

LAS ACCIONES FILIATORIAS

Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI^(*)

I. GENERALIDADES

1. Introducción

La investigación de la paternidad es de interés fundamental para el Estado. Se presta especial cuidado a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del Derecho Familiar Público con la finalidad de brindar las máximas seguridades y cautela a estas medidas judiciales destinadas a determinar la relación de familia.

Las acciones de estado filial están dirigidas a la afectación del estado civil del sujeto. De su resultado varían los atributos de la persona, identidad, nombre, estado, justificándose la denominación como acciones de estado. Su importancia, como dice Díez-Picazo y Gullón⁽¹⁾, está dada en la relevancia que adquiere en los momentos patológicos en los que se origina un conflicto o un litigio.

Nuestro Código no tiene un Título especial que regule las acciones de filiación, a diferencia de otros como el de Cataluña, Chile, España, Francia, Paraguay, República Dominicana, por mencionar algunos. A pesar de su importancia, las acciones de filiación están contenidas dentro de cada uno de los Títulos I y II de la Sección Tercera: Sociedad Paterno-Filial.

2. Concepto

Las acciones o pretensiones de filiación están referidas al estado de familia y buscan el establecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo a

(*) Doctor en Derecho. Profesor e investigador de la Universidad de Lima. Investigador Concytec. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV. 3ª edición, 2ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 1986, p. 341.

través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con la real).

Dice Azpiri⁽²⁾ que son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Es llevar a los estrados judiciales su determinación, es decir, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta⁽³⁾.

3. Delimitación

Están dirigidas a un estado de familia especial, concreto y particular, al estado de familia filial, es decir, aquel que se circunscribe a la vinculación entre padres e hijos en virtud del hecho biológico de la procreación y de la institución jurídica de la filiación.

4. Objetivo

Las acciones de filiación buscan facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica. Se canalizan a través de acciones judiciales, de demandas, que procuran la identificación de los vínculos de filiación tendiendo a la investigación de la parentalidad⁽⁴⁾. Su objeto versa sobre el título de estado de familia, sea porque se pretende comprobar un estado, y de esa manera obtener un título del que se carece, o porque ese título es falso o viciado, o para crear un estado nuevo o para modificar un estado que se ostenta⁽⁵⁾.

Su fundamento reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación). Buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

5. Principios y características

El proceso de familia, a criterio de Ferreyra de La Rúa⁽⁶⁾, tiene sus propios principios:

(2) AZPIRI, Jorge. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 113.

(3) LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia* N° 327. Bosch, Barcelona, 1982, p. 606.

(4) DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 345.

(5) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 58.

(6) FERREYRA DE LA RÚA, Angelina. "El procedimiento de familia en el proyecto". En: *La Ley*, año LXXVI, N° 115, jueves 21 de junio de 2012, pp. 2-3.

- Oficiosidad.
- Inmediación.
- Oralidad y libertad.
- Amplitud probatoria.
- Tutela judicial efectiva.
- Buena fe y lealtad procesal.

El Código Civil y Comercial argentino considera que el proceso en materia de familia respetará los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (art. 706). Sobre este punto, y cuando aún se encontraba en discusión el Proyecto del Código Civil y Comercial argentino, Kielmanovich⁽⁷⁾ consideraba que dentro de los principios generales podrían: i) incluirse el de gratuidad; ii) que el denominado principio de **acceso limitado al expediente** debería reemplazarse por el más comprensivo de “privacidad” –por oposición al principio de **publicidad** que gobierna los procedimientos judiciales comunes–; iii) sería conveniente la inclusión del **principio de acentuación de la función conciliadora**; iv) sería de utilidad el establecimiento del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* por el que se prohíba la conveniencia de reunir en un solo tribunal todas las cuestiones vinculadas o que se originan en torno **a un mismo** elemento o relación jurídica; v) incluirse el principio del **favor por el trámite más breve** que supone que en casos de duda acerca del procedimiento aplicable, por ejemplo, si corresponde el trámite ordinario o sumarísimo, se aplique el más rápido.

Además de ello, entre sus características tenemos:

Imprescriptibles, inalienables, personales, intransmisibles,
indisponibles, irrenunciables, eficacia *erga omnes*, declarativas

5.1. Imprescriptibles

El paso del tiempo no influye en su admisibilidad o requerimiento.

La caducidad tiene especial trascendencia en materia de acciones de filiación. Su aplicación ha determinado, por ejemplo en Argentina⁽⁸⁾, ciertos criterios interpretativos en la jurisprudencia y algunas declaraciones de inconstitucionalidad en lo relativo a los plazos de caducidad o la forma de cómputo.

(7) KIELMANOVICH, Jorge. “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *La Ley*, año LXXVI, N° 142, martes 31 de julio de 2012, pp. 1 y 2.

(8) FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina. Ob. cit., p. 3.

5.2. Inalienables

No pueden ser limitadas ni restringidos sus efectos. Ni cedidas, ni mercantilizadas.

5.3. Personales

Solo pueden ser utilizadas por un número limitado de personas. Sin embargo, la tendencia actual es liberalizar la legitimidad de obrar. Esta característica está perdiendo relevancia, no son tan *intuitio personae*, al primar el interés de conocer la verdad, el denominado derecho a la obtención y difusión de la verdad⁽⁹⁾. Así, la legitimación no se cierra del todo, se otorga para la defensa de intereses que se estiman prioritarios o preferentes⁽¹⁰⁾.

La tendencia es ampliar a los legitimados (a cualquier tercero que invoque un interés legítimo). Asimismo, el **legítimo contradictor**, a quien corresponde directamente ser demandado (**el más próximo y primitivo en interés**) deja paso a terceros (herederos) que pueden ser demandados.

5.4. Intransmisibles

No pueden ser transferidas bajo ningún título.

5.5. Indisponibles

Dice Díez-Picazo y Gullón⁽¹¹⁾ que las acciones están fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. Impide que la materia pueda quedar regulada fuera de proceso judicial, de la misma forma no cabe la transacción, arbitraje, ni allanamiento, en todo caso se entiende como mero reconocimiento.

5.6. Irrenunciables

El goce natural de estas acciones limita la posibilidad que puedan renunciarse, no obstante, si podrá renunciarse al derecho a ejercitarlas.

5.7. Eficacia *erga omnes*

Sus efectos son generales respecto a las personas que están vinculadas filiativamente. No cabe el establecimiento de una filiación *in diminuto*, de allí se rebata la institución del hijo alimentista (termina siendo un hijo a plazo

(9) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Ob. cit., p. 341.

(10) *Ibidem*, p. 346.

(11) *Ibidem*, p. 342.

determinado). Además, como dice Sambrizzi, las sentencias derivadas de estas acciones tienen efecto *erga omnes*⁽¹²⁾.

5.8. Declarativas

Al poner de manifiesto una relación biológica no determinan sino confirman la existencia o no de un vínculo. Siendo así tienen efecto retroactivo *ex tunc*, a diferencia de las acciones constitutivas que rigen para el futuro, *ex nunc*.

5.9. Eficacia en su realización

Las acciones de filiación buscan la concreción y realización de un estado de familia, de allí que sea admisible el ejercicio de medidas cautelares (alimentos y derechos sucesorios).

Las medidas cautelares en el Derecho de Familia presentan algunas particularidades o connotaciones propias en cuanto a su carácter instrumental, a su providencia inaudita parte, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para disponerlas de oficio, a la disponibilidad inmediata de su objeto y a la no sujeción normativa a plazos de caducidad⁽¹³⁾.

6. Clases

Las acciones de estado filial tienen como objetivo adjudicar o desarticular una filiación.

Emplazar el estatus que carezco (me falta) o desplazar la establecida (no me corresponde), de allí que se denominen de reclamación e impugnación.

EM	PLAZAMIENTO	Adjudicación	Reclamación
DES		Desarticulación	Impugnación

(12) SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 537.

(13) FAMÁ, María Victoria. *La filiación: régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 230.

Entre ellas tenemos las siguientes:

Acciones								
Reclamación			Desconocimiento					
Matrimonial	Extramatrimonial		Matrimonial		Extramatrimonial	Adopción		
	Paternidad	Maternidad	Paternidad	Maternidad	Reconocimiento			
			Impugnación		Impugnación	Invalidez		Impugnación
373, 374	402	409	363	371	399	Nulidad	Anulabilidad	385
	L. 28457 L. 30628					219		

II. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN

Se le conoce como acción de declaración positiva, vindicación de estado civil, inquisición de estado, o simplemente reivindicación (a criterio de los franceses). Es un tipo de reconocimiento judicial⁽¹⁴⁾, coaccionado⁽¹⁵⁾ o forzado⁽¹⁶⁾. A decir de Ferrando⁽¹⁷⁾, normalmente presupone la falta de un título de estado (*macanza di un titolo di stato*).

Es una acción de emplazamiento. Se traduce en colocar a una persona en un determinado estado de familia⁽¹⁸⁾. Busca establecer una filiación a quien no la tiene. La pretensión es emplazatoria.

A través de ella solicito se declare una filiación que no ostento.

1. Matrimonial

1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Se da a falta de una inscripción regular.

(14) DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 5. 17ª edición actualizada. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 397.

(15) DIAS, María Berenice. Ob. cit., p. 341.

(16) Por demás conocida esta estructura de cómo determinar una filiación extramatrimonial citamos como referencia a MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 9. Bookseller, Campinas, 2000, p. 104.

(17) FERRANDO, Gilda. *Manuale di diritto di famiglia*. Roma, E. Laterza, 2005, p. 248.

(18) KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 31.

Krasnow⁽¹⁹⁾, Famá⁽²⁰⁾ y Zannoni⁽²¹⁾ indican que procede cuando el hijo:

- No ha sido inscrito en el Registro Civil.
- Es inscrito como hijo de padres desconocidos.
- Inscripción como hijo extramatrimonial de otras personas.
- Inscripción como hijo matrimonial de otra persona.

La doctrina nacional establece que esta acción de filiación matrimonial opera cuando el hijo no tiene título ni la posesión de estado de hijo matrimonial⁽²²⁾, por lo que solicita ser declarado como tal, es decir, hijo matrimonial.

1.2. Legitimación activa

- El hijo, o su representante legal en caso ser menor o incapaz.
- Herederos del hijo. Según el artículo 374 la acción pasa a los herederos del hijo:
 - i) Si periodo murió antes de cumplir veintitrés años sin haber interpuesto la demanda.
 - ii) Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado.
 - iii) Si el hijo dejó iniciado el juicio.

En el caso de los dos primeros incisos, los herederos tendrán dos años de plazo para interponer la acción.

Consideramos que los padres, ambos, como partes de la relación filial, estarían legitimados de accionar; ya que una interpretación en contrario impondría un tratamiento diferenciado que no responde a una causa justificada y razonable a la luz del principio de no discriminación⁽²³⁾. Incluso puede trasladarse a los herederos de estos.

Cabe la duda y discusión si es viable que los acreedores del hijo o cesionario de sus derechos hereditarios tengan facultades de accionar la reclamación de su paternidad, discutible pero no imposible, la pregunta es qué tan dable puede ser.

(19) Ibidem, p. 62.

(20) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 332.

(21) ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II. 2ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 366-367.

(22) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Acción de filiación". En: *Código Civil comentado*. Tomo II: Derecho de Familia. 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 494.

(23) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 345.

1.3. Legitimación pasiva

Conjuntamente contra el padre y la madre (*litisconsorcio pasivo necesario*). Se trata de una acción indivisible, deben ser demandados ambos padres, no de forma individual (como sí sucede en la declaración judicial de la filiación extramatrimonial, paternidad o maternidad).

1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, incluso las biológicas⁽²⁴⁾.

1.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo matrimonial con efecto retroactivo. Si es rechazada puede intentarse la acción de reclamación de filiación extramatrimonial.

1.6. Base legal

Código Civil, artículos 373 y 374.

2. Extramatrimonial

Se sustenta en el principio de la investigación del vínculo filial.

Otorga el derecho, a quien no cuenta con una filiación establecida, a solicitar su establecimiento respecto de quien considere su padre o madre. Claro está que quien acciona, o en beneficio de quien se acciona, no debe contar con una filiación establecida respecto de quien pretende demandar. En caso cuente con

(24) Este artículo es complementado por el artículo 1 de la Ley N° 27048 que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 6/1/1999) en el sentido siguiente:

“**Artículo 1.-** Admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

Téngase presente de la misma Ley:

“**Artículo 3.-** Consecuencia de la aplicación de la prueba. En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada”.

Téngase presente, además, de la misma Ley:

“**Artículo 5.-** Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración [o impugnación] de paternidad [o maternidad] valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado [o demandada] deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez”.

Lo que se encuentra entre corchetes son agregados nuestros.

una filiación deberá desconocerla para que, luego que quede sin filiación, pueda plantear la acción de reclamación.

Permite determinar la filiación respecto de quien no la tiene legalmente establecida por haber nacido fuera del matrimonio y sus padres biológicos se niegan a reconocerlo. Se trata de una acción in caducible (art. 410) y con un criterio sancionador, dado que, si bien la sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento, no confiere al padre o a la madre derecho alimentario ni sucesorio (art. 412), pero sí respecto del hijo. En lo referente a la competencia, la acción puede ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante (art. 408).

Es exigible al padre o a la madre, en forma individual o conjunta (acumulación).

Efectos:

La sentencia que declara la paternidad o maternidad extramatrimonial tiene los mismos efectos que el reconocimiento (art. 412), básicamente dirigidos en favor del hijo.

Sin embargo, respecto del padre / madre declarados judicialmente:

- No confiere derechos sucesorios ni alimentarios (art. 412). El declarado padre como tal no será heredero, no tendrá la calidad de alimentista; nada obsta –a decisión del hijo– que pueda ser legatario o conferirle una pensión de alimentos⁽²⁵⁾. Además, el progenitor que no hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad es indigno de suceder, art. 667, inc. 7⁽²⁶⁾.
- No goza de la patria potestad sobre el hijo, esta corresponde únicamente a los padres reconocientes (art. 421). Esto no afecta el derecho de relación (visitas) que debe gozar todo menor⁽²⁷⁾.
- El hijo declarado judicialmente, por extensión del artículo 397, no podrá vivir con el progenitor declarado si es que no cuenta con el asentimiento de su cónyuge.

(25) Esta sanción no debiera ser absoluta, debería haber excepciones, como es el caso de que el hijo asienta y declare el goce de dichos derechos en favor del padre/madre declarados como tales. *Vide* SIMÓN REGALADO, Patricia. “Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 50.

(26) Cuarta disposición complementaria modificatoria de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N° 30364, DOEP, 23/11/2015.

(27) Ídem.

- Se expide nueva partida de nacimiento. La sentencia declaratoria de paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas (art. 387)⁽²⁸⁾.

2.1. Paternidad

Podemos decir que existen dos procesos para establecer la paternidad:

- **Proceso común.-** Acreditado los supuestos sociales, presunciones (art. 402, incs. 1 al 5) o la vinculación de genética (art. 402, inc. 6, 413, Ley N° 27048), se tramita en proceso de conocimiento ante juez de familia, y;
- **Proceso especial.-** Ley N° 28457 y sus modificatorias⁽²⁹⁾, ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial, se tramita en proceso monitorio ante el juzgado de paz.

2.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Establecer la relación paternofilial.

La acción puede ejercitarse antes del nacimiento del hijo (art. 405), *i.e.* al concebido con base en el interés superior (teoría de los efectos favorables aplicable, art. 2) o, incluso, luego de muerto el hijo por sus herederos (demandando la abuelidad o la media hermandad).

2.1.2. Legitimación activa

Quien tenga legítimo interés.

El artículo 407 del Código establece que la acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde **solo** al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar⁽³⁰⁾ pudiendo la madre actuar en su representación en caso de minoridad del hijo.

Sin embargo, la Ley N° 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial permite, a *contrario sensu*, accionar la paternidad a “quien tenga legítimo interés”, *i.e.*, a cualquier tercero.

(28) Artículo 5 de la Ley N° 29032, Ley que ordena la expedición de una nueva partida o acta de nacimiento cuando el reconocimiento de paternidad o maternidad se realiza con posterioridad a la fecha de inscripción (DOEP, 05/06/2007).

(29) Modificada por las Leyes N°s 29715, 29821 y 30628.

(30) Cfr. LASTARRIA RAMOS, Edgard. “Titulares de la acción”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 48.

En este importante cambio se toma en cuenta el interés moral o familiar (art. VI del Título preliminar, CC) para iniciar la acción. Puede aludirse que esto implica una intromisión en la intimidad de la persona al decidir en su nombre, y por ella, investigar su esencia filial, pero, tratándose de una acción iniciada en defensa de los intereses del menor, resulta ser justificable, amparable en el sentido de que sus efectos repercutirán tanto en el aspecto personal y colectivo. Tanto a la persona como al Estado le interesa que cada quien tenga un padre.

Por su parte, Nora Lloveras⁽³¹⁾ alega que esta excesiva amplitud en la legitimación activa puede incidir en la intimidad del padre, de la madre o del núcleo familiar⁽³²⁾, pero el objetivo de la ley es resguardar el interés superior del niño, que es mucho mayor a todo.

Litisconsorcio, i) varios demandantes en favor de un mismo hijo; o, ii) varios hijos demandando un mismo padre.

Litisconsorcio pasivo alternativo eventual, cuando el hijo no tiene la certeza de quien es su padre al haber mantenido su madre trato sexual con más de un hombre, pudiendo la acción interponerse contra más de uno (probables), además se trata de un **litisconsorcio facultativo**⁽³³⁾.

Investigación post mortem, indica el artículo 407 que la acción es transmisible (descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado); sin embargo, la acción no pasa a los herederos del hijo del premuerto, criterio corroborado por el Tribunal Constitucional⁽³⁴⁾, situación que nos parece absurda en el sentido que, si bien puedo demandar paternidad del padre muerto (art. 406) *ergo* puedo demandar la paternidad del hijo que falleció. La investigación de la paternidad debe ser *in favor filii*.

(31) LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y Perú. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 334.

(32) Como dice Famá (FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., pp. 24-25): La intimidad cobra especial importancia en lo referente a la negativa a la realización de las pruebas biológicas o su actuar compulsivo, lo que en nuestro medio no tiene especial relevancia.

(33) DIAS, Maria Berenice. Ob. cit., p. 464.

(34) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04305-2012-AA.pdf>>, Exp. N° 04305 2012-PA/TC-Apurímac, 01/09/2014. Fundamento 1: “el artículo I la Ley N° 28457, al referirse a ‘quien tenga legítimo interés’, debe ser interpretado y concordado con el artículo 407 del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible *mortis causa*”. Fundamento 3: “Ciertamente, establece la excepción de que los herederos del hijo (descendientes) sí podrán continuar la acción si es que esta se hubiera iniciado antes del fallecimiento. Sin embargo, ello no resulta atendible en el presente caso, ya que la acción promovida a favor de la hija menor de edad (para quien se está solicitando la declaración de paternidad) es posterior a su muerte, por lo que la representación legal como madre ha fenecido con la muerte de la menor. En este sentido, no existe legítimo interés en la obtención de una declaración de paternidad extramatrimonial en la demandante, por cuanto la beneficiaria M.L.A. dejó de ser sujeto de Derecho al haber fallecido”.

2.1.3. Legitimación pasiva

Contra el supuesto padre (reo en paternidad), o sus herederos, en caso de fallecimiento (investigación *post mortem*), artículo 406. El término es plural, herederos, no es singular, por lo que debe demandarse colectivamente (interpretación *ad absurdum*).

La jurisprudencia indica que los abuelos pueden ser demandados⁽³⁵⁾.

Litisconsorcio, puede haber más de un hombre demandado.

2.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

2.1.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo extramatrimonial del hombre demandado con efecto retroactivo.

2.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 402 y Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de la paternidad extramatrimonial.

Proceso derivado de la declaración judicial de la paternidad extramatrimonial

El artículo 414 reconoce a la madre, en los casos de una filiación extramatrimonial (reconocimiento o declaración judicial) y comprobado el abuso de autoridad, cohabitación delictuosa, promesa de matrimonio indubitable o minoridad al tiempo de la concepción, los siguientes derechos:

1. Reembolso por gastos de embarazo y parto.
2. Alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto.
3. Indemnización del daño moral.

(35) Que, tal como se encuentra establecido en el artículo 389 del Código, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea. En ese sentido, estando a que la actora propone demanda de reconocimiento a los abuelos del supuesto padre, habiendo acreditado que en vida este había prestado alimentos al menor, mediante proceso que le iniciara el padre de aquella por ser menor de edad, y además que el abuelo (paterno) ha reconocido en audiencia que él conjuntamente con su esposa han prohijado al menor ayudándola voluntariamente y que ello no puede sino desprenderse del hecho consciente de reconocer que era el hijo de su hijo, corresponde confirmar la sentencia de vista amparando la presente pretensión de filiación. Exp. N° 451-1998. Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En los siguientes casos:

Se trata de una acción derivada de la paternidad extramatrimonial en favor de la madre, siendo la misma:

- Personal.
- Contra el padre y sus herederos.
- Competente el juez del demandante o demandado.
- Antes el nacimiento o dentro del año siguiente del nacimiento del niño.

Investigación de oficio de la paternidad

El Código de Portugal consagra la investigación de oficio de la paternidad, estableciendo que cuando sea inscrito el nacimiento de un menor solo con la indicación de la maternidad el funcionario remitirá al tribunal el certificado de inscripción de nacimiento completo a fin de determinar la identidad del padre (art. 1864).

En la investigación de oficio de la paternidad (art. 1865), el Tribunal oirá a la madre acerca de la paternidad que atribuye al hijo (inciso 1). Si la madre indica quien es el padre o por otro medio se llega al conocimiento de su identidad, el supuesto padre será también oído (inciso 2). En caso de que el supuesto padre confirme la paternidad será establecido el reconocimiento y remitido el certificado de nacimiento al registro (inciso 3). Si el presumido padre no llega a recusar la confirmación de su paternidad, el Tribunal procederá a las diligencias necesarias para averiguar la viabilidad de la acción de investigación de paternidad (inciso 4). Si el Tribunal concluye la existencia de pruebas seguras de paternidad, ordenará la remisión del proceso al Ministerio Público y al Tribunal competente, a fin de dar inicio a la acción de investigación (inciso 5). La acción investigación de oficio de la paternidad es improcedente (art. 1866); si la madre y el presunto padre fueran parientes o afines en línea recta o parientes en segundo grado de la línea colateral; a) si hubiera transcurrido dos años del nacimiento; o, b) cuando en un proceso penal se prueba la cópula en términos de constituir fundamento para la investigación de la paternidad y esta coincide con el periodo de la concepción, el Ministerio Público instaurará la acción de investigación de paternidad (art. 1867).

Así también en Brasil, la Ley N° 8.560/92 regula a *Investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências*, según esta ley tiene legitimidad el Ministerio Público para promover la acción de oficio de investigación de la paternidad.

2.1.7. Limitación

Antecedente

Originalmente no procedía la investigación de la paternidad en caso de que la mujer esté casada.

Frente a esta situación debía primero contestarse la paternidad de manera que, quedando libre el hijo de la filiación matrimonial, pueda establecerse nueva filiación (extramatrimonial), conforme lo indicaba el artículo 402, inciso 6 en su texto original y el artículo 404.

Véase como el artículo 402, inciso 6 mencionaba en su segundo párrafo que: “Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad” olvidando la frase sentencia favorable.

Actualidad

Téngase en cuenta que por Decreto Legislativo N° 1377 (DOEP, 24/08/2018) se habilita a la madre a romper la presunción de filiación matrimonial declarando la verdadera paternidad del hijo parido por ella dentro del matrimonio, quedando el artículo 396 redactado de la siguiente manera:

Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Esta modificación se ha dado en la línea de los criterios jurisprudenciales existentes que inaplicaron el artículo 396, por ejemplo:

- La Cas. N° 2726-2012-Del Santa declaró que, sin afectar su vigencia, resulta inaplicable el artículo 396 para un caso en particular, conforme al derecho a la identidad y el principio de interés superior del menor: “El estado constante de familia entre un hijo extramatrimonial de mujer casada con sus padres biológicos afirma la filiación, en cuyo caso procede inaplicar el art 396 y 404”.
- El Exp. N° 1388-2010-Arequipa, Consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica que, inaplicando las normas civiles contenidas en

los artículos 402 inciso 6 y 404 con base en el control difuso, se prefirió la aplicación del artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política del Estado que reconoce el derecho a la identidad considerando que “[n]o existe razón objetiva y razonable que justifique en el presente caso la necesidad de se obtenga una sentencia previa en un proceso de negación de paternidad matrimonial, si se tiene en consideración lo irrefutable de la verdad biológica que establece la filiación extramatrimonial del demandado”.

2.2. Maternidad

Acreditados los supuestos biológicos (parto e identidad, art. 409) o la vinculación de genética (Ley N° 27048⁽³⁶⁾).

Surge la discusión si puede aplicarse a la determinación de la maternidad el nuevo proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Ley N° 28457). Sobre el particular existen dos posiciones que tratan de justificar las razones de la viabilidad o no de la indagación de la maternidad extramatrimonial por medio de dicho proceso.

- No puede ser aplicado considerándose que la analogía no opera dado que las normas procesales son de orden público.
- Sí puede ser aplicado con base en el interés superior del niño, demandándose en este caso la maternidad a través del nuevo proceso.

Nos quedamos con la segunda opción, tal como veremos más adelante.

2.2.1. Objetivo de la acción y procedencia

Establecer la relación maternofilial.

Obviamente esta acción se ejercita luego del nacimiento del hijo. Absurdo sería pretender iniciar la acción en pleno estado de gestación al estar, *in momento*, acredita la maternidad de quien es la gestante. Lo que sí sería viable es accionar luego de muerto el hijo por sus herederos (demandando la abuelidad).

2.2.2. Legitimación activa

Quien tenga legítimo interés (el art. 411 remite su aplicación al artículo 407).

(36) Aunque el artículo 2 no modifique expresamente este artículo (solo modifica los arts. 363, 402, 413 y 415) por interpretación extensiva se entiende, también, modificado.

Investigación *post mortem*, indica el artículo 407 que la acción es transmisible (descendientes pueden continuar el juicio que dejó iniciado); sin embargo, la acción no pasa a los herederos del hijo, criterio este corroborado por el Tribunal Constitucional⁽³⁷⁾, situación que nos parece absurda en el sentido que, si bien puedo demandar paternidad del padre muerto (art. 406) *ergo* puedo demandar la paternidad del hijo que falleció. La investigación de la maternidad *in favor filii*.

2.2.3. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra la madre o sus herederos, en caso de fallecimiento (investigación *post mortem*) (el art. 411 remite su aplicación al art. 406).

2.2.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

2.2.5. Sentencia

De prosperar se emplaza el estado de hijo extramatrimonial de la mujer demandada con efecto retroactivo.

2.2.6. Base legal

Código Civil, artículo 409.

III. ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO

Llamadas acciones de declaración negativa o de repudio filial.

Es una acción de desplazamiento, de apartamiento, de exclusión. Consiste en separar a la persona del estado de familia que tiene⁽³⁸⁾. Busca dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley. La pretensión es desplazatoria.

(37) <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/04305-2012-AA.pdf>>, Exp. N° 04305 2012-PA/TC-Apurímac, 01/09/2014. Fundamento 1: “[E]l artículo 1 de la Ley N° 28457, al referirse a ‘quien tenga legítimo interés’, debe ser interpretado y concordado con el artículo 407 del Código Civil, que dispone sobre quiénes recae la titularidad de la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, indicando que por regla general la acción no pasa a los herederos, es decir, no es transmisible *mortis causa*”. Fundamento 3: “Ciertamente, establece la excepción de que los herederos del hijo (descendientes) sí podrán continuar la acción si es que esta se hubiera iniciado antes del fallecimiento. Sin embargo, ello no resulta atendible en el presente caso, ya que la acción promovida a favor de la hija menor de edad (para quien se está solicitando la declaración de paternidad) es posterior a su muerte, por lo que la representación legal como madre ha fenecido con la muerte de la menor. En este sentido, no existe legítimo interés en la obtención de una declaración de paternidad extramatrimonial en la demandante, por cuanto la beneficiaria M.L.A. dejó de ser sujeto de Derecho al haber fallecido”.

(38) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 31.

A través de ella solicito se desconozca una filiación legalmente establecida, sea en lo referente a la paternidad o la maternidad.

1. Paternidad matrimonial

1.1. Negación

A pesar de que el Código la denomina acción de negación trata supuestos de impugnación. Se le conoce también como desconocimiento.

La doctrina diferencia la acción de negación de la acción de impugnación.

Negación	Impugnación
Desconocimiento simple, repudio por negación o simple declaración perentoria.	Desconocimiento riguroso.
El hijo de mujer casada no está amparado por la presunción <i>pater est</i> .	El hijo de mujer casada está amparado por la presunción <i>pater est</i> .
La prueba recae sobre el hijo y la madre.	La prueba recae sobre el marido.
Destruye la presunción de paternidad matrimonial.	Destruye la presunción de concepción dentro del matrimonio.
Se presume que el hombre no pudo tener relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. No existe la presunción de paternidad, no hay una verdad biológica probable.	Se presume que el marido no tuvo relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción. Existe la presunción de paternidad, hay una verdad biológica probable.
Base legal	
<ul style="list-style-type: none"> - Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 siguientes al de la celebración del matrimonio (art. 363, inc. 1). - Cuando adolezca de impotencia absoluta (art. 363, inc. 4). 	<ul style="list-style-type: none"> - Cuando sea imposible que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del hijo (art. 363, inc. 2). - Cuando está judicialmente separado durante el periodo <i>ut supra</i>; salvo cohabitación en dicho periodo (art. 363, inc. 3).

Dice y aclara bien Azpiri que “[d]esde el punto de vista de técnica jurídica, la acción de negación requiere tan solo la acreditación de determinadas fechas; mientras que en la acción de impugnación es necesario probar los presupuestos

de hecho exigidos para que la demanda prospere”⁽³⁹⁾. En nuestro medio se utilizan como sinónimos, tanto acción de negación como acción de impugnación. Como dice Berenice Dias⁽⁴⁰⁾, el uso del verbo **contestar** en el sentido de **impugnar** implica ir dejando de lado la concepción jerarquizada de la familia centrada en la patriarcalidad, en *pater familia, pater patratus*.

1.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Dejar sin efecto la presunción de paternidad matrimonial. El estado de hijo matrimonial desaparece (desplazamiento) adquiriendo el estado de hijo extramatrimonial (emplazamiento).

Busca excluir la paternidad matrimonial, subsistiendo la maternidad que pasaría a ser extramatrimonial y con la posibilidad de reclamar la filiación paterna al verdadero padre. El padre extramatrimonial no puede valerse de esta acción, en todo caso debe recurrir a la impugnación del reconocimiento⁽⁴¹⁾.

Como todas las demás y tratándose de una pretensión debe ser promovida vía acción⁽⁴²⁾.

1.1.2. Legitimación activa

- **El marido** (arts. 363 y 367). Sustentado en el monopolio masculino de la legitimidad para obrar, una suerte de hegemonía en el derecho de acción. El marido es dueño el útero de su mujer (cualquiera sea el semen que se aposente, el marido lo adquiere, ya que es el dueño del vientre de su mujer⁽⁴³⁾). Solo él puede ser el juez de su paternidad y de la conducta de su mujer. Es una facultad, una prerrogativa del hombre **poder** negar el hijo de su mujer, *ad nutum*⁽⁴⁴⁾.
- **Herederos y ascendientes**. En caso de muerte del marido pueden iniciar la acción o continuar el proceso iniciado (art. 367). Los

(39) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 253.

(40) DIAS, María Berenice. Ob. cit., p. 352.

(41) La ley no concede al padre de un hijo extramatrimonial la acción de negación de paternidad, reservándose al marido dicho derecho en caso de no creerse el padre del hijo de su mujer. Exp. N° 5-1986-Cusco.

(42) El marido que no se crea padre del hijo de su esposa debe ejercitar judicialmente su pretensión en un proceso contencioso vía acción contestatoria dentro de un plazo legal, como prescribe el artículo 364 del Código. La negación de paternidad del padre en testamento no tiene eficacia legal por sí. Cas. N° 204-1996-Huánuco.

(43) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 58.

(44) La acción de contestación de la paternidad y la de impugnación de la maternidad corresponde exclusivamente al padre y la madre, respectivamente, y además debe ejercitarse dentro de los plazos de caducidad. Exp. N° 200-96-Lima, 14 de enero de 1997.

ascendientes pueden ejercer la acción por incapacidad absoluta (art. 43) en los supuestos de privación de discernimiento (inc. 2) o incapacidad relativa (art. 44) en los supuestos de retardo o deterioro mental (incs. 2 y 3, respectivamente), conforme lo indica el artículo 368⁽⁴⁵⁾. Obviamente, un heredero negado a accionar sería la propia mujer.

Contemporáneamente con criterio democrático y con base en los principios constitucionales (igualdad –no discriminación–, protección de la familia) se deja paso a nuevos intérpretes, nuevos actores, como es el caso del:

- **Hijo**, *ab initio* resulta inmoral reconocerle esta facultad, una forma de admitir el derecho de acusar a su propia madre de adúltera sirviéndole solo de ventaja económica respecto de su padre biológico⁽⁴⁶⁾. Finalmente puede ser decisión del hijo, pero el marido puede perdonar a su mujer lo que implica una contraposición. Desde una óptica equitativa, negarle al hijo matrimonial posibilidad para que impugne y reconocerse al hijo extramatrimonial que reclame su filiación (art. 407) es discriminatorio.

El Derecho comparado⁽⁴⁷⁾ concede al hijo, con base en el reconocimiento de la verdad biológica, el derecho de impugnar la paternidad haciendo coincidir el vínculo jurídico con el biológico.

- **Herederos del hijo**, nos referimos en especial a sus descendientes que pueden estar interesados en impugnar la filiación matrimonial con la finalidad de reclamar la que biológicamente le corresponda. Está en juego su real identidad y su inserción dentro de una familia con la que no existe un vínculo biológico verdadero⁽⁴⁸⁾.
- **Madre**, por principio y tradición se encontraba vedada, pues resultaba inmoral invocar su propio adulterio⁽⁴⁹⁾ y, por lo tanto, el deber de fidelidad emergente del matrimonio⁽⁵⁰⁾, además habría incurrido en una

(45) Modificado implícitamente por la Ley N° 29973, Ley general de la persona con discapacidad (DOEP, 24/12/2012). Eliminando la referencia al inciso 3 del artículo 43 (si el padre descendiente es sordomudo, los ciegosordos y los ciegosordos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable).

(46) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 74.

(47) Códigos Civiles: España (art. 137), Francia (art. 333), Italia, (art. 235), Uruguay (arts. 219 y 220, Portugal (art. 1839), Québec (art. 531), Suiza (art. 256), Código de Familia: Costa Rica (art. 72), El Salvador (art. 151), Panamá (art. 281).

(48) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 244.

(49) BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 261.

(50) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 459.

injuria grave respecto de su marido al hacerle creer que era padre del hijo que ella había tenido⁽⁵¹⁾.

Teorías que le niegan el derecho de acción consideran que no se trata de un acto discriminatorio, sino de una limitación al derecho de accionar que obedece a razones de política legislativa⁽⁵²⁾, sin embargo, la doctrina comparada viene siendo más accesible a su legitimación no tanto así la jurisprudencia (como es el caso de Argentina⁽⁵³⁾).

Considera Famá⁽⁵⁴⁾ que la legitimación procesal es una cuestión constitucional (debido proceso y derecho a la tutela judicial efectiva) que debe ser visto desde una mirada de género que impide seguir viendo a la mujer sometida, subordinada, ignorándola y silenciándola.

El Derecho comparado reconoce expresamente a la madre la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial⁽⁵⁵⁾.

- **Padre biológico**, con obvio y evidente legítimo interés al saberse progenitor debe reconocérsele el derecho de acción a fin de establecer la identidad biológica del menor lográndose una coincidencia con el vínculo jurídico. La doctrina se ha trifurcado entre quienes la niegan, la aceptan y, otros, establecen criterios eclécticos.

El Derecho comparado reconoce expresamente al padre biológico la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial⁽⁵⁶⁾.

Nuestra judicatura ya se ha pronunciado al respecto:

- El juez tiene el deber de resolver la incertidumbre jurídica haciendo efectivo derechos sustanciales en búsqueda de la paz jurídica, teniendo presente el interés del menor de conocer la verdad biológica y tener una identidad real no relativa, en

(51) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 235.

(52) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 435.

(53) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 461.

(54) *Ibidem*, p. 461 y ss.

(55) Códigos Civiles: Colombia (art. 216), Francia (arts. 333 y 334), Italia (art. 244), Portugal (art. 1839), Québec (art. 530); Código de Familia: Panamá (art. 281).

(56) Cuba (art. 81), España (CC., art. 134) y Panamá (Código de Familia, art. 281) con amplia libertad. Francia (CC., arts. 333 y 334) y Québec (CC., art. 531) en la medida que exista posesión constante de estado; Portugal quien se crea padre puede impugnar a través del Ministerio Público (CC., art. 1841). Alemania es el caso más preciso cuando permite la posibilidad de impugnación de la paternidad matrimonial por parte del padre biológico en caso de no existir, ni haber existido, relación sociofamiliar entre el padre legal y el hijo (BGB § 1600 (1), 2, Reforma de 2004).

consecuencia, la presunción de paternidad es abatida teniendo la menor como padre al demandante⁽⁵⁷⁾.

- La regla que establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, no tiene carácter absoluto, ni puede oponerse a la realidad, pues esta presunción *iuris tantum* ha sido enervada mediante el reconocimiento de la paternidad del hijo de la demandada por persona distinta al marido⁽⁵⁸⁾.
- **Terceros con legítimo interés moral**, no es padre biológico sino el simple vecino que quiere develar la identidad del hijo de un tercero. Es el caso de ajenos a la relación, pero con motivación quieran accionar en defensa de intereses comprobados.
- **Terceros con legítimo interés económico**, entendemos que si la motivación es personal no habría problema, pero si revela el interés patrimonial (por ejemplo, acreedores del marido/padre que quieren reducir la cantidad de herederos o alimentistas) no debiera admitirse en razón que su interés es meramente patrimonial, contraponiéndose al contexto *in personae* de la filiación.
- **Administración Pública**, en Alemania⁽⁵⁹⁾, como menciona Albert

(57) Sentencia de Vista, Exp. N° 990-2002, Segunda Sala Especializada de Familia Lima, 06/08/2002.

(58) Exp. N° 1903-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia de Lima, 14/08/1998.

(59) En el *Bundesgesetzblatt* del 18 de marzo de 2008 se publicó la *Ley para complementar el derecho a la impugnación de la paternidad* del 13 de marzo (*Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft*). Los párrafos afectados del BGB son los §§ 1600, 1600b y 1600e, que quedan redactados del siguiente modo:

§ 1600 Legitimados para impugnar

(1) Están legitimados para impugnar la paternidad:

1. El hombre cuya paternidad consta según el § 1592, números 1 y 2, y el § 1593,
2. el hombre que asegura bajo juramento que ha cohabitado con la madre del hijo durante el periodo de concepción,
3. la madre,
4. el hijo, y
5. la autoridad competente (autoridad legitimada para la impugnación) en los supuestos del § 1592, número 2.

(2) La impugnación conforme al apartado 1, número 2, presupone que entre el hijo y su padre no existe ninguna relación sociofamiliar en el sentido del apartado 1, número 1, o no ha existido en el momento de su muerte y que quien impugna es el padre biológico del hijo.

(3) La impugnación conforme al apartado 1, número 5, presupone que entre el hijo y el reconociente no existe ninguna relación sociofamiliar o que no ha existido en el momento del reconocimiento o de su muerte y mediante el reconocimiento se consiguen requisitos jurídicos para el permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor.

(4) Existe una relación sociofamiliar según los apartados 2 y 3, si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, en el momento determinante asume responsabilidad material por el hijo o la ha asumido. Concorre una asunción de responsabilidad material si el padre, en el sentido del apartado 1, número 1, está casado con la madre del hijo o si ha convivido con el hijo durante un largo periodo de tiempo en una comunidad doméstica.

(5) Si el hijo ha sido engendrado mediante inseminación artificial del semen de un tercero, consentida por el hombre y la madre, no están legitimados para impugnar la paternidad.

(6) Los gobiernos de los Länder están autorizados para determinar por decreto las autoridades según el apartado 1, número 5. Los gobiernos de los Länder pueden ceder por decreto esta autorización a las más altas autoridades competentes del Land. Si no está fundada una competencia territorial de la autoridad conforme a estas disposiciones, la competencia se determina según la sede del juzgado que es competente para la acción.

§ 1600b Plazos para impugnar

(1) La paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de dos años. El plazo comienza desde el momento en que el legitimado tiene conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad; la existencia de una relación sociofamiliar, en el sentido del § 1600, apartado 2, primera alternativa, no impide el transcurso del plazo.

(1a) En el supuesto del § 1600, apartado 1, número 5, la paternidad puede ser impugnada judicialmente en el plazo de un año. El plazo comienza cuando la autoridad legitimada para la impugnación tiene conocimiento de los hechos justificantes de la creencia que concurren los requisitos para su derecho a la impugnación. La impugnación está excluida, a más tardar, una vez transcurridos cinco años desde la eficacia del reconocimiento de la paternidad para un hijo nacido en territorio federal; en otros casos, a más tardar, en cinco años tras la entrada del hijo.

(2) El plazo no comienza hasta el nacimiento del hijo, ni hasta que el reconocimiento ha devenido eficaz. En los supuestos del § 1593, inciso 4, el plazo no comienza hasta la firmeza de la decisión, mediante la cual se determina que el nuevo marido de la madre no es el padre del hijo.

(3) Si el representante legal de un menor no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el menor puede, una vez que ha alcanzado la mayoría de edad, impugnarla por sí mismo. En este supuesto, el plazo no comienza hasta que el menor llega a la mayoría de edad y puede tener conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad.

(4) Si el representante legal de un incapaz de obrar no ha impugnado la paternidad en tiempo oportuno, el legitimado para la impugnación puede, una vez desaparecida la incapacidad de obrar, impugnarla por sí mismo. El apartado 3, inciso 2, rige por analogía.

(5) El plazo se suspende mediante el inicio de un proceso conforme al § 1598a, apartado 2; el § 204, apartado 2, rige por analogía. El plazo también se suspende mientras el legitimado está impedido para impugnar mediante intimidación de forma contraria a derecho. En lo demás se aplican por analogía los §§ 206 y 210.

(6) Si el hijo toma conocimiento de unas circunstancias debido a las cuales las consecuencias de la paternidad no le son exigibles, comienza de nuevo para el hijo, en ese momento, el plazo de impugnación del apartado 1, inciso 1.

§ 1600e Competencia del juzgado de familia; legitimación activa y pasiva

(1) El juzgado de familia decide sobre la determinación o la impugnación de la paternidad

1. por acción del hombre contra el hijo,
2. por acción de la madre o del hijo contra el hombre,
3. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 2, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1600, apartado 1, número 1, o
4. en el caso de la impugnación según el § 1600, apartado 1, número 5, por acción contra el hijo y el padre en el sentido del § 1592, número 2.

Si ha fallecido una persona contra la cual debía dirigirse la acción en el caso de la impugnación conforme al § 1600, apartado 1, números 2 o 5, la acción debe dirigirse solo contra la otra persona.

(2) Si han fallecido las personas contra las cuales debería dirigirse la acción, el juzgado de familia decide a petición de la persona o la autoridad que, a tenor del apartado 1, estaría legitimada para interponer la acción.

Lamarca Marqués⁽⁶⁰⁾, se reconoce el derecho de impugnar la paternidad a las autoridades administrativas competentes en aquellos casos de reconocimientos aparentes (de favor o por complacencia) cuando entre el hijo y el padre reconociente no exista una relación familiar (responsabilidad material del padre por el hijo) o bien no haya existido periodo en el momento del reconocimiento, siendo el reconocimiento solo un vehículo para conseguir los requisitos legales para la obtención del permiso de entrada o la residencia legal del hijo o de un progenitor⁽⁶¹⁾.

1.1.3. Legitimación pasiva

Si la interpone el marido lo hará conjuntamente contra el hijo y la madre (art. 369), la misma regla se aplica para los herederos del marido. Se trata de una acumulación subjetiva necesaria o legal, se demanda conjuntamente a dos personas.

En caso de que exista conflicto de intereses entre los derechos del hijo y la madre, se nombrará curador especial (art. 606, inc. 1).

Si la acción es ejercida por el hijo se accionará contra el padre y madre. En caso de fallecimiento de alguno de ellos se accionará contra sus herederos.

Si la interpone la mujer lo hará contra su marido/padre e hijo.

Si la interpone el padre biológico (un tercero) lo hará contra el padre e hijo.

1.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas.

Carga de la prueba (art. 370)

Recae sobre el marido en los casos de imposibilidad de cohabitación –preso e incomunicado, en sala de cuidados intensivos– (art. 363, inc. 2), impotencia absoluta (art. 363, inc. 4). En el caso de nacimiento prematuro (inc. 1) está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento y por separación judicial (inc. 3) copia certificada de la partida de nacimiento.

Recae en la mujer probar que a pesar de existir separación judicial cohabitó con su marido (art. 363, inc. 3 *in fine*), haberse dado las situaciones

(60) LAMARCA I MARQUÈS, Albert. “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”. En: *Indret Revista para el análisis del Derecho*. <www.indret.com>, julio 2008 (20/07/2012).

(61) Ídem.

previstas en el artículo 363, inciso 3, o las causales de improcedencia contempladas en el artículo 366.

Si partimos de la idea que la acción es libre, la carga de la prueba corresponderá al actor, indistintamente quien sea periodo.

1.1.5. Sentencia

De prosperar quedará sin efecto el vínculo legal filiativo con el marido de la madre. El hijo deja de ser matrimonial y pasa a ser extramatrimonial de la madre. Puede reclamar su filiación o ser reconocido por su verdadero padre.

1.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 363.

1.1.7. Limitación

No procede la acción en los siguientes casos:

- Respecto del concebido (art. 365). Se sustenta en la teoría de los efectos favorables (art. 1) tomando en cuenta que, como sujeto de derecho especial, no le conviene quedarse sin padre. Luz Monge⁽⁶²⁾ considera que las objeciones en contra de la admisión de las acciones relativas a la impugnación antes del nacimiento se articulan por cuatro razones: i) la acción contestatoria se opone a la regla *infans conceptus pro natu habetur*; ii) las condiciones que permiten determinar si la acción de contestación de la paternidad es fundada pueden verificarse únicamente en el momento del nacimiento; iii) la inutilidad de la acción; y, iv) la imposibilidad de contestar una filiación inexistente. Algunos Códigos, como el argentino, permiten la acción de impugnación preventiva de paternidad⁽⁶³⁾.
- Si el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes al matrimonio o cuando existe separación judicial: si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo; si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, y; si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paternofilial (art. 366, incs. 1, 2 y 3).

(62) MONGE TALAVERA, Luz. "Prohibición de negar al hijo por nacer". En: *Código Civil comentado*. Tomo II. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 479-480.

(63) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 250-251.

Todos y cada uno de estos casos van de la mano con la teoría de los actos propios.

Acción de clarificación de la paternidad

En Alemania⁽⁶⁴⁾, como menciona Albert Lamarca i Marquès⁽⁶⁵⁾, la Ley de 26 de marzo de 2008 crea una pretensión autónoma, denominada **acción de la clarificación de la paternidad**, que permite la realización de las pruebas biológicas al padre, madre y al hijo, debiendo los implicados consentir a la investigación genética por lo que se permite la toma de las muestras necesarias. En caso de que el hijo sea menor de edad deberá autorizar el otro progenitor y, si

(64) El *Bundesgesetzblatt* de 31 de marzo de 2008 se publicó la Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación (*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren*). Los parágrafos del BGB afectados son el § 1598^a (nuevo), el § 1600b y la introducción de un nuevo apartado 2a al § 1629:

§ 1598a Pretensión al consentimiento a una investigación genética para la clarificación de la filiación biológica

(1) Para la clarificación de la filiación biológica del hijo pueden:

1. El padre tanto de la madre como del hijo,
2. la madre tanto del padre como del hijo, y
3. el hijo tanto de uno como del otro progenitor reclaman que periodos consientan a una investigación genética de la filiación y toleren la toma de una muestra genética idónea para la investigación. La muestra debe ser tomada conforme a los principios reconocidos de la ciencia.

(2) A petición de uno de los legitimados para la clarificación, el juzgado de familia debe sustituir un consentimiento no prestado y ordenar la tolerancia a la toma de una muestra.

(3) El juzgado debe suspender el proceso si y en la medida que la clarificación de la filiación biológica pudiera causar un perjuicio considerable al bienestar del hijo menor de edad que, también tomando en consideración el interés del legitimado a la clarificación, fuera inexigible para el hijo.

(4) Quien ha consentido a una investigación genética sobre la filiación y ha entregado una muestra genética puede reclamar del legitimado para la clarificación, el cual ha causado una investigación sobre la filiación, la consulta del informe sobre la filiación o entrega de una copia. Sobre los litigios relativos a la pretensión según el inciso 1 decide el juzgado de familia.

§ 1629 Representación del hijo

(1) La patria potestad comprende la representación del hijo. Los padres representan al hijo conjuntamente; si se debe emitir una declaración de voluntad frente al hijo, es suficiente la emisión frente a uno de los padres. Un progenitor solo representa al hijo en la medida que ejercita solo la patria potestad o se le ha cedido el derecho a decidir, según el § 1628. En caso de peligro inminente cualquiera de los padres está legitimado para ejercitar todas las acciones legales que sean necesarias para proteger el bienestar del hijo; el otro progenitor debe ser informado sin demora.

(2) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo si, según el § 1795, está excluido un tutor de la representación del hijo. Si corresponde a los padres la patria potestad conjunta, aquel bajo cuya guarda se encuentra el hijo, puede hacer valer pretensiones por alimentos que corresponden al hijo frente al otro progenitor. El juzgado de familia puede retirar la representación al padre y a la madre a tenor del § 1796; esto no rige para la determinación de la paternidad.

(2a) Ni el padre ni la madre pueden representar al hijo en un proceso judicial conforme al § 1598a, apartado 2.

(3) Si los padres están casados entre sí, uno de ellos puede hacer valer las pretensiones por alimentos del hijo frente al otro solo en nombre propio, mientras viven separados o está pendiente entre ellos un pleito matrimonial. Una decisión judicial obtenida por uno de los padres o un acuerdo judicial entre ellos produce también efectos a favor y en contra del hijo.

(65) LAMARCA I MARQUÈS, Albert. Ob. cit.

periodo no coopera en la clarificación deberá procederse a la sustitución judicial del consentimiento ante el juzgado de familia.

Esta pretensión representa la concreción legal más sencilla del derecho constitucionalmente protegido al conocimiento de la filiación. La existencia de la pretensión, a su vez, justifica la admisibilidad en un procedimiento de impugnación de las pruebas realizadas con el consentimiento del representante legal del menor, que de otro modo podrían no tener validez. El juez puede desestimar la pretensión si el interés del menor lo exige, en supuestos especiales en función de las condiciones de convivencia o de desarrollo personal del menor. Con ello se pretende asegurar que el ejercicio de la pretensión no lleve a resultados indeseados sin tomar en consideración al menor. Estos serían los de situaciones emocionales complejas, donde los resultados de una clarificación de la filiación pudieran llevar a consecuencias en este orden muy graves, como sería el peligro de suicidio del menor⁽⁶⁶⁾.

Es una acción independiente de la impugnación de paternidad. Con todo, el legislador considera que con el establecimiento de esta pretensión se combinan el derecho a conocer la filiación y el derecho a la autodeterminación informativa, de forma que los interesados disponen de una posibilidad de clarificar la filiación con independencia de un procedimiento de impugnación⁽⁶⁷⁾.

2. Maternidad matrimonial

2.1. Impugnación

Llamada impugnación de estado de hijo legítimo o contestación del estado legítimo⁽⁶⁸⁾.

Se presenta en aquellos casos en los que se ostenta la calidad de hijo matrimonial de una mujer que biológicamente no lo es. No existe un vínculo de filiación entre ellos, el hijo y quien como su madre aparece no lo son como tal. Es menos frecuente que la impugnación de la paternidad. Sin embargo, es más necesaria e importante que otras acciones, ya que si falta el vínculo de la madre resulta más complejo determinar la paternidad.

El desplazamiento de la maternidad matrimonial produce *ipso facto* la caída de la presunción de paternidad matrimonial. Dice Zannoni⁽⁶⁹⁾ que al destruirse el emplazamiento con la madre ya no operará la presunción de paternidad, si

(66) *Ibidem*, p. 8.

(67) *Ibidem*, p. 11.

(68) ZANNONI, Eduardo. *Ob. cit.*, pp. 467-468.

(69) *Ibidem*, p. 467.

la madre fuera mujer casada, y entonces quedará también destruido el presunto vínculo entre el hijo y el marido de quien aparecía como su madre, sin serlo.

2.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Dejar sin efecto el emplazamiento materno y, correspondientemente, al hijo nacido fuera o dentro del matrimonio. La calidad de madre queda sin efecto así también como la del hijo (desplazamiento), de matrimonial pasa, el hijo, a extramatrimonial.

La acción plantea supuestos relacionados con los delitos de alteración del estado civil⁽⁷⁰⁾ permitiéndose repudiar este tipo de filiación en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo (art. 371).

Tales son los casos de:

- Parto supuesto, una mujer que finge preñez a fin de quedarse con el hijo de una parturienta. Hay solo una mujer que da a luz mientras que la otra aparenta –embarazo y parto– a fin de quedarse con el niño. Una mujer aparece inscrita como madre de un niño cuando en realidad no ha dado a luz⁽⁷¹⁾. Siempre hay un dolo. **Aparenta madre quien no parió.**
- Suplantación del hijo verdadero, es el caso de sustitución, se trata de un cambio; puede ser por error o dolo. Se atribuye la maternidad de un hijo a una mujer que no fue quien lo parió. Aparece como madre legal una siendo otra la biológica. Hay dos mujeres que dan a luz y un cambio de los niños recién nacidos, que se da por negligencia del establecimiento médico o por una maniobra dolosa⁽⁷²⁾ (por muerte o defecto del niño nacido, beneficiándose a la mujer que parió un *non nato* o con discapacidad). **Aparenta madre quien parió a otro.**

Originariamente, el Código planteaba solo estos dos supuestos, de allí que se dijera que la acción solo fuera procedente en los dos casos específicos

(70) **Código Penal - Capítulo II - Delitos contra el estado civil**

“**Artículo 143.-** Alteración o supresión del estado civil. El que, con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas”.

“**Artículo 144.-** Fingimiento de embarazo o parto. La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al artículo 36, inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito”.

“**Artículo 145.-** Alteración o supresión de la filiación de menor. El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

(71) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 537.

(72) Ibidem.

anotados⁽⁷³⁾ –taxativos–, situación que fue ampliada por la Ley N° 27048 al permitir que en la impugnación de maternidad se admita la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

No es necesario plantear la redargución (declaración de invalidez) del acta de nacimiento⁽⁷⁴⁾.

2.1.2. Legitimación activa

- **Únicamente** a la presunta madre (art. 372).

El término **presunta** confunde y hay dos posiciones:

- La lógica llevaría a entender que presunta no es la legal sino aquella que se siente madre al haber parido sin que ello conste en la partida. *V.g.* María aparece como madre en la partida (madre legal) siendo Teresa la verdadera madre por haberlo parido (madre presunta).
- Quien demanda es aquella que aparece como madre en la partida (madre legal) sin realmente serlo. El término presunto debe entenderse por haberse supuesto una maternidad. Esta es la tendencia mayoritaria.

La fórmula del Código español cuando dice “la mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo” (art. 139).

Debe quedar en claro que la madre solo puede accionar si no fue cómplice de la maniobra dolosa que lleva a atribuirle falsamente su maternidad⁽⁷⁵⁾.

- Herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si aquella lo dejó iniciado (art. 372). No pueden accionar, ni siquiera en casos de incapacidad de la madre (a pesar de que en la impugnación de paternidad si se permite el artículo 367, situación que es un criterio discriminante).

Nuestra jurisprudencia, a tono con el Código, ha manifestado que “[c]orresponde únicamente a la presunta madre, y a sus herederos y ascendientes solo pueden continuar el juicio si aquella lo dejó iniciado,

(73) PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 341.

(74) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 270.

(75) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 540.

pues la *legitimatio ad causam* es requisito fundamental para el ejercicio del derecho de acción⁽⁷⁶⁾.

Hay que tender a legitimación amplia, incluso cualquiera que legítimo interés invoque. Como dice Lasarte⁽⁷⁷⁾ hay una cierta conformidad doctrinal en ampliar la legitimidad al padre, hijos y herederos de la madre.

2.1.3. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre (art. 372). Se trata de una acumulación subjetiva necesaria o legal, se demanda conjuntamente a dos personas.

2.1.4. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas⁽⁷⁸⁾.

La pericia de virginidad o de no embarazo o parto resulta por demás efectivas.

2.1.5. Sentencia

De prosperar la acción el hijo queda sin madre y, consecuentemente, sin padre. Queda habilitado para reclamar su filiación a sus verdaderos padres.

(76) Cas. N° 2577-2004-Lima, 19 de mayo de 2005.

(77) LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI. 9ª edición. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 308.

(78) Este artículo es complementado por el artículo 1 de la Ley N° 27048 que modifica diversos artículos del CC referidos a la declaración de paternidad y maternidad (DOEP, 06/01/1999) en el sentido siguiente:

“**Artículo 1.-** Admisibilidad de la prueba biológica, genética u otras. En los casos de negación de paternidad matrimonial, impugnación de maternidad y acción de filiación a que se refieren los artículos 363, 371 y 373 del Código Civil es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.

Téngase presente de la misma ley:

“**Artículo 3.-** Consecuencia de la aplicación de la prueba. En los casos contemplados en los artículos 373 y 402 del Código Civil cuando se declare la paternidad o maternidad como consecuencia de la aplicación de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza el demandado deberá reintegrar el pago por la realización de la misma a la parte interesada”.

Téngase presente, además, de la misma ley:

“**Artículo 5.-** Responsabilidad por mala fe. La persona que de mala fe inicia un proceso de declaración [o impugnación] de paternidad [o maternidad] valiéndose de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza, ocasionando así un daño moral y económico al demandado [o demandada] deberá pagar una indemnización, la cual será fijada a criterio del juez”.

Lo que se encuentra entre corchetes son agregados nuestros.

Puede darse el caso que no sea hijo de la mujer, pero sí del marido, lo que si fuera demostrado en el proceso el hijo quedará con la paternidad en su carácter de extramatrimonial⁽⁷⁹⁾.

2.1.6. Base legal

Código Civil, artículo 371.

Diferencias entre las acciones tratadas

Negación de paternidad	Impugnación de maternidad
El hijo no es del marido	El hijo no es de la mujer que aparece como madre
Corresponde al marido (arts. 363 y 367)	Corresponde a quien aparece como madre o a la que se cree madre (art. 372)
Herederos y ascendientes pueden: - Iniciarla si el padre muere, o; - Continuar el proceso si está iniciado Sucesión procesal	Herederos y ascendientes pueden: - Continuar el proceso si ella lo dejó iniciado Sucesión procesal
La acción se interpone conjuntamente contra el padre y la madre	La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciera como padre (art. 372)

3. Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial

Si al matrimonio unes posesión y el título de estado, la filiación que, de periodo se deriva, en inatacable se torna. Matrimonio + posesión + título = filiación inexpugnable.

Esta fórmula se muestra inalterable desde el Código del 52 (art. 233) pasando al del 36 (art. 313), sin mayor explicación en la doctrina nacional, solo siguiendo sus precedentes legislativos e históricos sustentados en el Derecho Romano⁽⁸⁰⁾.

La lógica se sustenta que, existiendo matrimonio, conducta del padre/madre y documento que acredite el *nexum filli*, nada más fuerte que ello para consolidar una filiación. Quien pretenda acabarla, contra la familia y el matrimonio se estrella, situación inadmisibile para el Derecho.

(79) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 272.

(80) Vide APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo X. Taller de Linotipia, Lima, 1942, pp. 295-296.

Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial:

- La posesión constante del estado, y;
- El título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento

No puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo (art. 376).

De esta forma se faculta al juez a declarar improcedente (no inadmisibles⁽⁸¹⁾) cualquier acción que busque variar o modificar la filiación matrimonial.

4. Acción de impugnación de reconocimiento

Llamada contestación de reconocimiento o impugnación propiamente dicha.

El Código del 36 la llamaba impugnación (art. 363), el del 52 decía que el reconocimiento podrá ser disputado (art. 240).

4.1. Objetivo de la acción y procedencia

Esta acción busca el desplazamiento de estado ante la falta de concordancia entre el vínculo jurídico derivado del acto del reconocimiento y el vínculo biológico entre el reconocido y el reconocedor⁽⁸²⁾.

El acto del reconocimiento no se ajusta al vínculo biológico⁽⁸³⁾.

Esta acción ataca el **contenido** del reconocimiento o el **presupuesto biológico que lo implica**⁽⁸⁴⁾, de allí que se diga que lo impugnado es la paternidad o la maternidad (resultado obtenido –falso–) y no el reconocimiento que es el medio para establecer la paternidad⁽⁸⁵⁾. Se ataca el efecto, no el acto.

(81) Como lo alega BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Inimpugnabilidad de la acción de filiación matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 376.

(82) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 91.

(83) Si bien el reconocimiento es un acto voluntario no sujeto a modalidad e irrevocable, ello no significa que sea inmutable ante la evidencia científica que determina que el demandante-reconociente no es el padre, por lo que debe procederse a excluir su nombre de la partida del menor. Cas. N° 2833-2003-Huancavelica. En esa línea, la Cas. N° 864-2014-Ica se aparta del criterio de la irrevocabilidad consagrada en el artículo 395 y considera que este acto jurídico sí es revocable “cuando se demuestre que la voluntad del reconocedor se encuentra viciada según lo demuestra la prueba de ADN”, indica que en ese sentido corresponde la interpretación sistemática del artículo 395 del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2, inciso 1, de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

(84) ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., p. 477.

(85) PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Família*. Vol. II: Direito da filiação. Tomo I: Establecimiento de filiação-adopção. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 181.

El reconocido no fue procreado por el reconocedor, no es su progenitor, solo aparece como padre legal debido al acto de voluntad del periodo último. El reconocimiento operó como un acto voluntario, asumiéndose el deber de reconocer a los hijos extramatrimoniales, *ex professo*, desconociéndose la verdadera paternidad. Krasnow⁽⁸⁶⁾ manifiesta que dejar librada la determinación de la filiación extramatrimonial a un acto voluntario, no sujeto a diligencias previas, puede dar lugar a situaciones que apartan lo biológico de lo jurídico, básicamente cuando quien reconoce no es el progenitor siendo, para estos casos, el recurso legal la impugnación del reconocimiento.

4.2. Legitimación activa

Es una legitimación amplia (art. 399):

- Por padre o por la madre que **no interviene en él** (término que genera duda y confusión)
- Por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto,
- Por quienes tengan interés legítimo, como es el caso de los hermanos⁽⁸⁷⁾. Este interés puede ser moral (verdadero padre biológico) o patrimonial (quienes invoquen derechos sucesorios)⁽⁸⁸⁾. Consideramos que existe una limitación en estos casos de legitimación a terceros con legítimo interés cuando pretendan poner eliminar efectos sucesorales por medio de la impugnación y hay un menor de por medio, tal como indica el Código Civil del Distrito Federal de México (art. 368 *in fine*) considera que “en ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella a un menor reconocido”.

4.3. Legitimación pasiva

Contra quien reconoció.

4.3.1. Prueba

Toda clase de pruebas, fundamentalmente las biológicas que descarten que no es el progenitor.

(86) KRASNOW, Adriana Noemí. Ob. cit., p. 77.

(87) La condición de hermanos asegura el carácter personal, propio y legítimo interés para impugnar el reconocimiento de la maternidad hecha por una tercera persona que no es la madre biológica de la menor y que cuyo hermano de la menor es el demandante conforme al artículo 399 del Código Civil. Cas. N° 5003-2007-Lima.

(88) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 553.

4.4. Sentencia

De prosperar el hijo queda, según el caso, sin padre o madre. El desplazamiento tiene efecto retroactivo a la fecha del reconocimiento⁽⁸⁹⁾.

La Corte Suprema⁽⁹⁰⁾ considera que, en los procesos de impugnación de reconocimiento del hijo, no bastará con acreditar la falta de vínculo biológico entre el accionante y el menor, sino que será imprescindible identificar al verdadero progenitor de este último.

4.5. Base legal

Código Civil, artículo 399.

5. Acción de invalidez

Llamada acción de invalidez, según sea el caso, puede ser de nulidad o anulabilidad del reconocimiento.

Tratándose de la invalidez de actos jurídicos familiares es competente el juez especializado de familia, es decir, se rigen por reglas especiales del Derecho de Familia, lo cual ha sido, además, considerado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2018 (Ica, 20 y 21/09/2018), debiendo aplicársele criterios generales, incluso terminarían siendo inaducibles⁽⁹¹⁾.

5.1. Nulidad de reconocimiento

El reconocimiento es un acto jurídico familiar unilateral, formal, expreso, inequívoco y solemne y, como tal, puede estar afecto a vicios al momento de su otorgamiento.

5.1.1. Objetivo de la acción y procedencia

Ataca la invalidez sustancial que impide la eficacia del acto jurídico. El reconocimiento no se ajusta a los elementos del acto jurídico. El reconocedor puede ser el progenitor, pero el reconocimiento no cumple con los parámetros legales.

(89) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 280.

(90) Cas. N° 1622-2015-Arequipa.

(91) La Cas. N° 18-2015-Lambayeque ha considerado que a la anulabilidad del acto jurídico del reconocimiento de paternidad extramatrimonial se le aplica las reglas de la prescripción, de forma que el decurso prescriptorio se inicia desde el día en que puede ejercitarse la acción señalada en el artículo 1993, de forma que el momento de la comunicación de la madre del menor acerca de la inexistencia del vínculo biológico al presunto padre es el momento a partir del cual se computa el inicio del plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad.

Se refiere a la aplicación de los principios relacionados a la invalidez del acto jurídico.

Sentenciado que fuera el caso se puede volver a reconocer.

Tales son los casos de:

Respecto del reconocedor

- **Falta de manifestación de voluntad:** como acto jurídico, el reconocimiento debe estar libre de toda anomalía que lo haga defectuoso. Siendo la manifestación de voluntad aceptar un hijo resulta necesario que dicha voluntad se exprese sin vicio. Solo puede ser eficaz una voluntad libre y pura, es decir, **voluntad perfecta**.
- **Incapacidad:** estar afecto de algunas de las causales establecidas en el artículo 43 del Código.
- **Imposibilidad del objeto de reconocimiento:** resulta inverosímil que el reconocedor sea el padre del reconocido, verbigracia **por edad**, el reconocedor es un anciano (en centenario respecto de un recién nacido), es menor impúber (12 años) o no hay relación cronológica que sustente la relación parental entre el padre e hijo (el reconocedor 20 y el reconocido 16); *por sexo*, mujer/hombre que reconozca hijo de otra mujer/hombre.

Respecto del reconocido

- **Reconozco a quien cuenta con una filiación:** hijo de mujer casada, hijo adoptado. Existiendo una filiación establecida no se puede contar con otra (resulta imposible que el sistema jurídico reconozca simultáneamente dos filiaciones respecto de una misma persona⁽⁹²⁾). Dos filiaciones de una misma línea no pueden darse (salvo la homoparentalidad), tener dos padres o dos madres. Otro caso sería la incompatibilidad entre el estado de hijo que se le reconoce y el que gozaba hasta ese momento⁽⁹³⁾.

Respecto del acto

- **Inobservancia de la forma prescrita:** reconocer por documento privado (declaración jurada con firma legalizada), mediante testigos o por un simple acto verbal, por quien se atribuya la calidad de mandatario sin poder suficiente (aunque estos casos serían propiamente de inexistencia).

(92) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 305.

(93) BORDA, Guillermo. Ob. cit., p. 273.

5.1.2. Legitimación activa y pasiva

De acuerdo a las normas de nuestro Código Civil, la nulidad puede ser alegada por aquel que tenga legítimo interés o por el Ministerio Público (art. 220).

5.1.3. Prueba

Aquellas que permitan fundamentar y acreditar el vicio que afecta el acto.

5.1.4. Sentencia

De prosperar se desplaza al hijo de tal estado quedando sin filiación pudiendo reclamarse judicialmente la filiación o habilitarse a un nuevo reconocimiento.

5.1.5. Base legal

Código Civil, artículo 219.

5.2. Anulabilidad de reconocimiento

Es esencial para la validez del reconocimiento que no esté afecto de alguno de los vicios de la voluntad (error, violencia, intimidación, dolo o con reservas), el consentimiento debe ser libre y pleno.

5.2.1. Objetivo de la acción y procedencia

A pesar de tener todos los elementos esenciales existe un vicio de la voluntad que afecta uno de sus elementos y que lesiona el interés tutelado. Ataca el vicio coetáneo o antecedente al reconocimiento que no reviste la gravedad de los que producen la nulidad desde el punto de vista del interés público.

La invalidez se genera si es que las causales de anulabilidad son invocadas y acreditadas, mientras tanto el reconocimiento conserva su plena validez y eficacia. Nos encontramos frente a un acto que, pese a adolecer de un defecto, es eficaz, entendiéndose por eficacia la aptitud del acto “para producir los efectos pretendidos por el sujeto o los sujetos que lo realizan”⁽⁹⁴⁾. En este caso, por el acto de reconocimiento se tiene al reconocedor como progenitor del reconocido, surtiendo dicho acto plenos efectos en tanto no se declare judicialmente su invalidez. Su “ineficacia es producida por vicios intrínsecos al acto”⁽⁹⁵⁾. Ello coloca al acto anulable en una situación de riesgo, pues se encuentra amenazado

(94) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, citado por RUBIO CORREA, Marcial. “Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. IX. 6ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 11.

(95) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 16.

de destrucción al tener una invalidez diferida o **pendiente**, la misma que puede convertirse en actual cuando el sujeto legitimado para ejercer la acción de anulabilidad logre que el periodo sea establecido mediante una sentencia judicial favorable⁽⁹⁶⁾, supuesto en el cual el acto es nulo desde su celebración (art. 222), por lo que la invalidez del reconocimiento opera retroactivamente, teniéndose a dicho acto inválido como si nunca hubiera sido celebrado, “quedando extinguidos los efectos queridos y pretendidos”⁽⁹⁷⁾.

Sentenciado que fuera el caso se puede volver a reconocer.

Tales son los casos de:

- Vicios de la voluntad, error, dolo, violencia o intimidación.
- Incapacidad, estar afecto de algunas de las causales establecidas en el artículo 44 del Código.
- Simulación

5.2.2. Legitimación activa y pasiva

De acuerdo a las normas de nuestro Código Civil, la anulabilidad solo se peticiona de parte (art. 222). *A contrario sensu*, a decir de Borda⁽⁹⁸⁾, esta acción está abierta a todos, reconocedor, reconocido y demás interesados.

5.2.3. Prueba

Aquellas que permitan fundamentar y acreditar el vicio que afecta el acto.

5.2.4. Sentencia

De prosperar se desplaza al hijo de tal estado quedando sin filiación, pudiendo reclamarse judicialmente la filiación o habilitarse a un nuevo reconocimiento.

5.2.5. Base legal

Código Civil, artículo 221.

5.3. Invalidez del reconocimiento por error

El error es ignorancia (falta de conocimiento, “no lo sé”) y error *per se* (falso conocimiento, “supongo que es así”) dos estados intelectuales (“del

(96) *Ibidem*, p. 31.

(97) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, p. 515.

(98) BORDA, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 274.

alma”) distintos, pero jurídicamente similares (en uno y otro caso el agente celebra un negocio que no concluirá como cierto, o que celebraría en condiciones distintas⁽⁹⁹⁾). Por su parte, el reconocimiento es un acto trascendental. Solo se reconoce aquello que tenemos conciencia que es nuestro. El reconocedor sabe del hecho de la cohabitación y de la consecuente procreación y es con base en ello que declara paternidad manifestando su voluntad individual que expresa uno de los actos más íntimos de la persona⁽¹⁰⁰⁾. De allí el término de la institución, reconocer.

El reconocimiento por error es una pretensión de regular aplicabilidad y recurrencia en los estrados judiciales y se resuelven con las normas generales del acto. En materia de reconocimiento por error debemos tener presente el conocimiento del mismo, error excusable o inexcusable.

Error excusable. Cuando existe razón o motivo para caer en el error.

- Juan convive con María y esta tiene un hijo. Si Juan lo reconoce lo hace en el entendiendo de que es su hijo, obvias son las razones (permanencia y habitualidad en relación). Juan tiene razón para errar considerando que frente a esta circunstancia es normal la creencia de la exclusividad de la relación (fidelidad). El error es viable, por tanto, invocable.

Se trata de un error justificable, al estar rodeado de elementos que tornan abstracto y teórico exigir una determinada conducta al sujeto como sería, *in re*, cuando la pareja ha dado a luz, siendo lo razonable y lógico deducir su paternidad⁽¹⁰¹⁾.

Error inexcusable. El error proviene de negligencia del agente, por su mero descuido o torpeza. No puede ser alegado.

- Juan tiene sexo ocasional con María producto del cual nace un niño. Si Juan lo reconoce no puede obviar que la relación fue furtiva, choque y fuga *ut vulgum dicitur*, debiendo buscar elementos que le permitan corroborar su paternidad antes de reconocer, *a contrario sensu* su error no podría invocarse *a posteriori*⁽¹⁰²⁾. El error es inviable, por tanto, no

(99) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Requisitos del error”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I. 3ª edición: Gaceta Jurídica. Lima, 2011, p. 201.

(100) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Re-Conociendo mi verdad (punto final al caso Zará)”. En: *El Comercio*. 20 de octubre de 2002, p. A-3.

(101) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 574.

(102) DI LELLA, Pedro. “La nulidad de reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del Niño”. JA 2002-II-521. Cit. FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 572.

es invocable. *A simili* aquel hombre que reconoce a un hijo a sabiendas que la mujer mantiene relaciones sexuales con terceros⁽¹⁰³⁾

En este caso, el reconociente debió haber tomado la diligencia de cerciorarse *ex ante* del reconocimiento si era **su** hijo, *a contrario sensu* no podrá invocar su torpeza ni falta de diligencia en este acto tan crucial. Como dice Azipiri⁽¹⁰⁴⁾, en caso de no haber efectuado las diligencias necesarias para aclarar la existencia del vínculo, en forma previa al reconocimiento, la posterior comprobación de la falta de relación no será suficiente para que el propio reconociente invoque el vicio del consentimiento, en la medida que su proceder no habrá sido diligente. Dadas las cuestiones afectivas del reconocimiento, el error será inexcusable solo en la medida que se hubiera actuado de culpa grave, no cuando hubo una mera negligencia justificada por las circunstancias fácticas que lo rodean⁽¹⁰⁵⁾.

En materia de reconocimiento no hay apuro ni emergencia, con diligencia debo actuar, a fin de resguardar y permitir la eficacia de este acto jurídico familiar. Aquel que dudas tenga acerca del vínculo que pretende establecer deberá hacer cesar esa incertidumbre antes de efectuar el reconocimiento, mediante pruebas pertinentes⁽¹⁰⁶⁾. La trascendencia del acto, declararme padre, amerita una reflexión para llevar a cabo un actuar acorde a Derecho. La simple duda de paternidad al momento de efectuarse el reconocimiento, en un contexto determinado, no impide que la persona pueda invocar el error si es que no existen elementos precisos y concordantes que lleven a encuadrar este obrar como negligente⁽¹⁰⁷⁾.

Reconocimiento previa comprobación de la paternidad

Ahora bien y (...) ¿qué pasa con quien antes de reconocer quiere cerciorarse de su paternidad?

Hay dos posibilidades:

- i) Que la madre le permita la indagación.
- ii) Que la madre no le permita la indagación.

En el primer caso no hay mayor problema. Verifica su paternidad y reconoce. En el segundo caso, a falta de voluntad de la madre cabría una acción

(103) Ídem.

(104) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 282.

(105) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 575.

(106) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 282.

(107) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 574.

legal para obtener la realización de la prueba de paternidad⁽¹⁰⁸⁾, procedería una **acción meramente declarativa**⁽¹⁰⁹⁾ o **una medida autosatisfactiva**⁽¹¹⁰⁾.

Diferencias entre la impugnación y nulidad de reconocimiento

Impugnación	Nulidad
Controvierte el presupuesto biológico, el contenido	Ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios relacionados a su eficacia
Reconociente no es el progenitor	Reconociente puede ser el progenitor
No se puede reconocer	Se puede volver a reconocer

6. El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este⁽¹¹¹⁾

Las acciones de desconocimiento buscan dejar sin efecto la filiación de quien la goza fuera de los supuestos permitidos por ley.

Se trata de una pretensión desplazatoria, limitativa de estado filial, *i.e.* implica el destroncamiento de vínculo parental y, con ello, no solo la restricción de derechos en relación a los padres legales sino, fundamentalmente, la eliminación de estos por lo que resulta imprescindible la intervención del niño o adolescente en su calidad de principal afectado, oyendo su posición (deseo e intención) a efectos que el magistrado obtenga la mejor apreciación de los hechos materia de controversia y litis.

(108) AZPIRI, Jorge. Ob. cit., p. 282.

(109) La acción declarativa de certeza es un medio de obtener directa y únicamente la declaración por el Poder Judicial de que existe un derecho del actor o de que no existe un derecho del demandado (FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 251).

(110) *Ibidem*, p. 573. La procedencia de la realización del examen genético como medida previa al reconocimiento ante la duda de la paternidad ha sido tratada en dos precedentes. Ambos fallos presentan situaciones fácticas similares. Se trata de dos supuestos padres extramatrimoniales que dudan sobre la posible paternidad de un niño. Sin necesidad de arribar al ámbito judicial, se prestan a llevar adelante la prueba de ADN y, en caso de arrojar este un resultado positivo, proceder al reconocimiento correspondiente. En los dos casos, ante la negativa infundada de las madres de someterse junto con sus hijos a la realización de la prueba, se ven obligados a solicitarlo en sede judicial (FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 251).

(111) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este”. En: *Encuentro jurisdiccional de jueces especializados y mixto en materia civil y familia*. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 19 y 20 de noviembre de 2012.

Los fundamentos que puede esgrimirse son:

- Principio de afectividad
- Derecho a la identidad
- Derecho al debido proceso
- Interés superior del menor.

Además de ello, debe tenerse en cuenta que en estos casos es preciso considerar una capacidad especial de los menores de edad en su calidad de *filius* para intervenir en los procesos de contradicción de su filiación, *a simili* lo que sucede en la adopción cuando se requiere que el mayor de 10 años asienta de su adopción (art. 378, 4 del CC), el menor capaz de discernimiento responde por sus actos ilícitos (art. 458 del CC), el mayor de 14 puede recurrir contra los actos de su tutor (art. 530 del CC, art. 99 del CNA) o remover a su tutor (art. 557 del CC), el niño y adolescente puede solicitar la remoción de la familia en la que se colocó (art. 107 del CNA), además, principalmente, tomar en cuenta la **capacidad especial** que consagra el CNA (art. IV).

Por su parte, el Código Procesal Civil faculta al juez a ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial (art. 194), los menores de 18 pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley (art. 222).

7. Incaducibilidad de las acciones de estado filial

Las acciones de reclamación directas, aquellas accionadas por el propio sujeto, son imprescriptibles; las indirectas, accionadas por terceros, prescriben. Las acciones de desconocimiento son, siempre, prescriptibles. Sin embargo, actualmente, la tendencia es a la uniformización las primeras con las segundas, hacia la incaducibilidad de ambas.

Sea cual fuera el tiempo, así como puedo reclamar puedo, también, desconocer una filiación. A todas las acciones de estado filial se les debe aplicar la nueva tendencia en el Derecho comparado y jurisprudencial en la que el plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del hijo como es el derecho a la filiación y el derecho de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

De forma que las acciones de estado filial, todas, son incaducibles. No obstante, el Código sigue considerando plazos límites para la acción, como veremos en el siguiente punto.

7.1. Prescriptibilidades legales de las acciones de estado filial

El Código Civil plantea seis casos en los que las acciones de filiación son caducibles o, como prefiere indicarlo, prescriptibles:

RECLAMACIÓN	IMPUGNACIÓN			NEGACIÓN	
Filiación matrimonial (arts. 373 y 374)	Paternidad matrimonial (art. 364)	Maternidad matrimonial (art. 372)	Adopción (art. 385)	Reconocimiento por el padre o la madre (art. 400)	Reconocimiento por el hijo (art. 401)
<p>Para el hijo es imprescriptible. La acción pasa a los herederos del hijo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si murió antes de cumplir 23 años sin haber demandado. - Si devino incapaz antes de cumplir dicha edad y murió en el mismo estado. - Si el hijo dejó iniciado el juicio. En los dos primeros incisos, los herederos tendrán 2 años para interponer la acción. 	<p>La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.</p>	<p>La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. (...)</p>	<p>El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. (...)</p>	<p>El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.</p>	<p>El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.</p>
2 años	90 días		1 año	90 días	1 año

Los tiempos para accionar varían.

Tratándose de desconocimiento, es de 90 días aplicados a los padres o 1 año aplicado a los hijos, según sea el caso.

Tratándose de reclamación de la filiación matrimonial, de ser accionado por los herederos estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en incapaz y muera en el mismo estado antes de dicha

edad. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en estos casos los herederos tendrán 2 años para accionar.

La jurisprudencia de la Corte Suprema admite la prescripción de la acción en casos de anulabilidad, lo que nos hace pensar que también sería aceptable en los casos de anulabilidad de reconocimiento. Así tenemos que, mediante Casación N° 18-2015-Lambayeque⁽¹¹²⁾, respecto de un caso de anulabilidad de reconocimiento de paternidad, se ha determinado que el inicio del cómputo del plazo prescriptorio es desde la fecha de la comunicación de la noticia (cuando la madre comunica al padre que la menor no era hija de este) y no desde el momento en que el padre reconoce al menor. De esta manera, conforme al artículo 1993, el momento en que puede ejercitarse la acción de anulabilidad del acto de reconocimiento es desde que la madre declaró al demandante una ausencia de vínculo biológico con el menor.

Lo resuelto por la Corte, admitiendo la prescripción, va en contra del criterio moderno de la imprescriptibilidad de las acciones de filiación.

7.2. Filiación, acción y transcurso del tiempo en el Derecho comparado

Conforme a lo sostenido, los plazos para accionar han quedado sin efecto revirtiéndose a una situación de incaducibilidad. Brasil es el mejor ejemplo para sustentar el ocaso de la caducidad en las acciones de filiación (art. 1601, del CC). Pero esto no es en unánime, los criterios en el Derecho comparado son variados en cuanto a los efectos del transcurso del tiempo en la acción de estado filial, pudiendo identificar cuatro modelos:

- a) **Directos en cuanto a la caducidad.-** Los que establecen la caducidad que, valgan verdades, son la mayoría (Chile).
- b) **Directos en cuanto a la inextinguibilidad.-** Los que no contemplan un plazo, declarando inextinguible, incaducible, la acción (Brasil).
- c) **Intermedios.-** Admiten la caducidad solo en ciertos casos.
 - Los que admiten el plazo desde que se tiene conocimiento directo de la no paternidad (Código de Familia de Cataluña - 1998, artículo 106.1, el marido puede ejercer la acción en el plazo de dos años desde la fecha que tenga conocimiento o del descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación).
 - Los que no admiten plazo salvo alguna excepción (Código de Familia de Costa Rica - 1973, artículo 73, la acción puede

(112) DOEP, 01/08/2016.

intentarse en cualquier tiempo, salvo que el hijo estuviere en posesión constante de estado de hijo siendo el plazo de caducidad de un año).

d) **Regulados por la jurisprudencia.**- Las decisiones judiciales marcan la pauta.

- Los que declararon inconstitucional las normas de limitación del plazo para accionar por el máximo Tribunal modificando el criterio del Código Civil (España).
- Los que no aplican el plazo por considerarlo inconstitucional resolviéndose cada caso en concreto (Argentina).



7.3. De las acciones prescriptibles a su incaducibilidad

7.3.1. Reclamación filiación matrimonial (arts. 373 y 374)

Respecto del hijo la acción es imprescriptible. Este la reclama cuando así lo desee sin que el decurso del tiempo afecte su legitimidad.

De ser la acción incoada por los herederos, estos tendrán la legitimidad en la medida que el hijo, en favor de quien se demanda la filiación, tenga menos de 23 años y haya muerto sin demandar o devenido en un sujeto con capacidad restringida y muera en el mismo estado antes de dicha edad. De no cumplirse ninguno de estos supuestos la acción sería improcedente. Además, en estos casos los herederos tendrán 2 años para accionar.

Si el hijo muere después de cumplido los 23 años y siendo capaz, nadie podrá intentar la acción presumiéndose, *jure et de jure*, que su silencio significó

una renuncia tácita de su derecho, no intentado la acción pues estaba convencido que no era hijo matrimonial de los posibles demandados⁽¹¹³⁾.

La pregunta es ¿por qué 23 años?, la verdad no hay base doctrinaria al respecto, el antecedente que tenemos es que el Código del 36 y el del 52 establecían la edad de 25 años (arts. 310 y 228, respectivamente).

7.3.2. Impugnación de la paternidad matrimonial (art. 364)

La decimonónica regulación legal de la determinación y establecimiento de la filiación estuvo basada en un sistema presuncional, en el que la certeza de los vínculos parentales fue objetada. El matrimonio justificó que el marido sea padre de la prole de su compañera legal, correspondiéndole en exclusividad negar su estado de ascendiente. Los vínculos familiares, y en especial los filiales, gozaron continuamente de una protección exclusiva, es por ello que, en consonancia con los principios de integridad familiar (no dejar en suspenso el aspecto patrilíneo *in illo tempore*) y del *favor filii* (no es bueno un niño sin padre) se fijó un plazo a fin de que el padre accione la negación de la paternidad del hijo parido por su mujer, criterio que se tomó y aplicó para las demás acciones de impugnación y negación del estado filial.

Son 90 los días que fija la ley peruana para la acción. Con el mismo planteamiento del Código de 1852 (art. 223) y del 1936 (art. 302), que se ampararon en el Digesto (Lib. XXV, Tit. III, Ley 1, §14)⁽¹¹⁴⁾. El artículo 364 Código Civil establece un plazo de caducidad cuyo cómputo se inicia desde el día siguiente: i) al parto, si estuvo presente en el lugar; o, ii) a su regreso, si estuvo ausente. Presente, ausente, términos con hondo contenido subjetivo. Diríamos: **Presente** (en la casa, en la clínica, en el distrito), básicamente se relaciona con la capacidad de respuesta para constituirse al lugar de los hechos (regreso inmediato). **Ausente**, imposibilidad de regresar por lejanía (regreso mediato).

Independiente del derecho de pernada y del *ius prima noctis*, el fundamento es que, existiendo matrimonio, fidelidad de por medio, corresponde al marido estar al tanto de lo acontecido sexual y biológicamente por su mujer, situación para nada fidedigna. Estos supuestos, creados con antelación al cinturón de castidad (Edad Media) se basan en la ausencia física del marido que era común antiguamente en épocas de campañas, conquistas, guerras y viajes prolongados (en fin), llevando al hombre prácticamente a abandonar a su mujer por largos periodos que sumaban meses y hasta años. La ilegitimidad por el ausentismo del marido no pudo seguir siendo desconocida. Entonces, había que proteger el

(113) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo II. 6ª edición. Librería Studium, Lima, 1987, pp. 45-46.

(114) Como afirma APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. Ob. cit., p. 282.

regreso del hombre y su reinsertión a la familia que había quedado en manos de la mujer con los instrumentos legales convenientes en caso de encontrarse con descendencia que no le perteneciese, todo ello sin poner en peligro la estabilidad familiar frente a sus excesos o indecisiones. La teoría y la ley fueron construidas de esa forma. Siguiendo la doctrina clásica, el plazo para impugnar la paternidad matrimonial estaba dirigido a proteger los intereses de la prole, la intangibilidad de la paz doméstica⁽¹¹⁵⁾, que la paternidad no sea incierta en el tiempo, así como el envilecimiento de la prueba⁽¹¹⁶⁾, lo que generó una suerte de indisolubilidad de filiación a simili del matrimonio⁽¹¹⁷⁾, sumándose el rango imperativo de la norma insuflada por el interés del menor de contar con una filiación carente de contingencia alguna.

La presencia física del marido es lo que fija el cómputo del plazo. Situación bastante absurda para nuestros días si tomamos en cuenta el progreso de los medios de comunicación, del transporte y, sobre todo, por la veracidad filial a través de la prueba genética. Frente a esta coyuntura, Espinoza Espinoza plantea una interrogante y se aproxima a dar una respuesta: “¿[P]or qué el plazo de caducidad de la pretensión contestatoria está en función de la ‘presencia’ del marido? Simple y llanamente, debido a que de esa manera se encuentra en una posibilidad objetiva de constatar si, efectivamente, es (o no) el padre. Entonces, forzosamente se tendrá que llegar a la conclusión de que el inicio del plazo no debe entenderse solamente a partir de la presencia física del marido, sino desde que se configura una situación en la que objetivamente se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica”⁽¹¹⁸⁾. Este último planteamiento compenetrado con la verdad biológica es lo que apoya nuestra tesis como iremos sustentando.

Toda acción de estado filial debe sustentarse en una realidad, no a una eventualidad, considerando como esencial la verdad genésica. Esta es la tendencia contemporánea que sigue el Derecho comparado. Un primer aproximamiento se dio con el Código Civil alemán que, mucho más renovado en su momento, estableció una fórmula abierta: el plazo de 2 años para accionar la impugnación comienza a contarse “desde que el impugnante tenga conocimiento de las circunstancias contrarias a la paternidad” (BGB, art. 1600b), posición seguida por el Código portugués (art. 1842, 1, a). Para nada se toma en

(115) FRANÇA R., Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 5ª edición revisada y actualizada. Saraiva, São Paulo, 1999, p. 268.

(116) DA COSTA PIMENTA, José. *Filiação*. Portugal, Coimbra, 1986, p. 113.

(117) POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 5ª edición renovada. Roma, Laterza, marzo 2003, p. 200.

(118) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El acto jurídico a través de la jurisprudencia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 10. N° 74. Lima, noviembre 2004, pp. 94-95.

cuenta la ausencia, alejamiento, ni falta de presencia del consorte, tan común en aquellos lejanos tiempos, como indicáramos.

7.3.2.1. Incaducibilidad

Como explicita Nery y De Andrade en el sistema brasileiro, la acción de investigación de paternidad es *perpetua*⁽¹¹⁹⁾, *imprescritível*⁽¹²⁰⁾ e *incaducável*, según propias palabras en un mail aclarativo, lo que determinó el hecho que el *Supremo Tribunal Federal do Brasil* emita una Súmula (resumen de sentencias repetidas sobre una misma materia) respecto al tema, puntualizándolo de la forma siguiente:

Súmula Nº 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”⁽¹²¹⁾.

Precisamente, con el nuevo Código Civil brasileiro se suprime el plazo decadencial para el ejercicio de la acción para contestar la paternidad⁽¹²²⁾, independientemente que el padre esté presente en la casa donde se produjo el nacimiento, esté ausente o no, se le haya o no ocultado el nacimiento⁽¹²³⁾, lo que se presenta como una verdadera novedad en el Derecho comparado sudamericano. En efecto, el artículo 1601 consagra: “*Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único - Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação*”.

De este modo, se desploman los vetustos presupuestos del Derecho brasileiro anterior arraigados en principios sociales y culturales totalmente superados por la biociencia, de manera que en cualquier momento el marido puede impugnar la paternidad del hijo parido por su mujer bajo el sustento que “la verdad de la paternidad genética no puede estar subordinada a un plazo”, a decir de Venosa⁽¹²⁴⁾.

(119) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 20/05/2006. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 310.

(120) “A paternidade seria, assim –em má hora lembrando a fórmula stammleriana– uma espécie de direito permanente de conteúdo variável. A cada um estaria deferido, como inerente à filiação, algo como um poder interno de mudar de pai, um autêntico *jus variandi*”, vide NICOLAU JUNIOR, Mauro. “Investigação de paternidade procedente –coisa julgada material– prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade - exame de dna negativo. Qual prevalece?”. En: *Rivista de Direito privado*. Nº 8, octubre-diciembre 2001, p. 267.

(121) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. Ob. cit., p. 1081.

(122) DINIZ, Maria Elena. Ob. cit., p. 383.

(123) Con similar referencia cfr. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Forense, Río de Janeiro, 2004, p. 430.

(124) VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6. 2ª edición. Atlas, São Paulo, 2002, p. 263.

El tema, si bien es una novedad en el nuevo Código Civil brasileiro, en otrora fue expuesto por el tratadista Pontes de Miranda quien había avizorado, de alguna manera, la posibilidad de que la acción de filiación no prescribiera ni precluyera en tiempo alguno⁽¹²⁵⁾. Es más, Lucía Teixeira Ferreira⁽¹²⁶⁾ nos dice que la imprescriptibilidad se encontraba prevista, desde 1990, en el *Estatuto da criação e do adolescente* (art. 27)⁽¹²⁷⁾, y que su tratamiento expreso en el actual Código destaca y enfatiza el razonamiento asumido por el 4º Turno del Tribunal Superior de Justicia que, a partir de la década de 1990, se apartó diametralmente del plazo caducible del inciso 3⁽¹²⁸⁾ del artículo 178 del Código Civil de 1916. Basándose en este criterio de la verdad biológica, Nelson Nery⁽¹²⁹⁾ cita, oportunamente, que cuando el examen hematológico excluye expresamente la paternidad, tal hecho constituye una realidad intransponible para superar la presunción legal de paternidad. A ello le sumamos la postura cada vez más arraigada acerca de la improcedencia de la cosa juzgada en los procesos de filiación hasta la actuación de la prueba genética⁽¹³⁰⁾.

En esta línea, José Roberto Moreira Filho⁽¹³¹⁾ menciona que la imprescriptibilidad de las acciones de estado filial son reconocidas de forma maciza por la mayoría de la doctrina y, principalmente, por la jurisprudencia brasileira (como ejemplo los considera Resp. 765479, Resp. 681837, Resp. 485511,

(125) MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 79.

(126) TEIXEIRA FERREIRA, Lúcia Maria. *In Novo Código Civil: Do Direito de Família*. Heleiosa Maria Daltro Leite (coord.), pp. 203-205. Cit. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 14ª edición. Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 330.

(127) “**Artículo 27.-** O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

(128) “**Artículo 178.-** Prescreve: (...) § 3o Em 2 (dois) meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 344)”, Código Civil brasileiro de 1916.

(129) NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. Ob. cit., p. 898.

(130) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, pp. 168-169. Además de posiciones jurisprudenciales interesantes en ese sentido: “Diferentemente seria a minha conclusão se, em vez da evidente malícia no comportamento da parte, ficasse claro que a paternidade, embora reconhecida na sentença, não correspondia à realidade, isso demonstrado em exame com grau absoluto de incerteza. A regra da coisa julgada, válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa –nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade– que o registro seja a negação da realidade”. Criterio del ilustre ministro Ruy Rosado de Aguiar en Resp. Nº 196.966-DF, seguido luego por eminente ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira en Recurso Especial Nº 226.436-PR. Cit. por BENTO DA SILVA, Wesley Ricardo. *A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade*. En: <<http://jus.uol.com.br>> (elaborado 12/2004).

(131) Comunicación personal vía mail (6/10/2006). Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/MG, profesor de Direito de Família e Sucessões da PUC/Minas, Brasil.

todos del Tribunal Superior de Justicia)⁽¹³²⁾. Respecto del citado autor, Moreira Filho, resulta interesante atender a su posición personal sobre este tema. Se sustenta en el hecho de que la filiación descansa en tres pilares básicos: biológico, jurídico y socioafetivo⁽¹³³⁾ (relacionamiento integral). En este sentido, fundamenta que las acciones de investigación y negatorias de paternidad y maternidad solo podrían ser ejercidas cuando resulte evidente que el actor desconoce su ascendencia, descendencia o niega su calidad parental; entonces, al no formarse el vínculo socioafectivo la decisión judicial que falle el aspecto parental debe representar siempre **el mejor interés para las partes**. Véase que la visión del profesor mineiro no es absolutista, simplemente justifica el ejercicio de la acción de desplazamiento cuando el vínculo paterno filial carezca del relacionamiento integral.

Y es lógico, sino respóndanse ustedes: ¿por qué la ley debe hacer prevalecer una relación jurídica cuyo sustento real es la sangre y el sentimiento? ¿qué hacer si no hay el afecto? ¿será que lo biológico y lo afectivo están ganando terreno a la ley?

7.3.2.2. Estado actual de la cuestión

La aplicación del artículo 364 de la norma nacional protege la integridad familiar y preserva la paternidad del hijo matrimonial, no obstante, ello viola los derechos del padre imponiéndole un estado parental que no le corresponde, además veta de manera plena la posibilidad de una filiación verdadera del menor, afectando derechos sustanciales como es el derecho a la filiación real y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos amparados en la ley. No es la idea mantener vínculos vacíos de afecto y ejercicio, ello conduciría a consolidar una ficción que no se corresponde con el espíritu de la ley⁽¹³⁴⁾. Afirmar lo contrario es una hipocresía. Aparte, es hora de empezar con la observancia del principio de transparencia en la determinación de la filiación, así como el del respeto a la identidad que corresponda tanto en su faz estática como dinámica⁽¹³⁵⁾.

(132) *Vide* <www.stj.gov.br> (octubre 2006).

(133) MOREIRA FILHO, José Roberto. “Conflitos jurídicos da reprodução humana assistida. Bioética e Biodireito”. En: <www.jus.com.br> (octubre 2006).

(134) KRASNOW, Adriana. “La presunción legal de la paternidad matrimonial”. En: *La Ley*, 25/09/2005, además en: <www.mpd.gov.ar> (octubre 2006). La autora trata, en especial, la improcedencia del plazo de caducidad en aquellos casos del cese de la presunción legal de la paternidad matrimonial pero que muchos de sus criterios asumimos.

(135) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo. “El paradigma constitucional familiar: Análisis a una década de su reformulación”. En: *Lexis Nexis - JA 2005-II-888*.

7.3.2.3. Criterios jurisprudenciales nacionales

Algunas decisiones judiciales en nuestro medio se orientan a favor del carácter inextinguible de la acción de negación de paternidad.

Por ejemplo:

“Que, encontrándose en discusión la filiación biológica del niño, resulta imperiosa la necesidad de que esta se dilucide y la justicia resuelva la incertidumbre generada, esto a fin de que pueda gozar de las garantías que el ordenamiento jurídico le otorga en aras de su seguridad y protección presente y futura, máxime si existe el imperativo que en toda decisión que adopte el Estado peruano, particularmente el órgano jurisdiccional se debe tomar en consideración el interés superior del niño (...) por lo que en el presente proceso deben agotarse las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios (...), debiendo disponer la juez de la causa en el estadio correspondiente se ordene la práctica de la prueba de ADN respectiva (...) declararon NULA la resolución (...) mediante la cual se declara improcedente la demanda propuesta por don XXX contra doña YYY sobre contestación de paternidad, en razón de que ha caducado el derecho del recurrente en amparo de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil; ORDENARON a la juez de la causa renovar al acto procesal correspondiente (...)⁽¹³⁶⁾.”

Esta resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema, la que decretó:

“NOVENO: Que, en el caso concreto al estar en discusión la filiación del menor nacido dentro del matrimonio contestado por quien aduce no tener la condición de padre biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en concordancia con lo que establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; por lo que APROBARON la resolución consultada de fojas ciento cincuenta su fecha tres de diciembre del dos mil cuatro, que en el caso de autos deja de aplicar el artículo 364 del Código Civil al preferir la norma constitucional contenida en el artículo 2, inciso 1 de la Carta Magna (...)⁽¹³⁷⁾.”

Asimismo:

“No es de aplicación lo dispuesto en el art. 364 del Código Civil por cuanto una aplicación extensiva importa la afectación de derechos sustanciales del menor, como es el derecho de filiación, el nombre y la

(136) Corte Superior de Justicia de Lima Sala Especializada de Familia, Exp. N° 3041-2004-Lima. Contestación de paternidad.

(137) Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta N° 149-2005-Lima (14/02/2005).

identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que, de acuerdo con su origen biológico, le corresponda, así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad⁷⁽¹³⁸⁾.

Otra:

Se aplica la caducidad contemplada en el artículo 364 de la norma sustantiva, por tanto, improcedente la acción contestatoria, sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pudiendo determinar la filiación del menor a través de la prueba de ADN⁽¹³⁹⁾.

Los argumentos que orientan esta decisión judicial, en los que prima el vínculo genésico frente al vínculo formal, son clarísimos y van en nuestra dirección, pudiendo ser perfectamente aplicados a todas las acciones de estado filial establecidas en el Código Civil peruano, en los que se establece un plazo de caducidad para accionar⁽¹⁴⁰⁾.

El problema es que no hay unanimidad de criterios en los casos judiciales. Esta posición, al no ser secundadas por otras instancias, en lugar de uniformidad logró deformidad de criterios en la materia en litis. Debe reconocerse que el asunto al tratarse de intereses personales, familiares y de contenido social merece una especial discusión, siendo la doctrina y la jurisprudencia la encargada de orientarnos, fijando y afinando el criterio final, sea a favor como sustentamos en el presente ensayo o, según el caso, en contra⁽¹⁴¹⁾.

7.3.2.4. Una simple reflexión final

La ley civil peruana en el artículo 364 del Código Civil establece un plazo breve para impugnar la paternidad en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables, artículo 1 del CC) que es utilizada vía

(138) Resolución N° 1307-A del 30/12/2004, Corte Superior de Justicia de Lima, Sala Especializada de Familia.

(139) Cas. N° 2274-2004-Lima.

(140) Mayor referencia *vide* VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: "Plazo para negar el reconocimiento". En: *Código Civil comentado*. Tomo III. 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 400.

(141) Debe reconocerse que en la jurisprudencia comparada existe un criterio en contra como es el caso del fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén en junio de 2006 que falla declarando que corresponde rechazar la impugnación de paternidad en tanto el actor dejó transcurrir largamente el plazo señalado por el artículo 259 del Código Civil, no obstante que el mismo señala haber tenido dudas en todo momento respecto a su paternidad, pues dicho plazo de caducidad no es un capricho legislativo, dado que la conformación del orden familiar requiere cierta estabilidad en las diversas formas de emplazamiento de sus integrantes, por lo que dejar liberada indefinidamente la posibilidad de que el padre cuestione su carácter de tal, sin limitaciones temporales, lesionaría claramente tal estabilidad (del voto en disidencia del doctor Videla Sánchez). *Vide* "Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén". Sala I, 06/06/2006, Publicado en: *La Ley Patagonia*, agosto 2006, p. 474.

excepción⁽¹⁴²⁾. Resulta recomendable modificar el sistema proponiendo que todas las acciones de estado civil sean **incaducibles** sincerando el sistema, tal como se hizo en la propuesta integral de Reforma al Libro de Familia⁽¹⁴³⁾ que en su artículo 240 señaló que: “Las acciones de estado de familia son imprescriptibles e irrenunciables, la ley regula expresamente los casos de extinción de las mismas vía caducidad”.

Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio y al interés del menor, que es aquello en que se asienta el plazo de caducidad de la acción negatoria de paternidad, no es menos cierto que las relaciones personales y familiares han evolucionado. Los problemas de paternidad deben ser resueltos en forma objetiva. Deliberar acerca del interés del menor y su identidad no es del todo concluyente, dado que tenemos al frente los derechos del padre a saberse y reconocerse como tal en mérito al *nexum sanguinis*. La solución a cada uno de los casos que se presenten debe ser acorde con su esencia; bien cita Espinoza que una solución salomónica puede ser amparar las pretensiones contestatorias de paternidad manteniéndose los apellidos de los menores implicados⁽¹⁴⁴⁾. Innegable verdad. Además de todo es esta la solución que avicinó la jurisprudencia cordobesa, desde el 2002, de forma que la identidad ganada, la historia vital y el proyecto de vida del hijo, no puede afectarse con el desplazamiento de su filiación⁽¹⁴⁵⁾.

Con las presunciones y su improbanza no había mayor problema –quedaba la duda–, pero ¿qué sucede si el examen genético descarta la paternidad del cónyuge y, a mayor desconsuelo del marido, el plazo caducó, se le pasó?, ¿cómo podrá vivir ese hombre a quien la infidelidad y hasta la propia ley le jugaron una mala pasada? El Código Civil peruano fue y sigue siendo pensado sobre premisas desfasadas; niega la realidad en que vivimos. Se tropieza día a día con relaciones y conductas modernas que jamás imaginó; rehúsa reconocer una modificación o dar cabida a aguas más movidas que serán de paz a futuro (no solo en este caso). Para eso están los jueces, al menos esa es la idea, para que analicen

(142) Si extemporáneamente se propone la excepción de prescripción alegándose el artículo 364 del Código Civil, que prevé que la acción para negar hijos matrimoniales prescribe a los 90 días del parto y dado que las excepciones se proponen conjuntamente, y en el plazo previsto para cada vía procedimental, habiendo precluido la oportunidad para invocarlas deben ser declaradas infundadas. Cas. N° 488-2005-Cusco. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Publicada, DOEP, 31/07/2006.

(143) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, p. 351 y ss.

(144) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Ob. cit., pp. 94-95.

(145) “La falta de norma legal expresa que autorice la conservación del apellido aun después de demostrada la falta de filiación paterna no es obstáculo para su procedencia, pues se satisface el mandato constitucional de respetar los derechos fundamentales y se asientan en causas válidas que, por otra parte, no ocasionan perjuicio al progenitor demandado”. Cámara de Familia, 1ª nominación, Córdoba (Argentina), 23/10/2002.

los casos, piensen, y hagan justicia no para uno (o unos) sino para todos. No habrá ley perfecta, jamás, no la esperen.

De qué vale un plazo que para nada reafirmará los lazos familiares si la filiación está en disputa justamente por haber extraviado uno de sus tres elementos (legal, biológico o social). Un término para accionar, cuando existe la forma de demostrar el *nexum filii* implica graves límites a derechos como el acceso a la justicia, la defensa, la igualdad, la identidad aparte de comprometer derechos patrimoniales y de propiedad generados como consecuencia del establecimiento del parentesco.

7.3.2.5. Impugnación de la maternidad matrimonial (arts. 371 y 372)

La acción, según el artículo 372, se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude, es decir, el parto supuesto o la suplantación del hijo.

Los herederos o ascendientes solo pueden continuar el proceso si la madre lo dejó iniciado.

Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente⁽¹⁴⁶⁾, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero, artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

7.3.3. Impugnación de la adopción (art. 385)

El menor o incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su incapacidad. El plazo es de 1 o 2 años que se computará desde que adquiere su mayoría de edad o cese de su incapacidad.

(146) Consulta N° 75212-2014-Lima Sur, Corte Suprema de Justicia, del 25/08/2015. “Décimo Séptimo: Por consiguiente, al encontrarnos ante un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sublitis, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, artículo 2 numeral 1 de la Constitución Política del Estado; y de otro, la norma contenida en el artículo 372 del Código Civil; sin que de la interpretación conjunta de las normas invocadas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada”.

No es este un verdadero caso de revocación, es decir, uno que se retracte de su voluntad quien libremente y con plena capacidad jurídica la dio, pues se trata de un menor o un incapaz que no expresó en forma alguna su voluntad; en este caso no está revocando su voluntad sino manifestando, ahora, la que realmente tiene⁽¹⁴⁷⁾. Su carácter jurídico-legal va a permitir que la adopción sea susceptible de revocación y de anulación –actos y sanciones– que son impensables en la filiación biológica⁽¹⁴⁸⁾.

Citemos un ejemplo: Juan fue adoptado siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que pueda dejar sin efecto la adopción se compute dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año se computará recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a impugnar su adopción el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la incapacidad.

Con un esquema quedará más claro:



Tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico.

7.3.4. Negación del reconocimiento por padre o la madre (art. 400)

El Código Civil de 1852 establecía el derecho del padre o la madre de disputar el reconocimiento en el que no hayan intervenido sin un plazo de caducidad (art. 240). A diferencia de ello, el Código del 36 consagró un plazo para poder accionar de tres meses (art. 364), regla considerada por el Código de 1984.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y

(147) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 80.

(148) MEDINA, Graciela. *La adopción*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 12.

por quienes tengan interés legítimo. Con base en un criterio de seguridad jurídica y de defensa de los intereses familiares la ley determina un plazo para su ejercicio, conforme lo ampara y trata la doctrina.

El padre o la madre que no interviene en el reconocimiento, los descendientes y quienes tengan interés legítimo gozarán de un plazo de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto para negar el reconocimiento.

Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Es así que dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarlo⁽¹⁴⁹⁾ al hijo, la norma determina el tiempo para que este acto pueda ser deslegitimado.

Si bien la ley ha establecido en aras de salvaguardar el interés del hijo (teoría de los efectos favorables) un plazo breve para impugnar el reconocimiento, la propuesta de modificación del Código Civil ha considerado modificar este artículo proponiendo que la acción de negación del reconocimiento sea imprescriptible⁽¹⁵⁰⁾. Esta propuesta ha sido considerada con base en el Derecho comparado (Brasil, Portugal, Costa Rica solo considera la imprescriptibilidad de la impugnación matrimonial cuando no hay posesión constante de estado, Argentina determina la imprescriptibilidad de la acción del hijo para impugnar su reconocimiento) en la medida que las acciones de estado de filiación, sea de reclamación como de impugnación, son imprescriptibles más aún que este criterio viene siendo aplicado jurisprudencialmente a nivel local.

El sustento es que el plazo considerado en el artículo en análisis genera una posición jurisprudencial⁽¹⁵¹⁾ que ha determinado la inaplicación del artículo 400 del Código Civil que se inserta propiamente en un sistema cerrado de paternidad sustentado en presunciones, no habiéndose considerado la posibilidad del conocimiento de algo más certero que el propio acto jurídico de reconocimiento, cual es el conocimiento de la relación biológica de la filiación. La aplicación del artículo 400 implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos estos contemplados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

(149) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 126.

(150) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER, Ángela y VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Exégesis*. Tomo VIII. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 111.

(151) Cas. N° 2047-2011-Lima.

7.3.4.1. Criterios jurisprudenciales nacionales

La Sala Especializada de Familia⁽¹⁵²⁾ consideró que, con base en el interés superior del niño y siendo que el menor cuenta con un año de edad, deben agotarse en el presente proceso las acciones necesarias para la obtención de los medios probatorios pertinentes, debiendo disponer el juez se practique la prueba de ADN, por lo que se **declara nulo** el auto que falla la improcedencia de la demanda.

Esta resolución de vista fue elevada en consulta a la Suprema⁽¹⁵³⁾ con la finalidad que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto de la no aplicación del artículo 400 –por preferirse la norma constitucional, artículo 2, inciso 1–, era correcto, fallando la instancia suprema con la **aprobación** del auto en mención que declara inaplicable al caso el artículo 400, sin afectar su vigencia.

Sin embargo, un reciente criterio casatorio⁽¹⁵⁴⁾ se aparta de esta tendencia de la inaducibilidad, dando preferencia a la identidad del menor, al tiempo transcurrido en su calidad de hijo y dejando de lado la prueba de ADN; y es que, a decir de la Sala, la paternidad no se fija solo por la verdad genética (identidad estática), sino preferencialmente por la historia del individuo, ese conjunto de situaciones que determinan su vida de relación (identidad dinámica). Cuando se impugna la paternidad, esta no puede justificarse solo en el dato genético (carácter estático de la identidad) lo que implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo de su vida. Más allá de los datos fijos, es la historia del individuo lo que lo hace idéntico así mismo, esto es lo que se conoce como filiación socioafectiva.

Regresando al criterio de salvaguarda del derecho a la identidad, y con base en la técnica de ponderación de derechos, mediante el test de proporcionalidad, la Corte Suprema⁽¹⁵⁵⁾ ha establecido que el artículo 400 del Código colisiona con el derecho fundamental a la identidad biológica del menor, en la medida que, en razón de un plazo, no debe restringirse una acción destinada a determinar la identidad biológica con la prueba del ADN que aporta información relevante y confiable de quién es el padre y quién no lo es; en tal sentido, inaplica el artículo 400. Así también se ha considerado en el Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2018 (Ica, 20 y 21/09/2018): “No se aplica el artículo 400 del

(152) Exp. N° 860-2002-Lima, Impugnación de reconocimiento paternidad.

(153) Sala de Derecho Constitucional y Social, Consulta N° 2858-2002-Lima.

(154) Cas. N° 3797-2012-Arequipa, DOEP, 30/09/2014.

(155) Cas. N° 3873-2014-San Martín. Esta sentencia está nominada al Premio Justicia y Convencionalidad 2016 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Código Civil, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que estos conozcan su origen biológico”.

7.3.5. Negación del reconocimiento por parte del hijo (art. 401)

A diferencia del plazo de 90 días para la negación del reconocimiento por parte del padre o la madre que no interviene en él (arts. 399 y 400), el hijo tiene un plazo mayor para negar su reconocimiento, que sería dentro del año siguiente a su mayoría de edad o a la cesación de su capacidad restringida.

El plazo para negar paternidad comienza cuando se conoce al verdadero padre⁽¹⁵⁶⁾, debiéndose tener en cuenta la fecha efectiva del conocimiento de la paternidad para computar dicho plazo y el derecho a la identidad de toda persona.

Citemos nuevamente el ejemplo antes mencionado: Juan fue reconocido siendo menor de edad. Él cumplirá 18 años el 24 de setiembre de 2001. La norma nos dice que el plazo para que él pueda negar el reconocimiento se computa dentro del año siguiente a su mayoría de edad. Esto es que el plazo de 1 año correrá recién a partir del 24 de setiembre de 2002, caducando su derecho a negar el reconocimiento el 24 de setiembre de 2003. Ejemplo similar debe aplicarse desde el momento de la cesación de la capacidad restringida.

Con un esquema quedará más claro:



Este plazo es en realidad de dos años que se computará desde que adquiere su mayoría o al cese de su capacidad restringida.

Este plazo mayor se explica por sí solo. Nadie más interesado que el propio hijo en velar por la legitimidad de su reconocimiento. De modo que si es él mismo es quien lo impugna, afrontando los perjuicios que eventualmente pudiera acarrearle esa impugnación, la ley no puede prohibírsele, pues a nadie se le puede imponer que acepte como padre a quien no lo es⁽¹⁵⁷⁾, este criterio es mucho más aventajado en la legislación comparada.

(156) Cas. N° 1303-2013-San Martín, DOEP, 30/12/2015.

(157) CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. cit., p. 127.

El plazo indiscutiblemente es uno de caducidad, no de prescripción, por lo que no admite interrupción ni suspensión⁽¹⁵⁸⁾.

Queda preguntarse si los descendientes del hijo premuerto gozan de periodo de plazo. A diferencias de otras legislaciones, la nuestra no permite esta posibilidad por lo que encuentra vedada dicha facultad a los descendientes, quienes contarían con el plazo menor de 90 días que consagra el artículo precedente.

De acuerdo al estudio del artículo 400 del Código Civil peruano y tomando en cuenta la tendencia jurisprudencial existente, la aplicación de este plazo de caducidad implica la afectación de derechos sustanciales del menor como es el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia de acuerdo a su origen biológico, derechos contemplados en el inciso primero artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana y en la Convención de los Derechos del Niño.

El Código Civil de México en materia federal establece una norma similar, pero indica de manera expresa que el término que tiene el hijo para deducir esta acción es de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió (art. 378, concordado con el art. 377).

7.4. Criterios jurisprudenciales contrapuestos

El carácter inextinguible de las acciones de estado filial son una realidad en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada.

Pero no faltan los criterios contrapuestos, que validan el plazo de caducidad para accionar la contradicción de la paternidad:

Casación N° 2390-2004-Ica⁽¹⁵⁹⁾

“Que, tal como se puede apreciar, la Sala Revisora se ha limitado a aplicar el artículo trescientos sesenticuatro del Código Civil conforme aparece de su texto claro y expreso, esto es, que el plazo para la caducidad de la pretensión contestatoria de paternidad se computa ‘(...) desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente’; premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad;

(158) Ídem.

(159) *El Peruano*, 31/07/2006.

debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud al avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación debida de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada”.

Casación N° 3797-2012-Arequipa⁽¹⁶⁰⁾,

“Cuando se impugna la paternidad, esta no puede justificarse solo en el dato genético (carácter estático de la identidad) lo que implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo de su vida. Más allá de los datos fijos es la historia del individuo lo que lo hace idéntico así mismo, esto es lo conoce como la filiación socioafectiva”.

8. El sometimiento a la prueba de ADN ¿es exigible a los herederos del supuesto padre?⁽¹⁶¹⁾

8.1. La acción de investigación de la paternidad extramarital

En materia de filiación, el Derecho siempre dio valor a las presunciones sustentándose en las dificultades naturales en la asignación de la paternidad o maternidad y por los obstáculos basados en los prejuicios históricos originarios de la hegemonía de la familia patriarcal y matrimonializada⁽¹⁶²⁾.

Por el interés en la preservación de la estructura de la familia siempre existió una resistencia en admitir la identificación de la descendencia resultante de relaciones extramatrimoniales. Con el paso del tiempo, se admite el derecho de investigar su paternidad a los hijos extramaritales, pero con sujeción a pruebas

(160) *El Peruano*, 30/09/2014.

(161) Punto desarrollado conjuntamente con Marianna Chaves, maestría en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa; especialista en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Lisboa, posgrado en Derecho Médico y Bioética por la APDI (Asociación Portuguesa de Derecho Intelectual) y la Universidad de Lisboa; con estudios de posgrado en Derecho de la filiación, adopción y protección de niños y adolescentes por la Universidad de Lisboa; directora del Núcleo de Relaciones Internacionales de IBDFAM - PB (Instituto Brasileño de Derecho de Familia <www.ibdfam.org.br>); Miembro de la International Society of Family Law.

(162) En este sentido, cfr. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Familias*. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 195.

tan fuertes y robustas que resultaba imposible poderlas conseguir. Esta postura se centra en la tesis que, en las relaciones ocasionales o concubinales –incluso si la concepción coincide en dicho periodo– no existe una presunción de la paternidad natural, aunque el consenso general, en aquellos días, fue siempre la certeza de la maternidad⁽¹⁶³⁾.

Incluso en momentos actuales de pleno desarrollo de la genética en el que puede identificarse con certeza la verdad biológica la ley sigue utilizando presunciones⁽¹⁶⁴⁾, vale decir que las exigencias para la búsqueda de la identificación de la filiación, en el Derecho comparado en general, tienen un rito ordinario, con una amplia gama de pruebas⁽¹⁶⁵⁾.

Como en la mayoría de Códigos del mundo, del cual no es ajeno el Código Civil peruano (*Vide* arts. 361 y 362) se da relativo prestigio a la presunción legal de paternidad: el padre es el marido de la madre, salvo que la madre declare lo contrario.

Por la presunción *pater is est* prevalecía la verdad simulada sobre la verdad biológica. Es sencillo percibir y rápido determinar que las normas relativas a las relaciones paterno-filiales favorecían a que los hombres evadan sus obligaciones –legales y morales– concentrándose en las madres la responsabilidad sobre los hijos tenidos fuera del matrimonio. Esta tendencia fue evidente en el Código Civil peruano cuando consagraba la afirmación que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio se considera hijo matrimonial (presunción de paternidad marital) incluso si la madre declara lo contrario o es condenada como adúltera (reafirmación de la paternidad). Hoy si bien la regla es la presunción de paternidad matrimonial, esta puede ser dejada sin efecto por declaración de la madre.

(163) Cfr. MADALENO, Rolf Hanssen. *Direito de Família em pauta*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004, p. 96. Si habla en “aquellos días” es porque ahora sabemos que la definición de la maternidad –desde el nacimiento– no es del todo científicamente fiable. Para una lectura más profunda sobre el tema *vide* REIS, Rafael Luís Vale e. *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 482 y ss.

(164) Como curiosidad: estas presunciones existen incluso dentro de la Ley islámica. En particular en Marruecos, Argelia y Túnez, la legitimidad de la filiación se basa en pruebas de consanguinidad del padre. Si esto se hace durante el matrimonio o en un determinado periodo de tiempo después de su disolución (como existen en varias jurisdicciones) se infiere que su diseño fue matrimonial. Así, la ley establece la presunción *iuris tantum* que se basa en el monopolio de las relaciones sexuales de la mujer con su marido, característica de la Ley islámica. *Vide* MOTILLA, Agustín y LORENZO, Paloma. *Derecho de Familia islámico*. Colex, Madrid, 2002, p. 95.

(165) DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. “A prevalência do direito à identidade: O novo processo de filiação extramatrimonial no Perú e sua perspectiva de aplicação no Brasil”. En: *Jus Scriptum*. Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. Año IV, N° 08, enero-marzo, p. 120-133. NELB, Lisboa, 2008, p. 122.

Así, en el momento en que vivimos, los sistemas tienden a adoptar un modelo menos restrictivo, demostrando un aumento de la fuerza del principio de la verdad biológica y el derecho fundamental a la identidad personal. Esta evolución, como lo advirtió Pinheiro⁽¹⁶⁶⁾, fue producto de los fallos judiciales y el reconocimiento posterior de la norma de forma que la evolución a un modelo menos restrictivo de establecimiento de la paternidad no-matrimonial determinó sus cambios por las propias exigencias sociales, siendo la determinación de la filiación un tema por demás sensible.

Si bien, por un lado, para los hijos matrimoniales existe una presunción de paternidad, los hijos nacidos fuera del matrimonio dependían del reconocimiento o la declaración judicial. En este último caso, para alcanzar el veredicto, el calvario judicial era terrible en razón que el *juicio* estaba lleno de vericuetos y no incorporaba la exigencia de las pruebas genéticas.

Con el objetivo de mitigar este problema, a lo que sumaba el gran número de hijos sin padre y como consecuencia la cantidad de madres solteras, el 08/01/2005 se promulga la Ley N° 28457 que establece un mecanismo procesal y probatorio más accesible para determinar judicialmente la paternidad, reduciéndose las medidas, actuaciones procesales, plazos, etc.⁽¹⁶⁷⁾, todo en defensa de uno de los derechos humanos más sustantivos que existen, la identidad, tomándose en cuenta que no existía procedimiento que facilitara la tramitación efectiva de las pretensiones filiatorias⁽¹⁶⁸⁾.

8.2. El examen de ADN y la Ley N° 28457

Esta ley es la materialización de la moderna norma jurídica que utiliza los métodos científicos actuales de identificación de la paternidad a través de marcadores genéticos. Mediante el examen de ADN es posible identificar el vínculo de filiación biológica con una certeza casi absoluta⁽¹⁶⁹⁾ y viene siendo

(166) En este sentido se expresa PINHEIRO, Jorge Duarte. "Investigação da paternidade - 'direitos e abusos'". En: *Parentalidade - análise psicojurídica*/ Ivone Maria Candido Coelho de Souza (coord.). Juruá, Curitiba, 2009, pp. 77-90.

(167) Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial (en razón de la Ley peruana 28457, y la acción intimatoria de la paternidad)". En: *Revista Persona*. N°s 49, 50 y 51, enero-febrero-marzo 2006. Recuperado de: <<http://www.revistapersona.com.ar>>.

(168) Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "La inversión de la carga de la prueba: la experiencia latinoamericana peruana". Disponible en: <<http://www.scielo.br>>.

(169) Sobre la exactitud de las pruebas de ADN, el pediatra y médico experto en genética molecular Salmo Raskin afirma que el análisis de ADN en la determinación de paternidad es la más exacta que existe a día de hoy. La posibilidad de una prueba de ADN en PCR en detectar a un hombre que está siendo falsamente acusado de ser el padre biológico es superior a 99,99 %. Si no se excluye de ser el padre biológico por la prueba PCR, la probabilidad de que sea el padre biológico varía de 99,99 % a 99,9999 %, según los casos. En la práctica, tomando las precauciones necesarias para controlar la calidad de la prueba, se presenta como una prueba totalmente exacta. Un resultado de la exclusión significa con

eficazmente utilizado en la determinación de la abuelidad, derechos de herencia, reclamaciones de seguros, exigencia de beneficios de la Seguridad Social, en el establecimiento de derechos triviales y la averiguación de la generalidad⁽¹⁷⁰⁾.

Indiscutible es que el Derecho no puede ignorar los valores y descubrimientos de la sociedad contemporánea. No es posible olvidar los avances en la genética y la protección de la persona humana a fin de garantizar el imperio de los valores constitucionales protegidos. En consecuencia, con este criterio de uniformización de los avances de la ciencia y su reconocimiento legal, el derecho a la identidad personal y a la ascendencia están mejor protegidos⁽¹⁷¹⁾.

Este adelanto se consignó por el legislador con la finalidad de garantizar el derecho a la identidad, uno de los derechos fundamentales más importantes de todo ciudadano, como se mencionó anteriormente. De ahí que la nueva ley exija, a fin de canalizar la oposición, el sometimiento al examen de ADN, entendido como el único medio que permite el pleno convencimiento del juez. Sin embargo, la ley, injustificadamente, solo prevé el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial, dejando fuera la menos frecuente –pero no inexistente– búsqueda de la identidad de la madre, que debe ser buscada por el procedimiento establecido en el Código Civil y el Código Procesal Civil⁽¹⁷²⁾.

El proceso especial que crea esta ley es más rápido y presenta una solución ajustada a la cuestión de la paternidad extramatrimonial. Es el desvío a todos y cada uno de los obstáculos que tiene el extenso y costoso procedimiento de reconocimiento judicial de la paternidad que, enhorabuena, viene quedando de lado.

8.3. Los terceros y la prueba biológica⁽¹⁷³⁾

Si bien padre e hijo son las partes naturales vinculadas en el proceso de determinación del nexos filial, en casos especiales se requiere la intervención y participación de terceros como son los presuntos abuelos, hermanos, tíos o primos quienes aportarán elementos biológicos para sentenciar correctamente. La intervención de estos terceros, no cabe duda que, facilitará la investigación del nexos filial en discusión en ciertas causas.

100 % de certeza que el presunto padre no es el padre biológico. El resultado inclusivo de paternidad viene con la probabilidad de que el presunto padre es el biológico con números hasta 99,99 %, que claramente son la solución de todas las controversias. RASKIN, Salmo. “DNA e investigação de paternidade”. Recuperado de: <<http://jus2.uol.com.br>>.

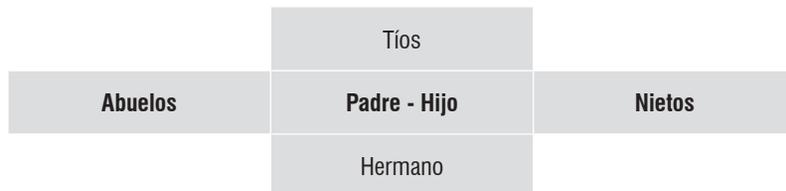
(170) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 223.

(171) *Vide* FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito de Família*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010, p. 188.

(172) Cfr. DIAS, Maria Berenice y CHAVES, Marianna. Ob. cit., p. 128.

(173) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., pp. 198-200.

Las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es:



Siendo esto así, en situaciones que puedan presentarse como desaparición, ausencia, investigación de la paternidad *post mortem*, aparición de caracteres genéticos *ex novo* o frente existencia de genes silentes, es necesaria la participación de los terceros familiares en la investigación biológica de la paternidad a fin de poder afianzar la transmisibilidad hereditaria de los caracteres biológicos en estudio⁽¹⁷⁴⁾.

En el caso de análisis genéticos transversales el grado de efectividad disminuye. Sí, disminuye, pero esto no le resta trascendencia como elementos de prueba que puede utilizar el juez al momento de fallar una paternidad demanda a los herederos.

8.3.1. La naturaleza especial de este caso y la aplicabilidad de la Ley N° 28457 luego de su modificación por la Ley N° 30628

A pesar de todos los avances que la Ley N° 28457 representó, la misma resultaba inaplicable al caso materia de análisis al exigir la presencia física y viva del presunto padre (art. 2) para que el ADN sea realizado con muestras del padre, la madre y el hijo.

(174) En Alemania, Austria y Rusia se establece que cada vez que sea necesario se procederá a la investigación racial, hereditaria y sanguínea de los abuelos, interesados y testigos, así lo menciona Fairén Guillén. En el caso especial de los abuelos, la doctrina y jurisprudencia argentinas han establecido que: “Algunas sentencias destacan que la prueba es relevante aunque se haya practicado en los presuntos abuelos y no en el padre, sobre todo si los primeros no tuvieron otros hijos varones y el niño acusa la posible herencia de antígenos presentes en la abuela, lo que descarta que sea hijo del abuelo” (especial mención en la nota a pie de página N° 9 remite al voto de Zannoni, Cám Nac. Civ. sala A 25/11/1986, ED 123-107 o en: La Ley 1987-C-69 o JA 1987-IV-378). Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El valor de la prueba genética en el Derecho argentino”. En: *El Derecho ante el proyecto genoma humano*. Vol. IV. Fundación BBV, Madrid, 1994, p. 176. Asimismo, en el año 1995 se declaró la paternidad del difunto Carlitos Jr. Menem respecto de la menor Antonella al haberse comprobado mediante un análisis de ADN la relación genética entre la menor, sus abuelos (Zulema Yoma y Carlos Menem) y su tía (Zulemita Menem). Cfr. “Antonella, la nieta del presidente Menem” (Diario *Expreso*, Lima, 22 de octubre de 1997, Sección A, pp. 24-25).

Además, la ley original no refería nada de la obligación de familiares u otros al sometimiento.

Al respecto, teníamos dos situaciones especiales que se presentaban en la que no era aplicable la ley *sub examine*:

- **Investigación de la paternidad *post mortem*.** El proceso de la investigación de la paternidad *post mortem* a través de este trámite resulta complicado. La exhumación debe ser realizada en un procedimiento especial que no se encuentra dentro de los establecidos en el proceso dictado en la Ley N° 29821, además, siendo demandados los herederos nos preguntamos: ¿cómo podrían oponerse a la realización de la prueba en el plazo establecido en la ley? ¿cómo pueden autorizar la extracción de tejido del cadáver?⁽¹⁷⁵⁾
- **Investigación transversal de la paternidad (en terceros).** Siendo demandados los herederos, sea para determinar la fraternalidad, la abuelidad u otro grado de parentesco, resulta impertinente el proceso consagrado en la Ley N° 29821, en razón que no se trata de una investigación directa de la paternidad, por el contrario, aquella se realiza de forma indirecta a través de alguno de los parientes⁽¹⁷⁶⁾ frente a lo cual debería iniciarse un proceso de conocimiento, de acuerdo a lo estipulado en la normativa del Código Civil y el Código Procesal Civil.

Esto ha sido superado, pues la Ley N° 30629, modificatoria de la Ley N° 28457, permite la aplicación de la prueba a terceros familiares en caso de que el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto (casos a los que habría que sumarse la desaparición o la ausencia), en estos casos podrá realizarse la prueba al padre, la madre (abuelidad) u otros hijos (media hermandad) del demandado⁽¹⁷⁷⁾, nada impide que pueda realizarse la prueba a otros parientes del pretense padre (hermanos).

8.3.2. La posibilidad de exigir a los herederos el sometimiento al examen de ADN

Para una solución más adecuada hay que volver al Código Civil.

El artículo 402 señala en su inciso 6 que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el

(175) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El proceso de filiación extramatrimonial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 119.

(176) *Ibidem*, p. 120.

(177) Artículo 2 de la Ley N° 30628.

presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

De la exégesis de este artículo podemos establecer que, para la aplicación de prueba de ADN, puede requerirse no solo al presunto padre, sino también a quienes puedan llevar a conocimiento de la verdad biológica buscada.

Este artículo del Código Civil tiene una fórmula amplia y permite una mayor línea de acción sobre quienes pueden ser demandados en este asunto, aparte de la típica fórmula: presunto padre - madre - hijo. Además, el artículo 406 pone fin a las dudas y devaneos a la pregunta planteada en el sentido de si los herederos pueden o no ser demandados en la ausencia del padre. La respuesta es rápida y sin mayor duda: los herederos sí pueden ser demandados, diciendo a la letra el dispositivo citado que: “La acción se interpone contra el padre o contra sus herederos si hubiese muerto”. El sustento es que el derecho a la investigación de la paternidad y a conocer el propio origen biológico no acaba con la muerte del presunto padre, siendo un derecho personalísimo la norma prevé la transmisibilidad de su accionar. Se trata de derechos de acción perpetua, es decir, in caducible; el transcurso del tiempo no afecta su trascendencia.

Este es un caso especial, sui generis. Además de la muerte del presunto padre, no hay restos para indagar la genitoridad. Ante la ausencia de familiares en línea ascendente y colateral del supuesto padre, se decidió realizar la pericia genética respecto de sus descendientes y su correspondiente viuda, incluyéndose esta última a pedido del laboratorio encargado de realizar la pericia. Hay que tener en cuenta que el juez está investido constitucionalmente de las facultades indispensables para solicitar la participación de cuantas personas considere necesarias para la realización del examen de ADN, en virtud de sus facultades legales, **escudriñando** en los límites de su oficio (como alguna vez no sé si leí o escuché).

Una cuestión que podría plantearse: ¿por qué las hijas y la viuda? Las hijas, como una cuestión de lógica: tienen el 50 % del ADN del padre fallecido. Para la participación de la viuda existe una razón plausible. Desde la comparación de su carga genética con la de sus hijas, se puede determinar el ADN del padre fallecido y, por lo tanto, comparar con el del demandante, por un proceso de eliminación. Así pues, el examen conduce a la determinación de la paternidad con un alto grado de certeza.

Así los “herederos” pueden ser posibles demandados de acuerdo a las normas civiles.

8.4. La negativa al sometimiento por parte de terceros

Los efectos jurídicos de la negativa en los procesos comunes de filiación serán disímiles con relación a la persona de quien provenga, sea el padre, sea

la madre, sea el hijo, sea el abuelo, sea el hermano, sea el tío, sea el primo, etc. Este sentir lo estableció el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, resolviendo que: “(...) no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretense padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente en una acción de filiación *post mortem*”⁽¹⁷⁸⁾.

Hecho singular se presenta cuando es un tercero el que niega someterse a la prueba biológica (abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto o un hijo para determinar la paternidad de su medio hermano) o autorizar su aplicación en una persona bajo su dependencia (adoptante que niega investigación biológica de su hijo legal) o a una persona que carece de relación filial (la viuda en un proceso de declaración de paternidad *post mortem* interpuesto contra su marido).

El proceso especial de paternidad extramatrimonial, reconocido en la Ley N° 28457, al admitirse que la prueba pueda ser realizada a terceros familiares, su negativa (no oposición o no pago) implicará que se dicte sentencia declarando judicialmente la paternidad. Es decir, el apercibimiento es el mismo.

8.5. El conflicto de intereses

En el caso estudiado es patente el conflicto de derechos fundamentales.

Por un lado, tenemos el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos y de la identidad del demandante y, por otro, la supuesta afrenta al derecho a la libertad e intimidad de los demandados, incluso, podría añadirse, al derecho a la intangibilidad física.

En primer lugar, es conveniente destacar que el hecho que el solicitante sea mayor de edad es indiferente, constituyendo una alegación falaz. Todos y cada uno de nosotros como sujetos tenemos el derecho a conocer nuestra identidad personal y este derecho es imprescriptible. El origen genético y la identidad representan facultades tan inherentes que el paso del tiempo no puede afectarlas. Es carente de base legal impedir al sujeto investigar su origen ancestral siendo su restricción una forma de atentado a la dignidad humana.

Otra vez, la cuestión es: en ausencia del padre, ¿los herederos responden? Sobre el particular la Ley N° 28457 modificada es expresa y clara. Además, el artículo 406 del Código Civil establece que la acción se dirige contra el presunto padre o sus herederos.

(178) Primera Cámara Civil y Comercial de San Nicolás, 22/12/1994. Cit. *Revista de Derecho privado y comunitario* N° 11, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 338.

Con respecto a la integridad física que podría violar lícitamente el derecho al exigir el sometimiento, siendo la prueba de ADN inofensiva y sin trascendencia invasiva –al requerirse técnicamente solo una cantidad mínima de líquido, secreciones del cuerpo, hilados de pelo– no podemos hablar que ello representa un daño al cuerpo o afrenta a la sacralidad del cuerpo humano. Absurdo sería el sustento de la parte que alegue tener belonofobia, miedo a las agujas, en fundamento a su negativa.

Cualquiera de los tipos de actos que son necesarios para la realización de las pruebas de ADN –incluido el pinchazo de un dedo para recoger la sangre– no alcanzan el núcleo del derecho a la integridad física. Incluso, en el caso de considerar que se trata de una restricción del derecho a la integridad física, este hecho es absolutamente adecuado y proporcionado al implicar una intervención mínima, siendo su objetivo obtener una decisión judicial sobre la filiación que coincida con la realidad, una decisión que es requerida por el interés superior de la persona a conocer su identidad personal⁽¹⁷⁹⁾.

La defensa de la integridad física también puede ser vista como un desafío cuando se enfrenta con el interés que emerge de esta acción a fin de determinar si, en los casos de investigación de paternidad, la **verdad material** –que significa que la verdad objetiva, real o verdadera– no es una verdad presumida, no es una verdad que es el resultado de elaboraciones mentales⁽¹⁸⁰⁾, por lo que debe prevalecer el máximo atributo familiar de la persona relacionado con la aclaración de su entroncamiento.

En caso de conflicto de intereses, ¿qué derecho debe prevalecer?, ¿el derecho a la libertad, la inviolabilidad física, el derecho a la identidad de la persona? Lo importante es ofrecer la mayor eficacia posible, de acuerdo con las circunstancias del caso, al correspondiente valor y, sobre todo, al derecho fundamental protegido por la ley en cuestión. Por lo tanto, si no hay una colisión de derechos opuestos debe darse la máxima eficacia al derecho más sensible.

En caso de colisión o choque de los derechos fundamentales se puede entrar en un verdadero debate filosófico. A menudo, los derechos fundamentales tienen la forma de principios que se caracterizan por su vacío, que representan órdenes o mandatos de optimización. Se plantea la cuestión, ¿qué optimizar? o, en todo caso, ¿a cuál de todos se puede optimizar el bien protegido? Como

(179) Este es el entendimiento de SILVA, Paula Costa e. Apud. PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*. Vol. I. 3ª edición. Lisboa: aafdl, 2007, p. 114. Cabe destacar que la doctrina se refiere al interés superior del niño, pero es importante recordar que cualquier persona, niño o adulto tiene el derecho a conocer su identidad.

(180) Cfr. REZEK, Francisco. “O direito à identidade”. En: *A família além dos mitos*. Maria Berenice Dias y Eliene Ferreira Bastos (coords.). Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 42.

Canotilho dice, no existe una norma o criterio para la solución de conflictos de derechos. Un equilibrio y/o armonización del caso es, a pesar de las posiciones peligrosas decisorias, una necesidad no eliminable⁽¹⁸¹⁾. En caso de choque es necesario, para producir un equilibrio entre los valores en cuestión, evaluar las razones para uno y para otro con el fin de encontrar la solución más apropiada al caso.

Considera Díez-Picazo⁽¹⁸²⁾ que en este caso existe el riesgo de caer en el subjetivismo puro, lo que lleva a decidir con arreglo a las preferencias personales de la intérprete. Para evitar este peligro, la técnica de ponderación se debe ajustar a tres requisitos. En primer lugar, siempre es necesario llevar a cabo un análisis exhaustivo de las características del caso, tanto en los aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos. En segundo lugar, una vez se observe que no existe una solución fuera de la colisión, resulta necesario determinar cuál de los valores es más digno de protección. Una vez más, a fin de evitar la tentación del subjetivismo es imperante recordar que se trata de decidir cuál de los intereses es digno de protección en abstracto. En tercer, y último lugar, cabe señalar que el método de ponderación no ofrece respuestas en términos de “sí” o “no”, en todo caso es más sensato tender a aproximaciones como “más” o “menos”.

No se está hablando de la jerarquía en abstracto de los derechos fundamentales. Sin embargo, en caso de colisión debemos hacer un balance y, si no es posible armonizar los derechos en cuestión, existirá una prevalencia de un derecho con relación a los demás. Sobre esta cuestión, Alexy afirma que la solución a la competencia de derechos es de proceder, en primer lugar, a examinar y tratar de armonizar los principios. Si el choque no se resolvió, en un segundo momento debería establecerse una relación de precedencia o prioridad entre los principios a la luz de las circunstancias del caso⁽¹⁸³⁾.

9. Cosa juzgada y los procesos de filiación

Puede sostenerse la posibilidad latente en el orden constitucional de revisar una sentencia de filiación pasada por autoridad de cosa juzgada si al momento de su dictado no existía o no se había perfeccionado la prueba genética del ADN tal como se utiliza en la actualidad⁽¹⁸⁴⁾.

(181) CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª edición, Almedina, Coimbra, 2002, p. 1233.

(182) DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 47-48.

(183) ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers (trad.). Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 51-52.

(184) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., p. 606.

El proceso de estado de filial, para su eficaz funcionamiento y efectividad, requiere la concreción de normas particulares que se agrupen en un cuerpo orgánico denominado Derecho Procesal Familiar, siendo una de sus principales características los efectos particulares de la cosa juzgada (así como en los alimentos, tenencia, régimen de visitas), lo que se conoce como la relativización de la cosa juzgada⁽¹⁸⁵⁾.

La cosa juzgada no es un límite para la interposición de un nuevo proceso de paternidad sustentado en el análisis genético, siempre que en los anteriores procesos no se haya hecho de uso de todas las pruebas bioaveriguativas. Este es un nuevo supuesto que se ha venido trabajando en el Derecho comparado. Se refiere a la supremacía de los intereses de la determinación de la paternidad sobre los meros principios de orden procesal; primero, se dice, son los derechos de la persona y, luego, los formulismos, llegándose, incluso, a indicarse que la cosa juzgada no puede presentarse como un obstáculo para los procesos de filiación, sobre todo cuando en él se ha llegado a encontrar nuevas pruebas⁽¹⁸⁶⁾.

Esta idea de perennidad no es reprochable, solo es parte de un todo mayor.

Existe un interés público en garantizar el emplazamiento filial con el objeto de proteger al hijo, asegurando las responsabilidades de sus progenitores⁽¹⁸⁷⁾.

Tenemos dos escenarios posibles (sea que se trate de acciones de emplazamiento o de desplazamiento filial):

- **En las acciones de emplazamiento.** Se propone un criterio amplio e irrestricto para admitir la posibilidad de revisar la sentencia desestimatoria pasada por autoridad de cosa juzgada ante el surgimiento o perfeccionamiento ulterior de la prueba genética, ello deviene de la ponderación de los derechos al comprometerse el derecho a la identidad y el derecho a obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica⁽¹⁸⁸⁾.
- **En las acciones de desplazamiento.** Cuando el accionante es el propio hijo entra en juego el derecho a la identidad sea que el hijo pretenda reclamar la filiación o que este lo reconozca espontáneamente y aun en el caso de que no pueda o no quiera obtener un nuevo emplazamiento filial⁽¹⁸⁹⁾.

(185) DIAS, María Berenice. Ob. cit., p. 360.

(186) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Ob. cit., p. 229.

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

(188) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit., pp. 621-622.

(189) *Ibidem*, p. 622.

Cuando el accionante es el padre o la madre emplazados legalmente resulta, *a simili*, comprometido el derecho a la identidad de quien pretende impugnar la filiación. La importancia de lograr la concordancia entre el presupuesto biológico y el emplazamiento familiar no es exclusiva de quien busca o controvierte sus orígenes. Los lazos filiatorios constituyen una relación y, en tal sentido, abarcan los dos polos del vínculo filial, para establecer o para desvirtuar. Es en este punto, reitero, donde el derecho a la identidad muestra su estrecha conexión con otro derecho implicado en el caso: el derecho a la verdad⁽¹⁹⁰⁾.

El Tribunal Constitucional peruano⁽¹⁹¹⁾ ha favorecido la identidad frente al pétreo principio de la cosa juzgada permitiendo reabrir el expediente.

El criterio es que las reglas ordinarias de la cosa juzgada no pueden ir contra la *lex mater*, ni –¡más importante! – sobre los derechos mínimos de la existencia humana, como es la verdad sobre la paternidad⁽¹⁹²⁾.

El prestigio de la **verdad real**, como uno de los corolarios del derecho a la identidad, encerró al fenómeno llamado relativización de la cosa juzgada⁽¹⁹³⁾ que, finalmente, se da para garantizar la comprobación de esa autenticidad personal buscada.

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

- Si la filiación contradictoria fue establecida en virtud de una sentencia no podrá volverse a rebatir procesalmente una cuestión decidida judicialmente: *non bis in idem*⁽¹⁹⁴⁾.

(190) Ídem.

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

(192) FARIAS, Cristiano Chaves de y ROSENVALD, Nelson. *Direito das Familias*. 2ª edición, 3er tiraje. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010, p. 653.

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

(194) LASARTE, Carlos. Ob. cit., p. 305.

- Debe determinarse que cada situación sea interpretada *est modus in rebús*, con los límites que el caso amerite, de forma que la relativización de la cosa juzgada no sea la regla sino la excepción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil*. Tomo X. Taller de Linotipia, Lima, 1942.
- AZPIRI, Jorge. *Juicio de filiación y patria potestad*. 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- BENTO DA SILVA, Wesley Ricardo. *A flexibilização da coisa julgada em matéria de paternidade*. Recuperado de: <<http://jus.uol.com.br>>.
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 12ª edición actualizada. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Acción de filiación”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II: Derecho de Familia. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “Inimpugnabilidad de la acción de filiación matrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar peruano*. Tomo II, 6ª edición. Librería Studium, Lima, 1987.
- DI LELLA, Pedro. “La nulidad de reconocimiento por vicio de error, el derecho a la identidad y la Convención de los Derechos del niño”. JA 2002-II-521.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª edición revisada, actualizada y ampliada. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV, 3ª edición, 2ª reimpresión. Tecnos, Madrid, 1986.
- DINIZ, María Elena. *Curso de Derecho Civil brasileiro*. Vol. 5, 17ª edición actualizada. Saraiva, São Paulo, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “El acto jurídico a través de la jurisprudencia”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 10, N° 74. Lima, noviembre de 2004.
- FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009.
- FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina. “El procedimiento de familia en el proyecto”. En: *La Ley*, año LXXVI, N° 115, jueves 21 de junio de 2012.
- FRANÇA R., Limongi. *Instituições de direito civil*. 5ª edición revisada y actualizada. Saraiva, São Paulo, 1999.
- KIELMANOVICH, Jorge L. “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. En: *La Ley*, año LXXVI, N° 142, martes 31 de julio de 2012.

- KRASNOW, Adriana Noemí. *Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida*. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- LACRUZ BERDEJO, José y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de Familia* N° 327, Bosch, Barcelona, 1982.
- LAMARCA I MARQUÈS, Albert. “Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB”. En: *InDret Revista para el análisis del Derecho*.
- LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*. Tomo VI, 9ª edición. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LASTARRIA RAMOS, Edgard. “Titulares de la acción”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Requisitos del error”. En: *Código Civil comentado*. Tomo I. 3ª edición, Gaceta Jurídica. Lima, 2011.
- LLOVERAS, Nora. *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*. Costa Rica y Perú. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 9. Bookseller, Campinas, 2000.
- MONGE TALAVERA, Luz. “Prohibición de negar al hijo por nacer”. En: *Código Civil comentado*. Tomo II, 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. *Código Civil comentado*. 4ª edición revisada, ampliada y actualizada hasta 20/05/2006. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- PEREIRA COELHO, Francisco y DE OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito da Família*. Vol. II: Direito da filiação. Tomo I: Establecimiento de filiação-adopção, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. *Filiación y patria potestad*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.
- POCAR, Valerio y RONFANI, Paola. *La famiglia e il diritto*. 5ª edición renovada. Roma, Laterza, marzo 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Forense, Río de Janeiro, 2004.
- RUBIO CORREA, Marcial. “Nulidad y anulabilidad: la invalidez del acto jurídico”. *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. IX, 6ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.
- SAMBRIZZI, Eduardo. *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo V. La Ley, Buenos Aires, 2010.
- SIMÓN REGALADO, Patricia. “Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial”. En: *Código Civil comentado*. Tomo III, 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Re-Conociendo mi verdad (punto final al caso Zaraf)”. En: *El Comercio*, 20 de octubre de 2002.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El derecho del niño y/o adolescente en ser oído en los procesos de desplazamiento de filiación cuando debe decidirse entre la realidad biológica y la realidad dinámica que vivencia este”. En: Encuentro jurisdiccional de jueces especializados y mixto en materia civil y familia. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 19 y 20 de noviembre de 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 6, 2ª edición. Atlas, São Paulo, 2002.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. 7ª edición. Gaceta Jurídica, Lima.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo II, 2ª edición. Astrea, Buenos Aires, 1989.