 2003, p. 312)

**La no oposición:** El demandado puede abstenerse del derecho de defensa: no se opone, restándole solo esperar la notificación de la sentencia que lo certificará como progenitor legal del hijo que en demanda se lo solicitó; en este caso se trata de una oposición ficta. Sigamos. (Hinostroza, 2003, p. 312)

La falta de oposición puede ser expresa mediante recurso de aceptación de la paternidad demandada, formulando allanamiento o reconocimiento de la demanda, sencillamente una forma de terminar un proceso que tiene como respaldo una prueba cuya génesis solo la conocen las partes. (Hinostroza, 2003, p. 314)

### 2.4.3 Del mandato de paternidad:

Este es el acto más importante del proceso, además de ser el primero que dicta el juez sin necesidad de escuchar al demandado, *inaudita altera pars*, “de esta forma el juez si bien resuelve oyendo a una sola de las partes, lo hará no solo sobre la base del relato fáctico, sino de las pruebas aportadas. Y si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo”. (Ariano, 2005, p. 75)

Es importante llegar a comprender la esencia del mandato de paternidad. Podemos sostener que más que un requerimiento a reconocer la pretensión de la parte, el mandato es una decisión anticipada del juez en mérito de lo alegado por la parte demandante, tomando en cuenta la fuerza de la prueba genética, que ofrece la suficiente certeza de lo demandado. (Ariano, 2005, p. 79)

Herrera. (2002). Tal como sucede en el proceso ejecutivo, el mandato de paternidad es una resolución judicial compleja. Es un auto que al notificarse da inicio al proceso. (p.22)

No es un acto de ejecución forzada de la prueba de ADN, todo lo contrario, es una forma de coerción, pues el mandato conlleva una exhortación al sometimiento a la prueba biológica; de no realizarse en el plazo indicado se decretará la paternidad. Sus efectos son expectanticos, están sujetos a una condición suspensiva de que la prueba no sea realizada en plazo estipulado o, llevada a cabo, confirme el nexum gens (podríamos plantear que se trate también de una condición resolutoria, en fin). (Herrera, 2002, p 25)

#### **2.4.4 Declaración de paternidad. Sentencia**

Las sentencias en estos procesos pueden tener varios tipos de fallos.

##### **Declara la paternidad:**

- En mérito a los resultados positivos de la prueba genética. En esta sentencia la verdad real coincide con la verdad formal. El ADN contribuye eficazmente en el establecimiento de la relación parental. (Martel, 2005, p.72)

- En mérito de la no oposición. Transcurrido el plazo y no habiéndose opuesto y llevado a cabo la pericia por causa injustificada, el mandato se convierte en declaración de filiación. Sin certeza de paternidad, solo por la no realización de la bioprueba se dicta sentencia. Parece un fallo sin contenido, pero no es así. Es la sanción por no colaborar con la verdad. La filiación en estos casos se establece no por el ADN, sino por una presunción legal. Se elimina la certeza científica que proporciona la prueba genética, subsistiendo la incertidumbre, (Martel, 2005, p.73)

##### **No declara la paternidad:**

- En mérito del descarte extraído por la prueba genética actuada a través de la oposición del demandado. (Paz, 2002, p.340)

Por otro lado, la sentencia declara el nexo filial teniendo como sustento el aspecto biológico, la esencia genética que se encuentra fundamentada en la prueba de ADN la que, habiéndose o no realizado, es la razón de ser de este nuevo proceso. (Paz, 2002, p.341)

La motivación de estos fallos no debe ser exhaustiva ni referirse a hechos, que pueden existir, solo debe merituar los resultados de la pericia y fallar la paternidad. La discreción del magistrado se transforma en convicción.

El grado de efectividad de la pericia genética es reconocido unánimemente incluso en los sistemas más tradicionales o conservadores como el boliviano, cuando refiere que las pruebas biológicas representan un “elemento probatorio que otorga al juzgador una convicción plena para dirimir la pretensión y la controversia jurídica de paternidad” (Paz, 2002, p.344)

#### **2.4.5 La apelación:**

En mérito de la pluralidad de instancia cabe la apelación respecto de la declaración de paternidad en el plazo de tres (3) días, teniendo el Juez de Familia diez (10) días para resolver. (Ariano 2005, p. 103)

Como está redactada la norma, la apelación es una facultad expresa reconocida al demandado a efectos de contradecir la sentencia que lo declara padre. ¿Qué sucede cuando la sentencia es adversa a la parte demandante? En otras palabras, cuando la oposición se declara fundada ¿Cómo queda el principio de doble instancia? Cabría decir que la sentencia que descarta la paternidad (aquella que declara fundada la oposición) es inapelable o es que la contundencia de la prueba genética elimina el derecho de defensa. (Ariano 2005, p. 103)

La misma pregunta se plantea Ariano (2005) cuando sostiene que “el legislador en un arranque de ‘garantismo’ establece que la declaración judicial de filiación es apelable, pero es ‘garantismo’ a medias, pues se olvida de la resolución que declara fundada la oposición ¿Será también apelable?”. Sin duda que sí –lo afirmamos tajantemente–en razón de que como recurso impugnatorio se tiene un legítimo derecho al mismo; el hecho es encontrarle el fundamento para su procedencia. Varias preguntas saltan a la vista: ¿Qué puede alegarse en este tipo de apelación? (p. 107)

Pueden ser varias las razones:

- Falta de requisitos formales.
- Falta de requisitos de fondo.
- Error en la realización y en la deducción de los resultados.
- Falta o error en la notificación.
- Margen de subjetividad en la apreciación científica.
- Realización de prueba distinta al ADN de menor grado de efectividad.
- Inexactitud de la filiación por prácticas de procreación asistida.

## **2.5 LA IRREVOCABILIDAD**

Como definición general se establece como: la Imposibilidad para su autor de dejar sin efecto un acto o resolución previos.

### **2.5.1 La irrevocabilidad del Reconocimiento**

Resulta relevante señalar que el reconocimiento es un acto jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra.

A palabras de Aguilar (2008) menciona que dicho acto es constitutivo, pues el reconocimiento produce efectos creadores del lazo de filiación, o como dice Cicu, la ley otorga al padre el poder investir al hijo del estado tal; No obstante, hay otras posturas como la señalada por Cornejo Chávez, quien advirtiendo que el acto de reconocimiento es eminentemente declarativo, explica que se trata de un acto que encierra una confesión de la paternidad o por el cual se establece una filiación, es

decir, es la manifestación de la voluntad encaminada a considerar al reconocido como hijo y ocupar respecto de él, la posición jurídica de padre natural. Pese a las posiciones de la naturaleza del reconocimiento como acto constitutivo o declarativo, debemos señalar que la finalidad del artículo 395º consiste en que el sujeto que reconoce a un hijo extramatrimonial se vea imposibilitado de pretender la ineficacia funcional sobreviniente al reconocimiento; esto es, que de forma unilateral pretenda retrotraer los efectos que dieron origen a la situación jurídica de padre e hijo que ostentan. (Pág-34)

Así, la doctrina concibe al reconocimiento como un acto jurídico unilateral que se perfecciona con la sola declaración de voluntad del padre o de la madre y cuya finalidad es establecer una relación paterno-filial; y que, como simple acto declarativo, no siempre concuerda con la realidad biológica. (Varsi, 2010, p. 735)

## **2.6 HIPOTESIS**

Las Razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil son:

- Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento
  - No haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra.
  - No haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición.
- Cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento.

### **2.6.1 Operacionalización de Variables**

*Tabla 1 Operacionalización de Variables*

<b>HIPOTESIS</b>	<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>INSTRUMENTO</b>
<p>Las Razones jurídicas Modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil son:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento</li> </ul>	<p><b><u>Variable dependiente:</u></b></p> <p>Las Razones jurídicas Modificar la revocabilidad a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil</p>	<p>Constituido como los fundamentos que sustenta modificar la irrevocabilidad de a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil</p>	<p>Derecho Civil</p> <p>Derecho de Familia</p> <p>Aplicación de la Ley de Filiación</p>	<p>Principios que rigen en la declaración Judicial de Paternidad Extrajudicial</p>	<p>Fichas de observación documental</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>- No haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra.</li> <li>- No haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición.</li> <li>• Cuando el demandado haya sido inducido a cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento.</li> </ul>	<p><b><u>Variable independiente:</u></b></p> <p>. Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- No haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra.</li> <li>- No haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición.</li> </ul> <p>Cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento.</p>	<p>Son 2 acciones concretas que evidencian la modificación de irrevocabilidad a revocable de la declaración de Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial, en el Código Civil.</p>	<p>Derecho Civil</p> <p>Derecho de Familia</p> <p>Tramite de la declaración judicial de Paternidad extramatrimonial</p>	<p>Normas que rigen la declaración Judicial DE Filiación Judicial de Paternidad Extrajudicial</p>	<p>Fichas de observación documental</p>
---	--	--	---	---	---

## CAPITULO III

### 3 METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1 Enfoque

Es *cualitativo*, porque se centra en determinar las razones jurídicas que determinan incorporar la revocabilidad dentro del artículo 395° del Código Civil, debido a que, este enfoque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 7).

En el presente trabajo de investigación se optó por este enfoque, ya que se utiliza una hoja de recojo de datos.

#### 3.2 Tipo de Investigación

Es *básica*, de *lege data* porque busca interpretar y proponer soluciones dentro de un ordenamiento jurídico (Sánchez Zorrilla, Tantaleán Odar, & Coba Uriarte, 2016, p. 12); es decir, exponer las razones jurídicas que determinan incorporar la revocabilidad del reconocimiento judicial de paternidad, en el ordenamiento jurídico peruano.

#### 3.3. Diseño de investigación

El diseño que presenta la investigación es no experimental “ya que no se manipula ninguna variable” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 9).

El diseño no experimental permite hacer descripciones del fenómeno en base a datos u observaciones, pero sin llegar a manipular o cambiar la realidad de los hechos; en esta investigación se limitara las razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la Declaración Judicial de Paternidad de Filiación Extramatrimonial.

### **3.4. Área de investigación:**

La investigación se encuentra dentro del área de Ciencias jurídicas civiles donde hallamos la línea de investigación de la regulación civil, la cual evalúa la legislación vigente, su posibilidad de actuación y la optimización de criterios sustantivos y procesales en el área de personas específicamente en el derecho de sucesiones

### **3.5 Dimensión temporal o espacial**

La dimensión que tiene es transversal debido a que se centra en un punto único ya que en este caso se encuentra delimitada por identificar las razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial; por la cual no es necesario proyectarse a otras épocas.

### **3.6. Unidad de análisis, población y muestra**

Atendiendo a que estamos ante un trabajo de investigación eminentemente dogmático, nuestra unidad de análisis se encuentra circunscrita al marco normativo, doctrinario – jurisprudencial nacional e internacional, en torno a la revocabilidad de la declaración judicial de paternidad filiación extramatrimonial (Witker, 1995, p. 65).

### **3.7. MÉTODO**

Los métodos de investigación que se utilizaran en el presente trabajo corresponden a los métodos jurídicos que son el método dogmático y hermenéutico. (Coba, Sánchez y Tantaleán, 2013, p. 13)

#### ***3.7.1 Dogmática Jurídica y Hermenéutica Jurídica***

Es hermenéutica – jurídica, porque busca que la interpretación del texto normativo no sea aislada, sino que busca uniones entre ellas (Ramos Núñez, 2005, p. 103). Y dogmática jurídica, en tanto analizaremos e interpretaremos el marco normativo nacional, respecto a la irrevocabilidad de la filiación, lo que nos permitirá determinar los fundamentos jurídicos para modificarlo a revocable.

### **3.8 Técnicas de investigación**

#### ***3.8.1. Observación documental***

La investigación será a partir del análisis de las fuentes documentales. Mediante esta técnica se iniciará la búsqueda y observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados que son de interés para la investigación (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 418).

### **3.9. Instrumentos**

#### ***3.9.1. Fichas de observación documental***

Nos permite recolectar datos sobre las variables a investigar.

### ***3.9.2 Fichas bibliográficas***

Este instrumento resulta ser válido para las dos técnicas expuestas anteriormente, pues debido a que la investigación es teórica, la recopilación y análisis de doctrina es de vital importancia, por lo que el uso de este instrumento es imprescindible para ordenar y analizar la información.

### **3.10. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

La principal limitación de la investigación fue la selección del tema debido a la coyuntura actual que vivimos a la vez no es tan accesible los expedientes y otros documentos que requieran otro tipo de investigaciones respecto de los juzgados; pero consideramos posible realizar tal investigación.

## CAPITULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La presente investigación se abordó desde una perspectiva dogmática un tema tan importante dentro del mundo del derecho relacionado a la irrevocabilidad de la declaración Judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, buscando las razones para identificar las razones por las cuales debe ser revocable. En este sentido, se buscó entender que la investigación tiene una clara connotación jurídica, y social.

#### **LAS RAZONES JURÍDICAS PARA MODIFICAR LA IRREVOCABILIDAD A REVOCABLE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, EN EL CÓDIGO CIVIL SON:**

#### **4.1 Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento**

##### **4.1.1 Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento**

Bajo este presupuesto se puede establecer el tema de la notificación judicial.

##### ***4.1.1.1 Las Notificaciones Judiciales***

Dentro de la administración de justicia el aspecto más resaltante es, sin duda, la de resolver los conflictos o dilucidar las incertidumbres jurídicas, labor que se encuentra encomendada al juez. Ocurren otras actividades de suma importancia. Una de ellas es el mecanismo empleado para comunicar las actuaciones procesales a las partes: la notificación. Esta actividad por ley le es encomendada a los secretarios, sin embargo, en la práctica son los asistentes jurisdiccionales, llamados oficiales auxiliares de Justicia por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los que realizan esta tarea.

La más fundamentada de las sentencias puede quedar invalidada por un defecto de notificación del que el Juez no se ha percatado al momento de resolver el asunto (no notificar con el saneamiento procesal al rebelde, por ejemplo), o el proceso puede verse prolongado por meses por desconocimiento de los sujetos destinatarios (en la espera que retornen cédulas de notificación de la sentencia a un testigo, cuando aquello no es necesario, por ejemplo).

Por lo expuesto, la presente pretende ser una guía breve y concisa sobre las principales cuestiones prácticas para tener en cuenta en la notificación en los procesos civiles, dirigido -sobre todo- a secretarios, asistentes y técnicos judiciales que lidian día a día con este tema.

## **1. Finalidad de la notificación**

Conforme al Código Procesal Civil, la finalidad consiste en poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. Para la Corte Suprema:

(...) la notificación constituye un acto de comunicación procesal que busca poner en conocimiento de las partes y demás interesados las providencias judiciales a fin de materializar el derecho de defensa. La notificación es el acto más importante del proceso, pues sin ella las providencias o resoluciones serían secretas y las partes no tendrían la oportunidad la oportunidad para contradecirlas o impugnarlas.

## **2. Forma de la notificación:**

En todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas y, además, mediante cédula (en el domicilio procesal de los apersonados y domicilio real de los rebeldes y/o no apersonados) solo las siguientes resoluciones:

La que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar.

La sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.

### **3. Eficacia de las notificaciones**

La notificada por cédula surte efecto desde el día siguiente de notificada y la electrónica desde el segundo día siguiente en que se ingresa su notificación a la casilla electrónica.

#### ***4.1.1.2 Fundamentación de la razón Jurídica***

Tal como se menciona líneas arriba, y se sabe que hasta la más fundamentada de las sentencias puede quedar invalidada por un defecto de notificación del que el Juez no se ha percatado al momento de resolver el asunto (no notificar con el saneamiento procesal al rebelde, por ejemplo), o el proceso puede verse prolongado por meses por desconocimiento de los sujetos destinatarios (en la espera que retornen cédulas de notificación de la sentencia a un testigo, cuando aquello no es necesario)

De ello se considera que se debe constatar y asegurar de manera muy cuidadosa el tema de las notificaciones, por parte de los responsables del juzgado en el cual se tramita el proceso, se debe verificar que si se haya notificado al demandado con la demanda de filiación para poder plantear su oposición , ya que al igual que en muchos procesos, existe deficiencia en las notificaciones, no siempre se cumple con notificar, hecho el cual da lugar a la revocabilidad de la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Se sabe que por causas como estas se pueden traer abajo un proceso, pero esa no es la finalidad de ello, sino todo lo contrario poner en conocimiento al demandado

del proceso llevado en su contra, por tanto, tratándose de un tema de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial, se trata de reguardar derecho del menor, así como de las demás partes que se encuentran involucradas en el proceso.

Por tanto, lo mencionado consideramos una Razón Jurídica válida para considerar a la declaración Judicial de filiación extramatrimonial como revocable, ello en razón a que es un tema muy lógico que si no tengo conocimiento de un proceso llevado en mi contra como voy a plantear mi oposición o voy plantear una defensa.

#### **4.1.2 Falta de algún requisito Razonable para plantear su oposición**

Podemos establecer como requisito indispensable el tema de la Prueba de ADN en los procesos de filiación.

##### ***4.1.2.1 La Prueba de ADN***

#### **1. La Prueba de Paternidad Judicial**

La prueba de paternidad judicial es una prueba de ADN solicitada dentro de un proceso legal. Con estas pruebas se busca establecer si un hombre es el padre biológico de un individuo. Para ello se recurre al estudio de genes, los cuales establecen que la mitad del ADN o del material genético de los hijos proviene de la madre y la otra mitad proviene del padre.

#### **2. Diferencia la Prueba de Paternidad Judicial de la Prueba de Paternidad Privada.**

Una Prueba de Paternidad Judicial está diseñada especialmente para la toma de muestras en un Juzgado, a pedido del juez. La metodología es igual a una Prueba de Paternidad Privada, es decir la toma de muestras se efectúa por hisopado bucal. Sin

embargo, en el caso de una Prueba de Paternidad Judicial es necesario que esto suceda en una audiencia, delante del juez y de los abogados.

En el caso que no exista un proceso judicial y se desee validar la relación biológica entre el presunto padre y el presunto hijo se puede realizar una prueba de paternidad privada.

### **3. Solicitud de la Prueba de Paternidad Judicial**

El demandante inicia un proceso judicial, el juez cita al presunto padre y a la madre. De no llegar a una conciliación, el juez solicita la prueba de paternidad judicial. La parte demandada es la que debe solicitar al laboratorio la prueba de paternidad.

Generalmente la prueba es solicitada en procesos judiciales de: Filiación, Alimentos, Impugnación de nombre, Custodia de menores, Divorcios, Reclamos sobre derechos de herencias.

### **4. Quién elige el laboratorio donde se realizará la prueba de Paternidad Judicial**

Si la demanda es sobre Filiación el demandado (generalmente el presunto padre) es la persona que elige donde se realizará la prueba dependiendo de sus recursos.

En caso de ser demanda sobre suspensión de paternidad es el demandante (también suele ser el presunto padre) quien se encargará de elegir el laboratorio.

### **5. Confiabilidad de la prueba**

La prueba de paternidad es altamente confiable, siendo uno de los exámenes más seguros y precisos que existe en la actualidad.

El valor exacto de confiabilidad depende del tipo de resultado:

Inclusión: Si un hombre es el padre biológico de un niño es determinado con un 99.9% - 99.99999% de seguridad.

Exclusión: Si un hombre no es el padre biológico de un niño es determinado con 100% de seguridad.

## **6. Pago de la prueba de Paternidad Judicial**

La prueba es pagada por la parte demandada, quien generalmente es el presunto padre.

La prueba de paternidad judicial cumple con la Ley N° 30628 publicada por el Estado el 3 de agosto de 2017, ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial; donde se explica que la prueba es gratuita para la parte demandante, debiendo asumir el costo de la prueba la parte demandada. Este examen está diseñado especialmente para la toma de muestras en juzgado/fiscalía a pedido del juez/fiscal.

## **7. El proceso de toma de muestra para una prueba de Paternidad Judicial**

El juez fijará la fecha y hora para la audiencia donde se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba. Una vez emitida la fecha éste enviará una notificación al presunto padre, la madre y al laboratorio que realizará la prueba. Deberán participar de la toma de muestra el presunto padre, la madre y el presunto hijo. Las muestras son tomadas en el juzgado.

## **8. Los resultados de la prueba de Paternidad Judicial**

Los resultados serán enviados en la fecha pactada al juzgado donde se realizó la audiencia. Serán entregados al juez que lleva el caso en un sobre cerrado. Una vez que el juez tenga los resultados notificará a los participantes (Demandante y

Demandado) para una audiencia en donde anunciará los resultados y en la mayoría de casos la resolución de la demanda.

#### ***4.1.2.2. Fundamentación de la Razón Jurídica***

Para fundamentar nuestra razón jurídica, Consideramos necesario hacer mención el tema de la Oposición el cual se encuentra regulado por la “Ley de Filiación judicial de Paternidad Extramatrimonial”:

El artículo 2:

La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.

Artículo el cual da lugar a la razón Jurídica Planteada ello en que si él demandado no cuenta con los medios económicos para cubrir el pago esta prueba de ADN no podrá defenderse ya que lo declaran padre por no contar con la posibilidad económica de plantear una oposición. Consideramos que es un tema el cual suena muy ilógico, pero está regulado en la Ley Filiación de Filiación Judicial extramatrimonial, consideramos que debe ser un tema a evaluarse, ser tratado con pinzas ya que no se trata de cualquier tipo de responsabilidades se trata de una paternidad, y de consignarle una identidad al menor, haber ¿Qué pasaría si una vez declarado y registrado como hijo de...? y el demandado por no tener dinero no plantea su recurso de apelación, pero pasado el plantea tiempo demanda nulidad de cosa Juzgada fraudulenta , y le dan la razón, como explicarle a ese menor que el

nombre que se consignaba como su padre, no es su padre? . Tema muy delicado para el cual se debe tener un mejor criterio de aplicación y absolución de este tema.

Se entiende la urgencia, de resolver el tema, se entiende los derechos que amparan al menor, a la madre, pero también se debe entender y resguardar los derechos que respaldan al demandado. Ya que en la aplicación de la ley de filiación se evidencia una vulneración total de derechos del demandado.

Por las razones Jurídicas mencionadas, la declaración judicial de filiación extramatrimonial debe ser revocable, con la finalidad de equiparar derechos de las partes.

#### **4.2 Cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento**

Respecto de esta razón Jurídica tenemos jurisprudencia nacional que da lugar a modificar la irrevocabilidad de la declaración de filiación extramatrimonial a revocable.

Para ello tenemos:

##### **4.2.1 Recurso de Casación 2151-2016 Junín- impugnación de paternidad.**

1. Materia del Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Rossi Janeth Figueroa Baltazar, contra la sentencia de vista, emitida por la Sala Civil Permanente de Huancayo, que confirmó la sentencia apelada de primera instancia, que declaró fundada la demanda, y en consecuencia resolvió que el demandante no era el padre biológico del menor de iniciales A.F.M.F., y que además no existe vínculo paterno filial entre los mismos, dejando sin efecto la filiación ficta anotada en la partida de nacimiento del citado menor, asentado

en la Municipalidad Distrital de “El Tambo”, de la Provincia de Huancayo, que comprende los ítems de nombre del padre y nombre del declarante

2. Sentencia de Primera Instancia: Tramitada la causa de acuerdo a su naturaleza, el Juez del Primer Juzgado de Familia de Junín emite la sentencia, que declaró fundada la demanda al haberse establecido que el demandante no era el padre del menor, conforme se evidencia del Informe Pericial de fecha uno de julio de dos mil once, emitido por Laboratorios Biolinks Tecnología del ADN, sobre Prueba Anticipada, y deja sin efecto la filiación ficta anotada en la partida de nacimiento del menor de iniciales A.F.M.F. asentado en la Municipalidad Distrital de “El Tambo”, de la Provincia de Huancayo, que comprende el ítem –nombre del padre y el nombre del declarante al haberse establecido que el demandante no es el padre biológico del citado menor
3. Sentencia De Vista: Apelada la precitada decisión de primera instancia por la demandada Rossi Janeth Figueroa Baltazar, según el recurso, confirmó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda. Considera que: 1) El demandante en calidad de reconociente se encuentra legitimado activamente para demandar la impugnación de paternidad del hijo extramatrimonial, ya que el vicio que ha denunciado estriba en la falta de coincidencia con la verdad biológica; 2) No puede aplicarse el plazo previsto en el artículo 400 del Código Civil, por cuanto existe una demostración con prueba científica que destruye el acto de reconocimiento efectuado por el accionante, encontrándose acreditado al interior del proceso judicial con las debidas garantías, que dicho acto de reconocimiento no se condice con la verdad biológica; y 3) Además, no puede obligarse a la persona que no es el padre biológico, a que asuma los derechos y deberes de la Patria Potestad, o que

pueda mantener algún vínculo afectivo que beneficie al niño (salvo casos previstos en la Ley)

4. Recurso de Casación: Esta Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación interpuesto, por infracción normativa procesal de los artículos 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú y 50 incisos 4 y 6 del Código Procesal Civil, además del apartamiento inmotivado del precedente vinculante contenido en el punto 1 del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República, e infracción normativa material de los artículos 4 y 138 de la Constitución Política del Perú, 3.1, 5 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 390, 391, 395, 399, 400 y 413 del Código Civil y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, alegándose que: i) El accionante con plena voluntad ha reconocido al citado menor, firmando el acta de su nacimiento y estampando su huella digital; además, el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del acto, siendo en consecuencia, improcedente la demanda; ii) La decisión jurisdiccional solo se basa en la Prueba Anticipada, sin encontrarse acreditado que se haya inducido a error para el respectivo reconocimiento, cuando por el contrario está demostrada la existencia del reconocimiento voluntario de paternidad, ya que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, conforme a lo dispuesto por el Artículo 395 del Código Civil; iii) En el reconocimiento de paternidad extramatrimonial que se realizó en el ejercicio del Principio de Autonomía de la Voluntad, no es viable ni procedente la Prueba Anticipada, conforme lo establece el artículo 413 del Código Civil, por cuanto solo es permitida en los procesos sobre Declaración Judicial de Paternidad o

Maternidad extramatrimonial, o cuando el supuesto padre o madre solicita la misma como medio probatorio para negar el reconocimiento; y, iv) La decisión cuestionada es totalmente irregular e indebida, ya que los Jueces tienen la facultad de conservar la seguridad jurídica conforme a lo previsto por los artículos 4 y 138 de la Constitución Política del Perú, concordante con lo dispuesto por los artículos IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y 3.1, 5 y 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el precedente vinculante contenido en el punto 1 del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República

5. Decisión del Recurso de Casación:

**Voto en Mayoría:** Por las consideraciones expuestas, no se configuran las causales de infracción normativa de carácter material y procesal denunciadas, en consecuencia, no procede amparar el presente recurso de casación, por lo que de conformidad con el artículo 397 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 22 último párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por Rossi Janeth Figueroa Baltazar a fojas ciento ochenta y siete; por consiguiente, NO CASARON la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y seis, de fecha catorce de marzo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Civil Permanente de Huancayo

**Voto en Minoría**

MI VOTO es porque se declare: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Rossi Janeth Figueroa Baltazar; en consecuencia SE CASE la sentencia de vista expedida por la Sala Civil Permanente de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que confirmó la sentencia apelada de primera instancia de fojas

ciento doce, de fecha quince junio de dos mil quince, que declaró fundada la demanda, y en consecuencia resolvió que el demandante no era el padre biológico del menor de iniciales A.F.M.F., y que además no existe vínculo paterno filial entre los mismos, dejando sin efecto la filiación ficta anotada en la partida de nacimiento del citado menor; e INSUBSISTENTE la sentencia apelada; SE ORDENE que el Juez A quo emita nuevo pronunciamiento cumpliendo con fundamentar adecuadamente su decisión con arreglo a ley; y observando las consideraciones que se desprenden de este pronunciamiento.

#### **4.2.2 Recurso de Casación N° 4430-2015 Huaura Impugnación de Paternidad**

1. Materia del Recurso: Se trata del recurso de casación interpuesto por Yelitza Lucía Verde Agama, que confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demanda sobre Impugnación de Paternidad
2. Causales del Recurso de Casación: Por resolución de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, este Supremo Tribunal ha declarado procedente el recurso de su propósito, por las causales denunciadas de infracción normativa procesal de los artículos I y VII del Título Preliminar, así como el artículo 427 inciso 5 del Código Procesal Civil; e infracción normativa de carácter material de los artículos 399 del Código Civil y IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.
3. Decisión: - Por tales consideraciones, esta Sala Suprema, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley número 29364, declara: FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Yelitza Lucía Verde Agama a fojas seiscientos ochenta y dos; por consiguiente, CASARON la resolución impugnada; en consecuencia, NULA

la sentencia de vista de fojas seiscientos sesenta y cinco, de fecha catorce de setiembre de dos mil quince, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Huaura; y, actuando en sede de instancia, REVOCARON la resolución de fojas quinientos ochenta y tres, de fecha tres de marzo de dos mil quince, que declara fundada la demanda sobre Impugnación de Paternidad, con lo demás que dicha resolución contiene; y REFORMÁNDOLA declararon improcedente la misma.

#### **4.2.3 Recurso de Casación 1622-2015 Lambayeque. - Impugnación de paternidad**

1. Esteban Copa Ojeda Se interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad respecto de la menor de iniciales E.L.C.G, Solicita que se suprima su nombre como padre la menor, alegando que la demanda Filomena Ana Gutiérrez Huamán lo ha engañado.
2. En primera instancia declaran fundada la demanda.
3. La sentencia de segunda instancia revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, argumentando que son de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, en correlato con el principio de interés superior del niño.
4. Decisión del recurso: en aplicación de, lo señalado por el artículo 396 del Código Civil, se declararon infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, no casaron la sentencia de vista.

#### 4.2.4 Fundamentación de la Razón Jurídica

De lo evidenciado líneas arriba se puede ver la necesidad de introducir la causal de que “cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento” para la revocabilidad del reconocimiento de la declaración judicial de filiación extramatrimonial; ello en razón a que en la presentación de los tres recursos de casación se evidencia que la madre del menor es quien induce en error los supuesto padres; del primer caso Junín interpone recurso de casación la demandada , debido a que en primera instancia declaran fundada la demanda de impugnación interpuesta en su contra , en segunda instancia confirman la sentencia; y en casación declaran infundado el recurso, dando razón al demandante; En el caso de Huaura, interpone recurso de casación contra la sentencia de vista que declara fundada la demanda de impugnación de paternidad, caso en el cual declaran fundado el recurso de casación casan la resolución impugnada , declara nula la sentencia de vista y revocaron decisión reformándola a declaran improcedente la demanda y por último el caso de Lambayeque en el que el demandante plantea recurso de casación en contra de la sentencia de vista que declaro improcedente la demanda , el recurso de casación fue declarado infundado, no casaron la sentencia de vista.

Situaciones de las cuales se puede evidenciar que nos hace falta tomar ciertas medidas respecto a ciertas situación en las que el demandado en los procesos de declaración judicial de Filiación Extramatrimonial son inducidos al engaño para asumir una responsabilidad como lo es la paternidad, y que si existe razones contundentes por los cuales este tipo de procesos deben ser revócales, siguiendo una propia vía, sin tener que tener tantos peros para poder revocar un afiliación Extramatrimonial.

### **4.3 Propuesta legislativa de modificatoria legislativa en el código civil**

Por las Razones Jurídicas fundamentadas y por el bien de la sociedad jurídica, planteamos la regulación de la siguiente figura Jurídica.



**PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 395 DEL CODIGO CIVIL**

**Artículo 1. Objetivo del proyecto de Ley**

La presente Ley tiene por objeto, modificar dentro del Código Civil el LIBRO TERCERO; la sección III SOCIEDAD PATERNO FILIAL e incorporar dentro del Título II Filiación extramatrimonial (Artículo 386 al 417) En el artículo 395° la revocabilidad del reconocimiento; con el fin de lograr la equidad de derechos y obligaciones dentro de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sin vulnerar derechos de ningunas de las partes dentro de un proceso, también se busca solucionar un problema referente a la vulneración de diversos derechos de cada una de las partes procesales, en los procesos de declaración Judicial de filiación extramatrimonial, considerada irrevocable por el artículo 395° del Código Civil .

**Artículo 2. Modificatoria**

Modifíquese el LIBRO TERCERO; la sección III SOCIEDAD PATERNO FILIAL e incorporar dentro del Título II Filiación extramatrimonial (Artículo 386 al 417) En el artículo 395° “la revocabilidad del reconocimiento”, dentro del Código Civil al que quedar redactado en los términos siguientes:

**Artículo 395° Revocabilidad *del Reconocimiento***

El reconocimiento es irrevocable cuando:

1. Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento; No haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra o no haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición.
2. Cuando el demandado haya sido inducido a error cualquier tipo de error por la madre del menor para lograr el reconocimiento.

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

**PRIMERA.** - Deróguese toda norma que se oponga a las disposiciones dadas en esta ley.

**SEGUNDA.** - La presente ley entrara en vigencia a los 15 días de su publicación.

Comuníquese al señor presidente de la Republica para su promulgación.

En Lima, a los \_\_\_\_ días del mes de\_\_\_\_\_.

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA  
POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de gobierno, en Lima, a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La presente propuesta de ley surge como consecuencia la problemática que se vive en los diferentes sectores y distritos judiciales en la regulación y tramitación de diversos procesos Civiles; entre uno de ellos tenemos la irrevocabilidad de la declaración de la paternidad en los procesos de filiación extramatrimonial; También porque consideramos que existen diversas situaciones que se deben evaluar en este tipo procesos tan delicados y que son de suma urgencia, ya que la demandante no son las que siempre tienen la razón. Motivo por el cual consideramos que debe modificarse en el artículo 395° del Código Civil, la Revocabilidad de la filiación como un derecho del demandado con la finalidad de equiparar derechos y obligaciones de las partes de una declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

## **EFEECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

Esta norma no se encuentra en contrariedad a lo que establece la Carta Magna peruana por lo que a partir del día siguiente de su promulgación y respectiva publicación en el diario “El Peruano” será exigible en todo el territorio nacional.

## **ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO**

La presente norma no genera costo alguno para el Tesoro Público, debido a que no irroga gasto al Estado.

## CONCLUSIONES

1. Las Razones jurídicas para modificar la irrevocabilidad a revocable de la declaración judicial de Paternidad de filiación extramatrimonial, en el Código Civil son: Cuando el demandado no haya participado del reconocimiento: No haya tenido conocimiento del proceso llevado en su contra; No haya planteado su oposición en el proceso de filiación por falta de algún requisito de oposición.
2. La filiación es la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de la otra, o dicho en otros términos es la relación que existe entre el padre y el hijo. La filiación es el lazo que une a dos personas que descienden la una de la otra, o de un tronco común; y tienen como consecuencia un carácter exclusivamente genealógico.
3. El proceso de declaración Judicial de filiación Extramatrimonial, queda expresado, es especial, sui géneris. Su singularidad está representada en un conjunto de características que lo connotan, otorgándole un nivel diferenciador de los demás procesos. Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos diversas.
4. Respecto de la Irrevocabilidad del reconocimiento, Resulta relevante señalar que el reconocimiento es un acto jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra y el artículo 395° del Código Civil lo establece como “El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable”.
5. Nuestra propuesta legislativa es incorporar dentro del Título II Filiación extramatrimonial (Artículo 386 al 417) En el artículo 395° la revocabilidad del reconocimiento; con el fin de lograr la equidad de derechos y obligaciones

dentro de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sin vulnerar derechos de ningunas de las partes dentro de un proceso, también se busca solucionar un problema referente a la vulneración de diversos derechos de cada una de las partes procesales, en los procesos de declaración Judicial de filiación extramatrimonial, considerada irrevocable por el artículo 395° del Código Civil .

## RECOMENDACIONES

1. Mi principal recomendación modificar dentro del Código Civil el LIBRO TERCERO; la sección III SOCIEDAD PATERNO FILIAL e incorporar dentro del Título II Filiación extramatrimonial (Artículo 386 al 417) En el artículo 395° la revocabilidad del reconocimiento; con el fin de lograr la equidad de derechos y obligaciones dentro de un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sin vulnerar derechos de ningunas de las partes dentro de un proceso, también se busca solucionar un problema referente a la vulneración de diversos derechos de cada una de las partes procesales, en los procesos de declaración Judicial de filiación extramatrimonial, considerada irrevocable por el artículo 395° del Código Civil .
2. Se recomienda a los investigadores en derecho a realizar investigaciones vinculadas la irrevocabilidad del reconocimiento, debido a que existe muy poca información en la doctrina y la jurisprudencia respecto al tema.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguinaga, G. (2018) *Irrevocabilidad vs. Anulabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial y los paradigmas de su aplicación práctica en el derecho familiar peruano*. Perú
- Ariano, E. (2005). “*El nuevo proceso de declaración de filiación extramatrimonial. ¿Vanguardismo o primitivismo procesal?*”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 134. Gaceta Jurídica. Lima.
- Bossert, G. (1989). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea
- Burrone, M. (1990-B-1986), *Igualdad ante la ley en el acceso a la justicia* (Fundamentos de las Defensorías Oficiales), L.L
- Bustamante, R. (2001) “*El Derecho a Probar Como Elemento Esencial de un Proceso Justo*”. ARA Editores. Lima - Perú.
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*", traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bs. As.
- Cornejo, H. (1999) “*Derecho Familiar Peruano*”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. 10a. Edición. Lima-Perú.
- Escriche, J. (1847) “*Diccionario Razonado –Legislación y Jurisprudencia*”. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Tomo II. Editorial Librería de la Señora e Hijos de D. Antonio Calleja Editores. Madrid.

- Fernández, C. (2005) en *“La Constitución Comentada-Artículo por Artículo”*. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país”. Tomo I. Editorial Gaceta
- Ferrando, D. y otros (1989). *Adolescentes de hoy, padres del mañana*. Bogotá: AGI  
Presencia
- Gallegos, Y & Jara, R. (2009) *“Manual de Derecho de Familia”*. Jurista Editores.  
Lima-Perú.
- García, V. (2008) *“Los Derechos Fundamentales en el Perú”*. Jurista Editores. Lima -  
Perú.
- García, S. (2002) *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, Universidad  
Nacional Autónoma de México (UNAM), México.
- Gómez, M. (2006). *Introducción a la metodología de la investigación científica*.  
Córdoba: Editorial Brujas
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación*.  
México D. F.: McGraw Hill.
- Herrera, S.( 2002) *“Proceso de ejecución”*. Normas Legales. Trujillo.
- Hinostroza, A. (2003) *“Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo”*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima,
- Laurente, S. (2020). *El protagonismo del padre biológico como titular de la acción contestatoria en la filiación matrimonial en pro al derecho de identidad del menor*, Huancavelica. Perú
- Malqui, M. (2002) *“Derecho de Familia”*. Tomo II. Editorial San Marcos. Lima-Perú.

- Martel, R. (2005) “*Proceso de filiación por paternidad extramatrimonial. Pasando de un extremo a otro*”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 138. Gaceta Jurídica. Lima.
- Melo, H (2016) sobre el proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en lima metropolitana. Perú
- Nader Orfale, L. E. (2013). *Vulneración de principios fundamentales mediante la interposición de la acción de tutela contra providencia judicial. Scopus*, 1-9.
- Nino, C. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Editorial Bs. As.
- Ochoa, C. (2019). *La invalidez del reconocimiento de hijo extramatrimonial frente al artículo 395 del código civil y la conveniencia de su procedencia en relación al interés superior del niño y la verdad biológica*. Perú
- Ossorio, M. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Heliasta.
- Palella Stracuzzi, S. & Martins Pestana, F. (2012). *Metodología de la investigación cuantitativa*. Caracas: Fondo Editorial de la Universidad Pedagógica Experimental Libertador.
- Paz, F. (2002) “*Derecho de Familia y sus instituciones*”. 2ª edición. G.G. Gráfica. La Paz.
- Peña A.. (2007). *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena y las Consecuencias Jurídicas*. Lima: RODHAS.
- Perelman, C. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.

- Pinella, V. (2018) *El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Perú
- Plácido, Á. (2003). *Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica
- RAE. (10 de Junio de 2019). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <http://www.rae.es/ayuda/diccionario-de-la-lengua-espanola>
- Ramos Nuñez, C. (2005). *Como hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rotondo, H. (1970). *Estudios sobre la familia en su relación con la salud*. Lima: UNMSM.
- Sánchez Velarde, Pablo. (2006). *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa: Lima.
- Sánchez Zorrilla, M. (2017). *La versión básica y aplicada de la investigación jurídica pura*. Recuperado de: [https://www.derechocambiosocial.com/revista048/LA\\_VERSION\\_BASICAY\\_APLICADA\\_DE\\_LA\\_INVESTIGACION.pdf](https://www.derechocambiosocial.com/revista048/LA_VERSION_BASICAY_APLICADA_DE_LA_INVESTIGACION.pdf)
- Suarez, L. (2005) “*El ‘especialísimo’ proceso de filiación*”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, Año 2, N° 33, Lima.
- Ticona, V. (1999) “*El Debido Proceso y la Demanda Civil*”. Tomo I. Editorial Rodhas. 2da Edición. Lima – Perú.
- Ticona, V. (1998) “*Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*”. Tomo I. Editorial San Marcos. 3ra Ed. Lima - Perú .
- Varsi, E.(2001) “*Derecho Genético*”. Editorial Grijley. 4ª.Edición. Lima-Perú.

Varsi, E. (2001) “*Tratado de Derecho de Familia*”. Editorial Grijley. 4ª. Edición.  
Lima-Perú.

Varsi, E. (2010). *El Moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. 2ª edición. Lima: Jurista editores.

Varsi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia: La nueva teoría institucional y jurídica de la familia* (t. 1). Lima: Gaceta Jurídica.

Vásquez, Y. (1998) “*Derecho de Familia*”. Tomo I. Editorial Rodhas. Lima –Perú.

Vélez, S. ( 2000) y el Derecho en Latinoamérica”. En: Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Tomo I. Academia Nacional de Córdoba. Córdoba, 2000.

Zannoni, E. (1998). Derecho de Familia. Tomo II, 3ª edición. Buenos Aires: Astrea.

Zannoni, E ( 1997) “*Identidad Personal y Pruebas Biológicas*”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 13, Derecho privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe.

#### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:**

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia emitida en el Expediente N° 2151-2016  
Junín.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia emitida en el Expediente N° 4430-2015-  
Huaura.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia emitida en el Expediente N° 1622-2015  
Lambayeque.