

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN POLÍTICA JURISDICCIONAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“HACIA UNA SOLUCIÓN PROPORCIONAL Y TUITIVA EN LOS PROCESOS DE
CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN EL PERÚ”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho con mención en Política
Jurisdiccional**

AUTOR:

Luis Giancarlo Torreblanca Gonzales

ASESORA:

Dra. Patricia Carolina Rosa Garcés Peralta

JURADO:

Dr. Rómulo Martín Morales Hervias (Presidente)

Dr. Javier Mihail Pazos Hayashida

**Lima – Perú
2018**

RESUMEN

Durante siglos la familia se centraba en los vínculos jurídicos derivados del matrimonio, pero ante los cambios sociales actuales se ha puesto en discusión la prevalencia entre los vínculos jurídicos y los vínculos biológicos, por ello, en países como Argentina, Chile, Ecuador y Colombia se han emitido sentencias que privilegian a la verdad biológica; mientras que en otros casos, en estos mismos países se ha rechazado la demanda porque se privilegió el estado de familia, la estabilidad emocional, la seguridad jurídica y afectiva del niño o la relación socioafectiva. Situación que al parecer se encuentra más definida en nuestro país, en donde a pesar de contar con normas legales muy restrictivas para el cuestionamiento de la paternidad; no obstante, nuestros jueces han optado por la defensa irrestricta del derecho a la verdad biológica, posición que no compartimos en la presente investigación, en donde consideramos que debemos partir de la función tuitiva reconocida en el Tercer Pleno Casatorio Civil para darle el enfoque humano que requiere el proceso judicial de cuestionamiento de la paternidad, por otro lado, señalamos que no hay un conflicto entre la verdad biológica con la filiación social, afectiva o de crianza, ya que ambos forman parte de un mismo derecho fundamental que es el derecho a la identidad. En tal sentido, el problema no puede solucionarse con la ponderación de alguno de los derechos, sino que se debe buscar la solución en base al interés superior del niño/a y adolescente, el cual nos obliga a escuchar/tomar en consideración la opinión de los niños/as y adolescentes para garantizar que ellos sean tratados como sujetos de derechos, además de analizar la posibilidad de que la búsqueda de la verdad biológica no conlleve la aplicación de todos los derechos inherentes a la patria potestad y que se pueda prolongar la obligación alimenticia hasta que el menor de edad encuentre a su padre biológico.

Palabras clave: Impugnación de paternidad, verdad biológica, estabilidad familiar, interés superior del niño.

ABSTRACT

For centuries, the family focused on the legal ties derived from marriage, but in the face of current social changes, the prevalence of legal ties and biological ties has been discussed, for which reason, in countries such as Argentina, Chile, Ecuador and Colombia, they have issued sentences that privilege biological truth; while in other cases, in these same countries the demand has been rejected because the family status, emotional stability, legal and affective security of the child or the socio-affective relationship were privileged. Situation that seems to be more defined in our country, where in spite of having very restrictive legal norms for the questioning of paternity; However, our judges have opted for the unrestricted defense of the right to biological truth, a position that we do not share in the present investigation, where we consider that we should start from the tuition function recognized in the Third Civil Casatory Plenary to give it the human focus that requires the judicial process of questioning paternity, on the other hand, we point out that there is no conflict between biological truth with social, affective or parenting affiliation, since both are part of the same fundamental right that is the right to identity. In this sense, the problem can not be solved with the weighting of any of the rights, but the solution must be sought based on the best interests of the child and adolescent, which forces us to listen / take into consideration the opinion of the children. children and adolescents to ensure that they are treated as subjects of rights, in addition to analyzing the possibility that the search for biological truth does not entail the application of all rights inherent to parental authority and that the maintenance obligation may be prolonged until the minor finds his biological father.

Keywords: Impugnation of paternity, biological truth, family stability, best interests of the child.



El presente trabajo lo dedico a Dios por ser el divino inspirador de lo que hacemos en nuestra vida.

A mi familia, por el amor y la paciencia brindada en todos estos años, gracias a ustedes he alcanzado muchas metas y me he convertido en lo que soy.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien ha bendecido siempre mi vida y ha guiado mis pasos hasta este momento.

A la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y a mis profesores, por las enseñanzas recibidas, además de la enorme paciencia, dedicación, apoyo incondicional y amistad que me han mostrado, lo que estoy seguro replicaré con mis estudiantes.

A mis colegas de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que desinteresadamente me brindaron todo su apoyo en la recolección de las sentencias utilizadas en la presente tesis.

Agradecer a la profesora Patricia Carolina Rosa Garcés Peralta por su vocación de maestra e investigadora, sin cuyos comentarios y correcciones hubieran dejado incompleto el presente trabajo.

De igual manera agradezco a los doctores Rómulo Martín Morales Hervias y Javier Mihail Pazos Hayashida por mostrarme que siempre hay algo más que se puede mejorar.

Finalmente, agradezco a quienes de alguna u otra manera han colaborado durante todo este proceso de recolección de datos y sistematización de los mismos, porque una parte de este trabajo también les pertenece.

ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT.....	3
AGRADECIMIENTO.....	5
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I.....	11
LA FAMILIA Y EL CONFLICTO ENTRE LOS VÍNCULOS FAMILIARES	11
I.- LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN	11
1.2.- Conflictos entre los vínculos familiares	18
1.3.- ¿Cómo vienen resolviendo los tribunales el conflicto entre los vínculos familiares?	20
II.- LA FAMILIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.....	34
2.1.- El concepto de familia.....	40
2.2.- ¿Por qué es importante tener en cuenta el concepto de familia como derecho fundamental?.....	51
CAPÍTULO II.....	52
EL CASO PERUANO	52
I.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD	52
1.1.- El reconocimiento de paternidad como acto jurídico o negocio jurídico.....	53
1.2.- ¿El Código Civil regula al acto jurídico o al negocio jurídico?.....	58
1.3.- Impugnación o invalidez del reconocimiento de paternidad.....	59
II.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.....	64
2.1.- La declaración de la madre no afecta la paternidad matrimonial	65
2.2.- Plazo de acción contestatoria como una forma de defender la estabilidad familiar.....	66
2.3.- El marido no puede negar a su hijo cuando sabía del embarazo o si ha dicho que es suyo	68
2.4.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial	69
2.5.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable	70
2.6.- Plazo para negar el reconocimiento es de 90 días.....	70
2.7.- Reconocimiento de hijo de mujer casada no procede	71
2.8.- El reconocimiento sólo puede ser impugnado por quién no interviene en él....	72
III.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LAS SENTENCIAS DE CASACIÓN	73

3.1.- ¿El reconocimiento es irrevocable?	74
3.3.- ¿La negación de la paternidad caduca?	80
3.4.- ¿Si el marido no ha cuestionado su paternidad, el supuesto padre biológico puede hacerlo por él?	87
2.5.- ¿Los procesos de impugnación o negación de paternidad se interponen a favor del interés superior del niño o a favor del interés de los padres?	89
IV.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA	92
4.1.- Caso Torocahua vs. Delgado.....	92
4.2.- Caso Juárez vs. Quequezana.....	94
4.3.- Caso Taype vs. Huancoccallo.....	97
4.4.- Caso Carpio vs. Lazo	101
4.5.- Caso Vargas vs. Condori.....	104
4.6.- Caso Reymer vs. Postigo	104
4.7.- Caso Huisa vs. Quispe	105
4.8.- Caso Vizcarra vs. Palma.....	106
4.9.- Caso Rosas vs. Challa/Lázaro.....	109
4.10.- Caso Sifuentes vs. Nina/Gallegos.....	111
4.11.- Caso Maque vs. Taype	112
4.12.- Caso Cano vs. Espinoza/Eyzaguirre.....	114
4.13.- Caso Gutierrez vs. Nieva/Gutierrez.....	116
4.14.- Caso Quintanilla vs. Mercado y otros.....	121
4.15.- Caso Salas Vs. Laura/Barrios	125
4.16.- Caso Cancino Vs. Soberon/otros.....	126
4.17.- Caso Pinto Vs. Pauca.....	127
4.18.- Caso Guerra Vs. Medina	128
4.19.- Caso Quispe Vs. Quispe.....	130
4.20.- Caso Callpa Vs. Ponce/Otros	130
V.- ¿QUÉ NOS MUESTRAN ESTAS SENTENCIAS ANALIZADAS?	132
CAPÍTULO III	134
UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN	134
I.- EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL Y LA FUNCIÓN DE LOS JUECES DE FAMILIA.....	134
II.- FILIACIÓN Y CONFLICTO DE DERECHOS. HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE SOLUCIONES RAZONABLES Y PROPORCIONALES.....	136

2.1.- Cuestión preliminar: ¿Dónde está el conflicto de derechos?	137
2.2.- El Test de Proporcionalidad	141
2.3.- ¿Cuáles son los derechos que podrían estar en conflicto?	144
III.- ASPECTOS A CONSIDERAR EN UNA SOLUCIÓN TUITIVA Y PROPORCIONAL	147
3.1.- La prueba plena del ADN en los procesos de filiación.....	147
3.2.- El Interés Superior del Niño como parámetro de la actuación judicial	151
3.3.- El interés superior del niño como cláusula general o como concreción a través de criterios normativos preestablecidos	152
3.4.- Entre el objeto de derecho y el sujeto de derecho.....	156
3.5.- La opinión del Niño, Niña y Adolescente en el ámbito judicial	157
3.6.- No es suficiente conocer la opinión si esta no es libre e informada.....	160
3.7.- El estado de familia	161
3.8.- La prolongación de la obligación alimenticia	163
CONCLUSIONES	167
BIBLIOGRAFÍA	172
SENTENCIAS ANALIZADAS	177
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS....	177
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....	177
SENTENCIAS DE CASACIÓN	180
SENTENCIAS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA.....	181
SENTENCIAS DE ARGENTINA.....	183
SENTENCIAS DE COLOMBIA.....	183
SENTENCIAS DE CHILE	184
SENTENCIAS DE ECUADOR.....	185
SENTENCIAS DE BRASIL.....	185

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil de 1984 ha cumplido más de 30 años de existencia y, a pesar de que su vigencia no tiene la antigüedad de otros cuerpos legales, hoy en día ya se han instaurado diversas comisiones reformadoras, siendo inevitable su pronta modificación. Es que el avance de la ciencia y la técnica conlleva cambios sociales importantes que acarrearán la necesidad de establecer reformas legislativas que regulen estas nuevas situaciones sociales.

Uno de los temas que ha generado un férreo debate en nuestra sociedad actual es el referido al cuestionamiento de la paternidad. Ello debido a que en las últimas décadas se viene alegando que el examen del ácido desoxirribonucleico (en adelante ADN) debe reinar en el ámbito de la filiación, por cuanto su certeza casi absoluta conlleva a que no se requiera de mayores presunciones o complicadas fórmulas que deriven en discordancias innecesarias entre lo jurídico y lo biológico. Por ello, tenemos una ley de filiación extramatrimonial en la que, ciertamente, es el resultado del examen del ADN el que determina si la demanda debe ser declarada fundada o infundada, restringiéndose el uso de otros medios de prueba e incluso se constriñe al demandado a que se practique el citado examen o en su rebeldía se declara fundada la demanda.

No obstante, después de varios años de utilizar el examen del ADN para resolver los procesos judiciales que han sido sometidos a mi competencia como juez de familia, considero que es la hora de replantear su supremacía y entender que el derecho no es una fórmula matemática en donde los avances de la ciencia deben ser aplicados de manera automática a todos los casos, por el contrario, el derecho, sobretodo el derecho de familia, obliga al juzgador a ejercitar su función tuitiva realizando distinciones en donde se vean comprometidos principios tan importantes como el del Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente.

Para alcanzar este objetivo, en el primer capítulo busco desarrollar la institución legal de la familia y los lazos que la componen, estableciendo cómo, tribunales nacionales y extranjeros, vienen resolviendo los conflictos suscitados entre estos lazos familiares, para posteriormente, analizar el derecho fundamental a tener una familia y el concepto de familia, tanto en el ámbito comparado como nacional ello con la finalidad de demostrar que dicho concepto se va ampliando a fin de no restringir su protección a los lazos que tradicionalmente formaban la institución legal de la familia (lazos biológicos y jurídicos).

En el segundo capítulo presento la realidad peruana, inicio con el estudio de la legislación sobre el cuestionamiento de la paternidad contenido en el Código Civil de 1984 y comparo este tratamiento legal con lo resuelto por la Corte Suprema desde el año 2010 hasta el año 2015, a fin de demostrar que muchas de estas normas legales han sido inaplicadas por la jurisprudencia. También analizo las sentencias de primera y segunda instancia producidas por los Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa desde el año 2010 hasta el año 2015, ello con el afán de que se evidencie que en estas sentencias no se ha considerado al interés superior del niño, niña y adolescente, por cuanto, es el resultado del examen del ADN el que ha determinado que se ampare o no el cuestionamiento de la paternidad.

En el tercer capítulo busco plantear una alternativa a la respuesta que se viene aplicando en la mayoría de los casos analizados, en donde la solución se basaba única y exclusivamente en los resultados del examen del ADN. Esta nueva alternativa resalta la

función tuitiva del juez de familia la misma que lo obliga a sobreponer el interés superior del niño, niña o adolescente a cualquier otro interés en conflicto. Sin embargo, esto no debe confundirse con una orientación paternalista en donde los niños, niñas y adolescentes son considerados como objetos de derecho carentes de capacidad alguna de opinar sobre su futuro, por el contrario, esta alternativa busca resaltar su calidad de sujetos de derecho y por ello, es indispensable escuchar su opinión antes de decidir un aspecto tan relevante como lo es el cuestionamiento de su paternidad. Además, el juzgador debe garantizar que esta opinión sea libre y debidamente informada, buscando asegurar, en la medida de lo posible, la protección al estado de familia con el que cuenta el niño, niña y adolescente y el cumplimiento de su necesidad alimentaria, sin descuidar los derechos fundamentales de las otras partes involucradas en el proceso.



CAPÍTULO I LA FAMILIA Y EL CONFLICTO ENTRE LOS VÍNCULOS FAMILIARES

I.- LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN

En la antigua Grecia existían dos vocablos referidos a la familia: *oikos*, cuyo significado era “casa” pero también se aplicaba extensivamente al “patrimonio” y *oiketat*, cuyo significado estaba vinculado a todas aquellas personas bajo las órdenes del señor de la casa (mujer, hijos y esclavos)¹.

Esta conformación de la familia griega se basa en la función que cumplía dicha institución, prueba de ello es lo dicho por ARISTÓTELES quien definía a la familia como una comunidad de personas formada naturalmente para satisfacer todas las necesidades de la vida diaria, por lo que los esclavos y el patrimonio también estaban incluidos en la familia, debido a que eran parte importante en la satisfacción de esas necesidades². En este sentido, la familia griega estaba conformada de acuerdo a la función que cumplía la misma.

En el derecho romano la familia comprendía, en su aspecto político, la agrupación de personas unidas bajo la autoridad de un jefe, llamado *pater familias*, constituida por éste, su mujer e hijos y sus descendientes y otras personas, así como los esclavos, plebeyos, libertos y clientes subordinados al mismo y cuyo fundamento primitivo es el hogar común y la religión, es decir, el vínculo del culto y la obligación de los sacrificios a sus dioses³, por lo que los romanos priorizaron los alcances de la autoridad del *pater familias* para definir la extensión de la familia.

En los poblados germanos, el término familia tenía alcances diferentes a los de la familia romana, por cuanto su fundamento estaba centrado en el parentesco y concebía al matrimonio como el único medio posible para dar inicio a las llamadas relaciones familiares. Dentro de la concepción germana, la casa estaba formada por el padre, la madre y los hijos, pero, además, se brindaba reconocimiento a la agrupación de casas provenientes de un tronco común⁴.

De lo dicho podemos afirmar que la familia germánica tiene dos extensiones, una amplia y otra restringida, pero en ambas, lo que define que estén dentro de la familia son los lazos de parentesco, por lo que los germanos prefirieron los vínculos sanguíneos para definir a su institución familiar.

En la época medieval no se observan mayores modificaciones respecto de la noción de familia, pero en la edad media se marca el inicio de la reducción de la familia a los parientes más próximos. Posteriormente, ni el Código Napoleónico ni los que le

¹ CORRAL TALCIANI, Hernán (2005). Derecho y derechos de la familia. Editorial Grijley. Perú, p. 23.

² Ibidem, p. 23.

³ PAVON, Cirilo (1946). Tratado de la familia en el derecho civil argentino. Tomo I. Editorial IDEAS. Argentina, p. 3.

⁴ CORRAL TALCIANI, Hernán (2005). Op. Cit., p. 24.

sucedieron incluyen un tratamiento orgánico de la institución familiar, siendo suficiente el desarrollo del matrimonio y la filiación⁵.

Es por esta razón que por siglos se sostuvo que la familia se sustentaba en el matrimonio. El concepto tradicional de familia se identificaba con el de la familia matrimonial⁶, por ello los códigos civiles tradicionales no necesitaban regular un concepto de familia porque bastaba con regular al matrimonio, tan es así que a los hijos que no estaban dentro de dicho matrimonio se los denominaba “ilegítimos” y en muchas legislaciones no tenían ningún tipo de derechos en comparación con los hijos matrimoniales llamados “legítimos”.

Otro aspecto que determinaba la conformación de la familia era el parentesco, por ello se consideraba a la familia como una colectividad de personas ligadas por vínculos de parentesco, que originaban que los miembros mayores de edad asuman el cuidado y la protección de los miembros menores de edad (hijos)⁷.

En consecuencia, podemos afirmar que:

*“Jurídicamente, la idea de familia puede ser concebida en diferentes sentidos. En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad... En sentido restringido la familia puede ser entendida como: a) El conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padres e hijos, generalmente solo los menores de edad o incapaces). Por extensión, se puede incluir en este concepto el caso de los concubinos y sus hijos menores o incapaces. Esta es la llamada **familia nuclear**, la cual puede restringirse aún más cuando los hijos conviven con uno solo de los padres; b) La familia extendida, integrada por la anterior y uno o más parientes; y c) la familia compuesta, que es la nuclear o la extendida más una o más personas que no tiene parentesco con el jefe de familia”⁸.*

Sin embargo, resulta claro que, en la actualidad, debemos analizar una serie de fenómenos que cuestionan y ponen en duda estos conceptos tradicionales. Ejemplo de ello es que, ante la necesidad laboral de trasladarse de una ciudad a otra, la familia amplia está perdiendo sus vínculos afectivos y por tanto también de protección, existiendo parientes que morirán sin conocerse. Por otro lado, hoy en día no solo estamos frente a familias nucleares en el sentido tradicional expuesto líneas arriba, sino que existe un constante incremento de familias monoparentales (comunidades dirigidas solo por uno de los progenitores y sus hijos, a consecuencia de diversos factores, principalmente del divorcio, separación, ausencia o muerte de alguno de los padres), lo que evidencia la restricción aún mayor del concepto de la denominada familia nuclear⁹. Otro factor que va más allá de los alcances del presente trabajo es la existencia de nuevos avances

⁵ Ibidem, p. 25.

⁶ VEGA MERE, Yuri (2003). Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Editorial Normas Legales. Perú, p. 52.

⁷ MENDIZABAL BERMUDEZ, Gabriela y ROSALES ZARCO, Héctor (2006). “La maternidad en el derecho de familia y de la Seguridad Social”. Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo II. Coordinadora: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María. Universidad Nacional Autónoma de México. México, p. 587

⁸ CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1998). Derecho familiar peruano. Tomo I. Novena Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, pp. 17-18.

⁹ MENDIZABAL BERMUDEZ, Gabriela y ROSALES ZARCO, Héctor (2006). Op. Cit., p. 587

científicos y tecnológicos, que han dado lugar al nacimiento de personas mediante técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, y en las que la familia descansa en lazos de afectivos y sociales, y no en lazos biológicos o genéticos.

Ante todos estos nuevos sucesos debemos recordar que la familia es un medio de realización de las personas, un ambiente de solidaridad, de afectos, uno de los varios escenarios de concreción de los concurrentes proyectos de vida que todos construimos a lo largo de los años, pero también es un ambiente de recogimiento, de experiencias domésticas que deliberadamente se esconde de la mirada de los demás¹⁰, y cuya intimidad debe ser, por regla, protegida por el Estado y la sociedad.

En virtud de lo expuesto, la familia ya no se define a partir de lazos de orden legal sino sobre todo de la afectividad de sus miembros y, para alcanzar esa comunión de afecto no resulta necesario para todos, contraer matrimonio o ser parientes genéticos¹¹.

Por todas estas razones creemos que hay concepciones que establecen que la familia se forma por vínculos que nacen de la relación conyugal o del parentesco biológico. Otras doctrinas prefieren acentuar la autoridad en la agrupación familiar¹² y una tercera corriente doctrinal se esfuerza por delimitar la noción de familia enfatizando los vínculos de afecto y solidaridad familiar¹³.

En virtud de lo expuesto, a fin de no entrar en una discusión interminable sobre los alcances de la institución familiar, podemos decir que sus principales características son: **1.- Pluralidad de personas:** siempre en una familia hay por lo menos dos individuos, siendo imposible concebir una familia con una sola persona que la conforme; **2.- Convivencia:** los miembros de la familia comparten sus vidas en el mismo hogar; **3.- Asistencia económica:** los integrantes del grupo familiar despliegan esfuerzos comunes para lograr su subsistencia y la superación económica del colectivo; **4.- Lazos de afecto:** existe entre todos ellos un afecto común que les induce a prestarse ayuda mutua y ofrecerse solidaridad; **6.- Autoridad:** el grupo es organizado en torno a diversas funciones de autoridad atribuidas a uno o más de sus integrantes¹⁴.

1.1.- Los vínculos familiares.

La familia como modelo de comunidad tiene que considerar tres rasgos esenciales: el primero está relacionado con los “supuestos biológicos” que no es otra cosa que definir a las personas que integran a la familia por aspectos puramente biológicos; el segundo rasgo esencial está relacionado con los “supuestos históricos o proyectivos” a través de los cuales se debe definir la continuidad de la comunidad, la solidaridad y cooperación entre sus miembros, como lo que ocurre con la filiación; finalmente, como tercer rasgo esencial tenemos los “supuestos teleológicos”, que buscan establecer los efectos que la comunidad debe producir (sean estos culturales o naturales) y en base a ellos se determinará los alcances del parentesco¹⁵.

¹⁰ VEGA MERE, Yuri. Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Op. Cit., p. 34.

¹¹ Ibidem, p. 58.

¹² CORRAL TALCIANI, Hernán. Op. Cit., p. 26.

¹³ Ibidem, p. 27.

¹⁴ Ibidem, p. 65.

¹⁵ MARTÍN LÓPEZ, Enrique (2000). FAMILIA Y SOCIEDAD. Una introducción a la sociología de la familia. Instituto de Ciencias para la familia. Universidad de Navarra. Ediciones Rialp. S.A. España, pp. 61-60.

DIAZ DE GUIJARRO nos dice que:

“La unión sexual, como fenómeno humano, determina vínculos genéticos y biológicos entre los componentes de la pareja respecto a sus hijos, originando un estado natural que existe con independencia del que resulta de los preceptos reguladores de estas situaciones. De acuerdo con el vínculo biológico, todas las relaciones sexuales son iguales, del mismo modo que la consanguinidad carece de diferenciaciones: Se es madre y padre, se es hijo, se es hermano, etcétera, porque se han producido los fenómenos biológicos correspondientes, por lo que se puede decir que la ley natural representa el elemento primario o espontáneo de la familia”¹⁶.

Lo que en buena cuenta significa que las relaciones sexuales y posterior procreación y nacimiento generan un estado natural que vincula a un determinado grupo de personas, siendo este independiente a la regulación legal que se le busque dar, por lo que el elemento primario que determina la existencia de una familia natural es el vínculo genético y biológico.

Por otro lado, para explicar los supuestos históricos o proyectivos, debemos recurrir al concepto de filiación, la cual puede ser concebida como una relación jurídica que expresa la descendencia existente entre dos individuos, por lo que, jurídicamente, uno de ellos es considerado el padre o la madre del otro¹⁷.

En términos del profesor SUAREZ FRANCO, podríamos decir que:

“La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga con la otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones”¹⁸.

En atención a los sucesos que producen la filiación, históricamente, se la podía distinguir entre: legítima, natural y adoptiva. La filiación legítima tenía como presupuesto la procreación efectuada cuando los padres se encontraban ligados por el vínculo matrimonial, por ello, hoy en día se denomina a esta filiación como filiación matrimonial. En la filiación natural el único presupuesto era la procreación, sin importar la existencia o no del matrimonio entre los padres, por lo que hoy en día es denominada filiación extramatrimonial. Los presupuestos de la filiación legítima y natural no tienen ninguna trascendencia en la filiación adoptiva, por cuanto este tipo de filiación se produce por iniciativa de quien o quienes no pueden procrear, sin importar si han contraído o no

¹⁶ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique (1953). Tratado de Derecho de Familia. Tomo I. Tipografía Editora Argentina. Argentina, pp. 18-19.

¹⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1946). Derecho de familia. Editorial Nascimento. Chile, p. 349.

¹⁸ SUAREZ FRANCO, Roberto (2001). Derecho de familia. Tercera edición. Tomo II. Editorial Temis S.A., Colombia, p. 4.

matrimonio; iniciativa que el legislador ampara a fin de brindar una familia a quien no la tiene¹⁹.

Como podemos apreciar, el antecedente genético deriva de un evento natural en el cual las estimaciones sociales no tienen mayor injerencia; sin embargo, las relaciones jurídicas se sostienen, precisamente, en esas estimaciones sociales; es por ello que la norma legal puede o no tener en consideración al antecedente genético como parte de la llamada filiación.

En síntesis, el concepto de identidad *filiatoria* no refleja necesariamente la concordancia entre el detalle puramente genético determinado por la procreación y la atribución de derechos y obligaciones a las partes provenientes de dicha procreación, va mucho más allá. Es por ello que hay quienes consideran que tener el derecho a enterarse de la verdad biológica o genética es disímil a la pretensión de crear una vinculación jurídica basada en esa verdad biológica o genética²⁰.

Así por ejemplo, el Estado busca que el acontecimiento que generó la filiación tenga dos condiciones elementales para el desarrollo futuro de las relaciones jurídicas: *la certeza y la estabilidad*. En este sentido, estando a que, antes del examen del ADN, era muy complejo alcanzar una evidencia plena sobre la determinación de la paternidad, el legislador optó por buscar presunciones en base a escenarios sencillos y factibles de comprobar. He ahí una de las razones por las cuales la celebración matrimonial logra trascendencia a la hora de determinar la filiación, porque al ser un evento apreciable socialmente y al estar envuelto en una serie de formalidades, la notoriedad que alcanza es la razón principal de la presunción que los hijos nacidos de la esposa son también hijos del marido, porque han sido concebidos dentro de este matrimonio ("*pater is est quod justae nupcia demostrant*")²¹.

Esto no quiere decir que fuera del matrimonio no haya procreación y, por ende, no podamos hablar de filiación, sino que la filiación extramatrimonial tiene un nivel mucho mayor de incertidumbre porque es de comprobación compleja y, por ello, mucho más predispuesta al error y a la existencia de severas injusticias; por lo que la ley ha buscado respaldar y resguardar a la procreación efectuada dentro de la vinculación matrimonial²².

En otras palabras, cuando no se puede disponer con certeza la paternidad del hijo, la ley nos brinda su apoyo para eliminar esta incertidumbre, instaurando una presunción de filiación matrimonial que no siempre puede coincidir con la vinculación biológica²³. Es así que, en la vinculación filial matrimonial, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que el padre será el marido de la madre sin importar si esta filiación concuerda o no con la verdad biológica, todo ello en base a dos supuestos: 1. Los esposos tienen el deber fidelidad entre ellos y estando a que la fidelidad consiste en practicar relaciones sexuales con otras personas, es evidente que el marido es el único

¹⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Op. Cit., p. 349.

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez. Colombia (2010), p. 92.

²¹ FERNANDEZ CLERIGO, Luis (1947). El derecho de la familia en la legislación comparada. Unión tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, pp. 179-180.

²² Ibidem, pp. 179-180.

²³ CICU, Antonio (1930). La filiación. Traducido por GIMÉNEZ ARNAU, Faustino y SANTACRUZ TEIJEIRO, José. Revista de Derecho Privado. España, pp. 37-38.

capaz de procrear al hijo nacido dentro del matrimonio y, 2. La posibilidad fisiológica del esposo para procrear²⁴.

Otro ejemplo en el que se busca eliminar la incertidumbre filial se presenta cuando la ley determina que la viuda no contraiga nuevo matrimonio antes de transcurrir un categórico intervalo de tiempo contado desde la disolución del matrimonio anterior. La razón de esto es excluir la incertidumbre de que el hijo nacido durante el segundo matrimonio pueda haber sido concebido en el primer matrimonio, no importando la certeza en cuanto a la vinculación biológica, por cuanto lo importante es definir la vinculación filial para así poder imponer los derechos y obligaciones correspondientes²⁵.

Por otro lado, en cuanto a los supuestos teleológicos, FERNANDEZ CLERIGO nos dice que:

“...el hecho físico de la procreación origina el hecho jurídico de la filiación, y ésta, a su vez, produce un conjunto de relaciones que reciben el nombre de parentesco, de las cuales se derivan múltiples y complejos derechos y obligaciones de atención y cuidado, respeto y obediencia, asistencia mutua y beneficios sucesorios”²⁶.

Encontramos, pues, un conglomerado de relaciones entre la persona nacida y cada uno de los miembros de la familia, relaciones de contenido y nombres diversos, pero de origen común, ya que se producen por el solo hecho de la procreación dentro del matrimonio, y existen solo en cuanto existe la relación de filiación matrimonial²⁷.

Sin embargo, como ya se ha referido, el derecho reconoce también un estado de filiación fuera del matrimonio (hijos extramatrimoniales), y hasta fuera del hecho de la procreación (la adopción). Ello resulta posible, precisamente, porque el estado de filiación enlaza una miscelánea de derechos y obligaciones establecidos para la obtención de los propósitos familiares, propósitos que son posibles de alcanzar incluso ante la falta de matrimonio entre padre-madre o la procreación²⁸.

De lo dicho anteriormente podemos resaltar que el suceso de la procreación adquiere relevancia jurídica, únicamente, cuando la ley lo contempla como el supuesto fáctico para atribuirle consecuencias jurídicas. Es la ley la que hace surgir estas relaciones jurídicas entre procreantes y procreados²⁹. Sin embargo, como ya se ha mencionado anteriormente, no siempre el antecedente biológico concuerda con la vinculación jurídica³⁰.

Ahora bien, según DIAZ DE GUIJARRO, puede existir concordancia pura cuando la vinculación biológica coincide con la vinculación jurídica³¹, es decir, cuando el hijo biológico está unido legalmente a su progenitor a través de la filiación.

²⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía (1994), Derecho de familia y sucesiones, Harla S.A., México, p. 182.

²⁵ CICU, Antonio. Op. Cit., p. 64.

²⁶ FERNANDEZ CLERIGO, Luis. Op. Cit., pp. 179-180.

²⁷ CICU, Antonio. Op. Cit., p. 18.

²⁸ Ibidem, p. 18.

²⁹ Ibidem, p. 16.

³⁰ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Op. Cit., p. 20.

³¹ Ibidem, p. 21.

Situación distinta se presenta cuando la vinculación biológica no corresponde a la vinculación jurídica, como lo que sucede cuando hablamos de la adopción, en donde no hay ningún tipo de vinculación biológica entre padres e hijos, sin embargo, el vínculo jurídico de la filiación está presente y no puede ser cuestionado³², debido a la libertad del padre/madre para, voluntariamente, asumir una paternidad/maternidad.

En este sentido, podemos decir que, en una primera etapa, se pensaba que la finalidad de la adopción estaba relacionada con solucionar el problema que generaba el deseo natural de ser padres o madres en aquellas personas que biológicamente no podían procrear; sin embargo, este deseo no es la única razón ni la más importante para configurar la figura jurídica de la adopción. En efecto, la adopción no sólo busca satisfacer la paternidad o maternidad, sino que además busca brindar una familia a los miles de niños y niñas que por diversas razones están abandonados o desamparados. Es por ello que la adopción se torna en una institución de finalidad eminentemente social, porque busca colaborar con la labor social y tuitiva que debe brindar el Estado a la niñez desamparada o abandonada³³, brindando a los adoptados y adoptantes una familia, en este sentido, la adopción cumple un rol tuitivo de los niños/as y adolescentes en situación de abandono, relegando a un segundo plano la satisfacción de las necesidades paternas o maternas.

Continuando con DIAZ DE GUIJARRO, nos refiere que se presenta otra situación cuando la vinculación biológica se distancia de la vinculación jurídica, e incluso, la primera no es tomada en cuenta por la segunda: **1.** Porque existe desidia de parte de todos los componentes involucrados (supuesto padre, padre biológico, madre e hijo), porque voluntariamente deciden no iniciar las acciones judiciales correspondientes, por ejemplo, cuando no existe el reconocimiento de filiación o cuando existe un reconocimiento contrario a la verdad biológica pero nadie lo cuestiona, entre otros. **2.** Porque a pesar de existir una demanda que busque reconocer la vinculación biológica o impugnarla; no obstante, los medios probatorios obrantes en el expediente no son suficientes para alcanzar ninguno de éstos objetivos, por ejemplo, cuando la acción de filiación extramatrimonial es declarada infundada por falta de certeza, aunque hoy en día resulta más escaso este supuesto por cuanto se cuenta con el examen del ADN; y, **3.** Porque el ordenamiento jurídico prohíbe la búsqueda de la verdad biológica sin que se cumplan determinados requisitos previos, por ejemplo, cuando se prohibía investigar la paternidad de mujer casada sin que el esposo haya negado su paternidad³⁴ (aunque esta última situación ha sido modificada legislativamente en nuestro país por ser discriminatoria).

Cuando hablamos de discordancia impura nos referimos a la coincidencia entre la vinculación biológica y la jurídica, pero esta coincidencia ha sido creada contraviniendo el marco legal, por lo cual se puede solicitar la invalidez de esta vinculación aunque por un tiempo determinado, como por ejemplo, cuando el padre biológico reconoce al hijo tenido con mujer casada sin que el marido haya negado su paternidad³⁵.

³² Ibidem, p. 22.

³³ AGUILAR LLANOS, Benjamin (2008). La familia en el Código Civil Peruano. EDILEGSA E.I.R.L., Perú, p. 253.

³⁴ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Op. Cit., p. 22.

³⁵ Ibidem, p. 23.

Cabe finalmente referir que, como se ha podido apreciar, los lazos familiares tienen componentes biológicos y jurídicos. No obstante, el Derecho reconoce que ambos vínculos no siempre serán concordantes y, por el contrario, se presentan muchas situaciones en las cuales existirá discordancia, lo que no significa que esta discordancia esté sancionada con nulidad, sino que el Derecho puede permitir esta discordancia para brindar seguridad y certeza, debido a que estas son las condiciones que requiere un niño, niña y adolescente en su formación integral.

Se trata de discordancias que se encuentran legitimadas en virtud de la protección de los derechos implicados, sobretudo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que, por las razones que fuera, carecen de reconocimiento por parte de sus progenitores y a los que el derecho les proporciona los mecanismos para lograr dicho reconocimiento y garantizar su identidad, entre otros derechos fundamentales.

Los problemas sin embargo se presentan cuando se producen conflictos de derechos entre progenitores e hijos/as, generados a partir de estas discordancias y de la falta de voluntades comunes por mantener o generar el vínculo jurídico familiar.

1.2.- Conflictos entre los vínculos familiares.

La verdad biológica determina los vínculos entre los llamados generantes y generados mientras que la filiación jurídica determina la vinculación entre quién será considerado como padre y aquél que es considerado hijo, con las consecuencias legales que ello determina³⁶; no obstante, la filiación jurídica puede ser cuestionada por la discordancia con la verdad biológica.

Hemos visto que en algunos sistemas jurídicos el hijo que nace dentro del matrimonio tiene como padre al esposo de la madre. Esta presunción se basa en el deber de cohabitación que existe entre los cónyuges, por lo que así no exista ningún medio probatorio que acredite que ambos cónyuges han mantenido relaciones sexuales durante el periodo de la concepción, por el deber de cohabitación que existe entre ellos, se presume este contacto carnal; a ello se debe agregar que existe un deber de fidelidad por el que se deduce que la esposa no puede quedar embarazada de ningún otro hombre que no sea su marido.

La presunción "*pater is est quod justae nuptiae demonstrant*" otorga credibilidad a la paternidad matrimonial. Empero, por justificada que sea dicha presunción legal, no deja de ser una presunción que puede ser rebatida con la realidad, ello a fin de defender el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución. Hay quienes refieren que sería injusto que, en aquellos casos en que el marido puede acreditar la falsedad de esas presunciones, el derecho no se lo permitiera y continuara considerándolo como padre del hijo tenido por su esposa. De aquí que la presunción de paternidad es solo *juris tantum* (susceptible de derrumbarse con medios probatorios adecuados) y no *juris et de jure*. Sin embargo, dado que esa posibilidad de destruir la presunción de paternidad promueve la inseguridad respecto de la filiación del hijo y se convierte en un ataque a la estabilidad familiar, el derecho establece, por regla general, varias limitaciones al cuestionamiento de la paternidad (como puede ser un plazo muy corto de caducidad)³⁷.

³⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamín (2008), Op. Cit., p. 240.

³⁷ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., p. 34.

Doctrinariamente se dice que se puede impugnar la paternidad contenida en la presunción “*pater is est quod justae nuptiae demonstrant*”, siendo necesario destruir esta presunción con medios probatorios adecuados. En cambio, hay simple desconocimiento de paternidad, cuando el hijo no está amparado por dicha presunción. En este caso, la situación del que impugna es mucho más ventajosa, porque no hay nada que probar, sino que su conducta debe limitarse a desconocer la paternidad que el hijo se atribuye³⁸.

En base a ello podemos decir que la negación o desconocimiento de la paternidad se produce cuando se cuestiona la aplicación de la presunción “*pater is est quod justae nuptiae demonstrant*”, por cuanto ésta no alcanza al hijo nacido dentro del matrimonio, por lo que basta con que el marido cumpla con manifestar que dicha presunción no alcanza al hijo de su esposa y son éstos últimos los que deben demostrar lo contrario. Por lo general, esta acción se funda en que el niño ha nacido antes del plazo de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y por ende, no podría ser considerado como un hijo matrimonial a pesar de haber nacido dentro del matrimonio³⁹.

En cambio, la acción de impugnación de paternidad ocurre cuando a pesar de existir la presunción “*pater is est quod justae nuptiae demonstrant*”, el marido considera que el hijo no es suyo y por ende, impugna la paternidad contenida en dicha presunción, es decir, en esta acción no se cuestiona la aplicación de la presunción, sino más bien, se cuestiona la propia presunción, porque el marido alega que el hijo no es suyo⁴⁰.

Por otro lado, en la generalidad de casos, los hijos matrimoniales tienen identificada a su progenitora y en el caso del progenitor, se aplica la presunción de paternidad, con lo cual ellos tendrán una vinculación legal, aunque ésta no coincida con la verdad biológica; sin embargo, en el caso de hijo extra matrimonial el nacimiento del niño no determina que haya ningún tipo de presunción a su favor.

En este sentido, en el caso de la filiación extramatrimonial, establecer la relación paterno filial implica un acto libre y voluntario de reconocimiento de esta condición respecto de su hijo. En caso de no ser así, en aras de proteger el derecho del hijo/a, es necesaria una demanda de filiación para que judicialmente se declare la relación paterno - filial, es por ello que en estos casos se ha tornado en trascendental la prueba del ADN –y por ende la determinación de la identidad genética- para la determinación de la paternidad⁴¹.

En virtud de lo expuesto, sólo se puede acreditar la filiación extramatrimonial con la sentencia judicial que declara la paternidad o con el libre reconocimiento realizado por el padre⁴². Por lo que, la acción de impugnación de ese reconocimiento, contrariamente a la de reclamación de paternidad, presupone la existencia de un título válido. La acción de impugnación ataca ese título a fin de privarle sus efectos, demostrando que el hijo no tiene el estado que del título se desprende, o, si la entabla el propio hijo, funciona como

³⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Op. Cit., p. 354.

³⁹ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., p. 42.

⁴⁰ Ibidem, p. 42.

⁴¹ Tal y como puede observarse en lo regulado por la Ley N° 28457 “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”.

⁴² AGUILAR LLANOS, Benjamin (2008). Op. Cit., p. 264.

medio preparatorio de una acción de reclamación de una filiación distinta, en cuyo caso no es necesario que se ejercite como acción independiente⁴³.

Para un sector de la doctrina, la invalidez del reconocimiento de hijos extramatrimoniales se puede producir por dos vías: la revocación y la impugnación. La primera, aunque algunos la involucran dentro de la segunda, se diferencia de ésta en su carácter unilateral: consiste en una declaración por la que quien practicó el reconocimiento busca dejarlo sin efecto, argumentando que la relación paterno-filial materia de ese acto es falsa o, simplemente, lo hace sin expresar la razón en que se funda su cambio de voluntad. Por regla general, el Derecho no admite la revocación y consagra, por el contrario, la irrevocabilidad del reconocimiento. En cuanto a la impugnación, puede estar sustentada en la afectación a la verdad biológica (argumentos de fondo), o, en la afectación de los requisitos esenciales del acto jurídico (agente, objeto, forma); siendo necesario que se acredite la pretensión⁴⁴.

En este sentido, la incondicionalidad e irrevocabilidad del reconocimiento de los hijos extramatrimoniales no impide, sin embargo, que el reconocimiento pueda ser *impugnado*, si está afectado de determinados vicios como: 1. Error; 2. Violencia; 3. Interdicción, entre otros⁴⁵.

1.3.- ¿Cómo vienen resolviendo los tribunales el conflicto entre los vínculos familiares?

Debido a la imposibilidad de poder realizar un análisis profundo y detallado de la situación en cada uno de los países (por no formar parte del objeto de estudio), lo que se presenta a continuación es una selección de sentencias emitidas por tribunales de países cercanos, territorial y legislativamente, al nuestro, las mismas que están vinculadas a la materia abordada en la presente tesis.

1.3.1.- A favor de los vínculos biológicos.

En los casos identificados en el derecho comparado se ha buscado proteger la verdad biológica de los hijos/as, en supuestos como los que se presentan a continuación.

a) En Argentina

Aquí se identificó una sentencia de la Segunda Sala de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, en la cual se analizó el plazo de caducidad en pretensiones de impugnación de paternidad y la afectación del derecho a la verdad biológica, y en la que se declaró lo siguiente:

“el derecho a conocer la verdad biológica es un componente del derecho a la identidad personal, va unido al derecho a establecer vínculos jurídicos de filiación entre quienes están unidos por vínculos biológicos, y al derecho a probar el verdadero estado de familia (aspecto dinámico del derecho a la identidad); y en el caso de autos, no caben dudas que la norma que impide

⁴³ CICU, Antonio. Op. Cit., p. 94.

⁴⁴ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Op. Cit., p. 151.

⁴⁵ BARBERO, Doménico (1967). Sistema del Derecho Privado. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América. Argentina, pp. 128-130.

*impugnar la paternidad extramatrimonial de quien se encuentra emplazado actualmente como padre del niño, a raíz de que reconoció al hijo como suyo, de cara a una realidad biológica que revela precisamente lo contrario, implica una restricción irrazonable que lesiona esos derechos fundamentales... En mérito de los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario RESOLVIÓ: 1) Declarar inconstitucional el segundo párrafo del art. 263 del Código Civil, en cuanto establece que la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial respecto a los demás interesados caduca si transcurren dos años de haber conocido el acto de reconocimiento, atento a las consideraciones expuestas ut supra; 2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, revocar la resolución nro. 549 de fecha 28/05/08 acogiendo la demanda de impugnación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial... declarar, por tanto, que el menor L. N. B. y C., no es hijo del señor A. B.*⁴⁶

Como se puede apreciar, este fallo es representativo de otros en los cuales la justicia argentina ha relacionado el derecho a conocer la realidad biológica como parte del derecho a la identidad y, por ende, también ha reconocido su carácter fundamental. En este sentido, declara inconstitucional el segundo párrafo del artículo 263 del Código Civil argentino y valorando las conclusiones del examen del ADN establece que el niño L.N.B y C. no es hijo biológico del demandante.

Esta sentencia es importante porque muestra la aparente contradicción que ha dado origen a nuestro trabajo de investigación, debido a que se defiende el derecho a la verdad biológica de manera absoluta (al menos en algunas sentencias como ésta) no aplicando normas de orden público como las que fijan los plazos de caducidad. Ahora bien, debemos dejar en claro que esta no es la posición de toda la jurisprudencia argentina, sino que existen sentencias disidentes, como lo demostraremos posteriormente.

En todo caso, analizar esta preferencia por la verdad biológica en la justicia argentina, necesariamente debe llevarnos a analizar que en la realidad argentina existe un gran número de casos de niños/as de padres/madres desaparecidos durante la época de la dictadura que fueron secuestrados, alejados de sus familias y adoptados -muchas veces por los propios defensores de la dictadura- por lo que resulta absolutamente comprensible que se opte por una regla general en la que se haya priorizado la búsqueda de la verdad biológica por sobre la identidad familiar construida a partir de los lazos afectivos y la convivencia familiar.

b) En Chile

Si bien la Constitución chilena no reconoce, expresamente, el llamado derecho a la identidad; esta ausencia no ha constituido ningún impedimento para que los jueces chilenos busquen brindar protección al mencionado derecho; debido a que lo vinculan con

⁴⁶ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA – I DE ARGENTINA (Dr. Jorge D. PASCUARELLI, Dra. Cecilia PAMPHILE y Dra. Mónica MORALEJO - Secretaria). B., A. c/ G. V. C. s/ Impugnación Paternidad Extramatrimonial”. Exp. N°. 172/09. 23 de agosto del 2012.

la dignidad humana, la cual sí está reconocida y protegida en tratados internacionales suscritos por Chile⁴⁷.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Chile ha vinculado la identidad de los niños, niñas y adolescentes con el derecho de conocer a que éstos conozcan a sus padres biológicos, señalando lo siguiente:

“El derecho a la identidad personal comprende –en un sentido amplio– la posibilidad de que todo ser humano sea uno mismo y no otro y, en un sentido restringido, el derecho de la persona a ser inscrita inmediatamente después de su nacimiento, a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Desde este punto de vista existe una estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana –piedra angular de todo el edificio de los derechos fundamentales– pues ésta sólo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar a ser reconocida como tal dentro de la sociedad”⁴⁸.

Todo esto ha servido para que, tanto el legislador como los jueces, prefieran por regla general a la verdad biológica frente a otros derechos, incluyendo la estabilidad familiar, tal y como lo señala la Cuarta Sala Suprema Chilena en el Rol N° 17034-2013 que establece que:

“el actual estatuto normativo de las acciones de filiación se sustenta en dos pilares fundamentales: 1) el de la libre investigación de la paternidad o maternidad, que busca, conforme se desprende de lo previsto en el artículo 195 del Código Civil, obtener la prevalencia de la verdad real o biológica por sobre la verdad formal de una relación de filiación, es decir, comprende el derecho del individuo a conocer su origen biológico y 2) – con el fin de garantizar el referido derecho- el acceso de toda persona a una investigación judicial en la que se contempla la más amplia admisibilidad probatoria (...) 1) La acción de impugnación de paternidad goza de una especial naturaleza, por condecir con el orden público relativo al estado civil de las personas que, en el entendido del primero de los artículos de la Constitución Política del Estado, es un atributo esencial de la personalidad. 2) Forman parte de esa gracia el derecho a la identidad, al nombre, a la paternidad, a la familia. De ello dejan constancia los artículos 8.1. y 7.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, el primero de los cuales compromete a los Estados Partes a respetar el derecho del menor a preservar su identidad “incluidos... el nombre y las relaciones familiares”, en tanto el segundo les reconoce el “derecho desde que nace a un nombre... y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres”. De ahí que esta judicatura no pueda desentenderse del mandato del artículo 4 de la misma convención, que grava a los Estados

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Presidente Subrogante señor Juan Colombo Campbell, y por los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander). Rol N° 1340-9 de 21 de septiembre de 2009.

⁴⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes). Rol N° 834-07 de 13 de mayo de 2008.

*Partes con el deber de adoptar “todas las medidas”, cualquiera sea su índole, “para dar efectividad a los derechos reconocidos...” en ellos, lineamiento que concuerda con el de su artículo 3.1 en cuanto “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen... los tribunales, ... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”. 3) **Consecuentemente, desde un punto de vista no sólo humanitario sino propiamente jurídico, no cabe otra cosa que asumir que para un menor como el de autos es un bien superior y, por lo tanto, de su máximo interés, el de la identidad real de su progenitor.** Este verdadero axioma del derecho de familia es el que ilumina esta discrepancia. 4) De acuerdo con el inciso segundo del artículo 195 del Código Civil, el derecho a reclamar la filiación es irrenunciable, predicamento que se extiende, analógicamente, al derecho a impugnar la paternidad cuando quien lo impetra es un niño, aunque representado por su madre” (el subrayado es nuestro)⁴⁹.*

Notemos que en parte de la jurisprudencia chilena se vincula la identidad con el derecho a la verdad biológica, concluyendo que se trata de un derecho fundamental que debe ser protegido a pesar de que no conste de manera expresa ni en la Convención Americana ni en la propia Constitución Chilena.

c) En Ecuador

El 29 de abril del 2015 la Corte Constitucional de Ecuador emitió una sentencia que a la letra dice:

“Es así que, precisamente, en aras de los derechos constitucionales de las partes involucradas en la presente causa y especialmente del interés superior del menor y de su derecho a la identidad, se debe propugnar que la paternidad asignada tenga un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas y no solo en una presunción legal que proviene únicamente de un estatus formal o legal. Ante la duda o certeza de que la paternidad formal y la biológica no coinciden, la misma puede ser impugnada tanto por el padre o como por la hija o hijo para garantizar que se demuestre y determine la real relación filial. Solo así se garantizará el pleno ejercicio de los derechos constitucionales y se brindará al reconociente y al reconocido estabilidad y certidumbre en sus relaciones de familia. Es cierto que la intención de los juicios de paternidad es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes y garantizar que tengan un padre que cumpla con sus responsabilidades. No obstante, aquello no significa que cuando existe una falsa filiación esta no pueda ser desvirtuada y menos aún que sea válido considerar, de forma automática, que el niño, niña o adolescente no se ve lesionado en sus derechos constitucionales por el simple hecho de que ya tiene fijado un padre –como ha sostenido la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia en el presente caso–. Al contrario, es precisamente sobre la base del interés superior del niño que debe tener la certeza respecto de su procedencia, pues solo a partir de ello es posible

⁴⁹ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA (Ministros: Ricardo Blanco H., Carlos Aránguiz Z., Carlos Cerda F., y Abogados Integranes: Luis Bates H., y Ricardo Peralta V.). Rol N° 1340-9 de 21 de septiembre de 2009. Rol 17034-2013 de 26 de agosto del 2014.

determinar su identidad y obligar a su progenitor a asumir las responsabilidades que conlleva la paternidad. Por tanto, no es posible considerar que el hecho de que el niño, niña o adolescente cuente con el reconocimiento por parte de una persona que supuestamente es su padre es suficiente para proteger sus derechos constitucionales o que en su defecto, pese a una aparente no filiación, se considere que el interés superior del menor de edad consiste únicamente en tener un padre, cualquiera que este fuera, con lo cual, para evitar la pérdida de una supuesta paternidad se deba perpetuar una filiación falsa, la cual podría acarrear peores consecuencias que la incertidumbre de no conocer al padre biológico. Aquello no garantiza sus derechos constitucionales ni el principio del interés superior, pues como bien establece la ley, no cualquiera debe asumir la responsabilidad, obligaciones y derechos que conlleva la paternidad, ya que esta le corresponde únicamente al padre. En tal sentido, en el caso sub júdice, de determinarse la no filiación entre padre e hijo, esta no puede ser considerada necesariamente como una afectación a los derechos constitucionales del menor o un atentado al interés superior del niño; al contrario, aquello defiende su derecho a una identidad personal basada en el conocimiento de sus orígenes, identidad genética y la posibilidad de obtener un emplazamiento filial concordante con su realidad biológica; lo cual refuerza precisamente la protección por parte del Estado de los derechos constitucionales del niño y la búsqueda del interés superior del menor. Además, el principio del interés superior del menor no implica únicamente garantizarle un sustento económico o mantener una filiación formal aunque sea falsa; al contrario, este principio implica que **deberá determinarse el mejor interés del menor y en consecuencia, hacer prevalecer sus derechos sobre el de otros, de modo que para garantizarlo debe tomarse en cuenta las implicaciones que una decisión tendrá en su conjunto y determinar qué es lo que más le conviene para garantizar un resguardo efectivo de sus derechos.** En este caso, no es posible mirar únicamente su derecho a un sustento económico, sino también su derecho a la identidad, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, por lo que no es posible establecer que en afán de mantener un sustento económico deba sacrificarse el derecho a la identidad y el principio de la verdad biológica, pues aquello implicaría el mantenimiento de una falsa paternidad que puede acarrear graves consecuencias, tanto para el padre como para el menor en cuestión⁵⁰ (La negrita es nuestra).

En esta sentencia el Tribunal afirma que es importante considerar que debe buscarse lo más conveniente para el menor y sus derechos deben prevalecer frente al derecho de los demás, en otras palabras, el tribunal resalta que deben prevalecer los vínculos biológicos porque el saber su verdad biológica constituye lo más conveniente para los niños/as, debido a que se estaría defendiendo en buena cuenta su derecho a la identidad.

⁵⁰ PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (Jueces: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire). CASO N° 0561-12-EP, SENTENCIA N° 131-15-SEP-CC de 29 de abril del 2015.

d) En Colombia

En Colombia también se han emitido sentencias que privilegian la investigación de la verdad biológica frente a la estabilidad de los lazos familiares hasta entonces forjados. No, obstante, lo curioso de estas sentencias es que no sólo se basan en el derecho del menor, sino que además, y sobre todo, dan prioridad al derecho de los padres, tal y como se expone a continuación.

“7.3. Tomando como fundamento lo anterior, es posible afirmar que, cuando un juez decide negar la prosperidad de las pretensiones de una demanda de impugnación de la paternidad instaurada por una persona que tiene certeza a través de una prueba de ADN de que no es el padre biológico, con fundamento en una interpretación restringida de una norma, incurre:

(i) En un defecto sustantivo, ya que dicha interpretación es claramente perjudicial y desproporcionada para los intereses legítimos, tanto del presunto padre como del supuesto hijo, puesto que los obliga a tener como hijo(a) y como padre/madre a quien no lo es, limitando de forma innecesaria sus derechos fundamentales.

(ii) En una violación directa de la constitución, toda vez: (a) le “confiere una eficacia inferior a la óptima a los derechos a la libertad para decidir el número de hijos, a la personalidad jurídica, a la filiación y acceder a la administración de justicia del tutelante, pues decidió aplicar la ley en un sentido constitucionalmente inaceptable para casos como este, a pesar de que había otros sentidos que sí eran admisibles y no sacrificaban los derechos protegidos con la interpretación sostenida por ellos”; (b) desconoce el artículo 228 de la Constitución Política que consagra como principio de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental”⁵¹.

Como podemos apreciar de esta sentencia, en lo que respecta al cuestionamiento de paternidad se establece que acreditada la filiación con el examen del ADN ya no se puede poner ningún obstáculo a la impugnación de paternidad, debido a que ello conllevaría la afectación a los intereses tanto del padre como del hijo; además de restringir otros derechos fundamentales. De esta manera, aun cuando no se hace mención al derecho a la identidad, sí se le otorga un carácter fundamental a la verdad biológica.

1.3.2.- A favor de los vínculos jurídicos o familiares ya generados.

A diferencia de lo expuesto líneas arriba, en los mismos países citados y en otros, se han presentado casos, en los que, por el contrario, la justicia se ha pronunciado en favor de la preminencia de los vínculos jurídicos o familiares ya generados.

a) En Argentina

En el Código Civil argentino, también se ha considerado que el hijo que ha nacido dentro de la vigencia del vínculo matrimonial tendrá como progenitor al esposo de la madre; sin embargo, se establece que éste podrá cuestionar la aplicación de dicha presunción; no

⁵¹ SALA QUINTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio). Sentencia T-071/12 de 15 de febrero del 2015, fundamento 7.3.

obstante, limita dicho cuestionamiento a un plazo de tan solo doce meses, que inician desde la inscripción en el registro del nacimiento. Si el esposo acredita que no tenía conocimiento del nacimiento, el plazo recién se computa desde que toma conocimiento del parto.

Estos plazos buscan brindar mayor seguridad jurídica a la filiación; sin embargo, actualmente están siendo objetados por la reforma constitucional de 1994, en la cual se fusionaron tratados internacionales que reconocen el derecho de los niños/as a saber sobre su procedencia biológica. Por ello, usualmente se cuestionaba judicialmente la constitucionalidad de los artículos del Código Civil. Sin embargo, también existen casos en los que se ha optado por limitar este derecho a conocer la procedencia biológica, prueba de ello lo tenemos en el FALLO: 16332/10, en el que se establece que:

“... II.- El tratamiento del recurso: la cuestión central a resolver es si la precisión del art. 259 del Código Civil, en cuanto deniega legitimación activa al presunto padre biológico cuando éste pretende impugnar una paternidad matrimonial, resulta o no inconstitucional.- ... Entonces, bajo la premisa de dañar en la menor medida posible a la niña, valorando los elementos de la causa vemos que Nicole cuenta en la actualidad con cuatro años de edad; que tiene un emplazamiento de hija matrimonial; que con las escasas constancias reunidas hasta ahora, no existe prueba alguna que acredite que su madre y el padre reconociente no convivan, siendo este último quien por efecto del art. 243 del C.C. tiene a su favor la presunción que de él emana y la posesión de estado de tal calidad; que tampoco existen indicios que la menor tenga contacto con quien dice ser su padre biológico, ni que Peralta respecto de ella no se comporte debidamente, todo lo cual indica como principio determinante para la toma de decisión en este estadio, que la niña no puede desplazarse de su estado de familia legítima y de su entorno, porque no podría comprender las razones de la medida y ello afectaría su madurez.-

De igual modo, a partir de los 14 años cuando haya adquirido el discernimiento necesario para realizar actos lícitos, contando con autorización judicial (art. 285 C.C.) y un curador ad litem, podrá Nicole si así lo quiere, ejercer en todo tiempo su derecho para completar su verdad de origen y para ello, sus padres en actuación responsable conforme se vayan dando las circunstancias de la vida, la informarán de la existencia de esta causa⁵²”

Como vemos, en este fallo se está limitando el derecho a la verdad biológica, por cuanto se dice que si el padre biológico no tiene ningún contacto con la menor y que ésta ya se encuentra insertada en un hogar, por cuanto su madre y su padre formal viven juntos, es evidente que la niña no puede ver como se destruye su estado de familia y su entorno para satisfacer el derecho a la paternidad, sin perjuicio de ello, se establece que cuando la menor cumpla los catorce años, ella podrá decidir si desea conocer su verdad biológica.

⁵² SALA 1 DE LA EXCMA. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA (Eduardo D. FERNÁNDEZ MENDIA y Dra. Elena Victoria FRESCO). FALLO: 16332/10: SORIA, Gastón Nicolás c/PEREZ EBERTS, Yesica Romina y PERALTA, Carlos Alberto s/Impugnación de paternidad y Filiación de 02 de septiembre del 2012.

Esta sentencia es muy importante porque rescata un aspecto que nos hemos olvidado en todos los procesos de impugnación o negación de paternidad, el cual es la opinión del menor de edad, ya que es contradictorio que digamos que debemos buscar la verdad biológica del menor o que debemos preferir la estabilidad familiar del menor porque eso es lo que más le favorece, sin embargo, en ningún momento le preguntamos al niño/a y adolescente su opinión sobre su verdad biológica, aspecto que debemos tener en consideración al momento de resolver un caso como el planteado.

b) En Chile

Hemos visto que en parte de la jurisprudencia chilena se ha preferido la verdad biológica frente a los vínculos jurídicos. No obstante, esta jurisprudencia no es unánime, ya que existe jurisprudencia que opta por una postura distinta, tal y como lo demostramos a continuación.

“16°. Por otro lado, ampliar el concepto de interés a que se refiere el inciso final del artículo 216 del Código Civil, a uno de carácter moral, no se aviene con la evolución que ha tenido el derecho de familia en época reciente, tanto dentro de nuestro ordenamiento, como en la legislación comparada, en virtud del cual se asume que existen distintos modos de hacer familia y no un único modelo que emular. Desde esta perspectiva, la decisión de un individuo que decide reconocer a un hijo como suyo, sin serlo biológicamente, sólo le atañe a él y a su relación con la madre y/o el niño (a) en cuestión, pues es parte de la definición de su propio plan de vida familiar, sin que sea aceptable la intervención de un tercero que no es el padre biológico por una razón distinta a la del menoscabo que dicho reconocimiento le puede producir en su patrimonio. 17°. La verdad biológica no es la única fuente reconocida por la Ley 19.585 para la determinación de la filiación, desde que el estatuto filiativo que nos rige, en diversas ocasiones, opta por una solución distinta, como cuando esa realidad biológica colisiona con la posesión notoria, en que se prefiere prima facie a esta última (artículo 201 del Código Civil), o en el caso de la filiación que tiene su origen en las técnicas de reproducción asistida, en que se prohíben las acciones de reclamación e impugnación (artículo 182 del Código Civil), e incluso al admitir la institución de la repudiación, que procede independiente de que el "repudiado" por el hijo o hija, sea o no su padre o madre biológico/a. 18°. Dar cabida a un interés moral en esta materia tampoco resguarda el derecho a la identidad de la niña, desde que es un derecho fundamental que no sólo se refiere al conocimiento de los orígenes de una persona, sino que también posee un aspecto dinámico, que significa que éstas van construyendo su identidad con las experiencias de vida, la familia en que se han criado, el lugar donde han crecido, la educación recibida, entre muchos otros aspectos, de manera que puede sostenerse que una niña de 9 años, ciertamente, ya ha ido forjando algunos rasgos de su identidad, y entre ellos, está el ser hija de una persona determinada. 19°. Por otra parte, privarla de su filiación afecta indiscutiblemente su interés superior, por lo que significa desde el punto de vista de los deberes y derechos que surgen a su amparo, como son, el nombre, derecho de alimentos, derecho al

*cuidado personal, entre otros, además del daño que puede producirle en su estabilidad emocional*⁵³.

Cabe tener en consideración que, si bien en este caso se prioriza el derecho de la niña a mantener los lazos familiares hasta entonces forjados, ello responde a su situación y realidad concreta, aspecto que es el que debe ser siempre tenido en cuenta al momento de decidir sobre la filiación en situaciones de conflicto de derechos.

c) En España

En el Recurso de Casación 1946/2013 el Tribunal Supremo español nos dice que:

“1. La Ley 11/1981, de 13 de mayo (RCL 1981, 1151) impuso un novedoso régimen para la filiación. El legislador pretendió equilibrar los delicados intereses en conflicto y proteger la certeza de la filiación matrimonial. El matrimonio no se prima respecto a los efectos de la filiación, pero su existencia o no sí influye a la hora de discriminar los títulos de su determinación así como para articular el sistema de acciones. Como dice la exposición de motivos del proyecto de Ley "haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación". Otro factor en que incide la reforma en cuanto al régimen de las acciones es el de la existencia o no de la posesión de estado. Con esos pilares aborda la diferenciación de plazos y legitimación activa para facilitar la adecuación de la filiación legal a la social, esto es, la que se vive por la posesión de estado, y poner trabas o límites a la impugnación de la filiación matrimonial. Sobre todo ello es ilustrador lo que afirma la exposición de motivos del proyecto de Ley: "Al regular la determinación del vínculo jurídico de filiación, la presente ley refleja la influencia de dos criterios encontrados. De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco". (...) 4. El Tribunal Supremo, sin embargo, a partir de los años 90 se inclinó mayoritariamente por reconocer la "legitimación" del progenitor, contrariando la dicción literal del precepto, apoyándose en una antinomia entre el artículo 133.1 y el artículo 134, que resuelve acudiendo a una interpretación lógica y sistemática (...) 5. Sentada esta doctrina por el Tribunal Supremo se dicta la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Pleno, 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005, 273) declarando que la privación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial faltando la posesión de estado es incompatible con el mandato de investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836)) y con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la constitución Española) (...) 7. La jurisprudencia del

⁵³ CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE (Ministros: señor Sergio Muñoz G., señoras María Eugenia Sandoval g., Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y señor Carlos Cerda F.). Rol 37792-2015. Sentencia del 24 de agosto del 2016. Fundamentos del 16 al 19.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. Se cita a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico. (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 -M.B. Contra Reino Unido-, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 – Nylund contra Finlandia-, la SEEDH de 8 de octubre de 2002- Yousef contra Países Bajos-), decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió tener presente cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto, sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, <con inclusión, en su caso de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de los límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1.CE)>. Al no haberse llevado a cabo por el legislador tal exigencia la situación actual en España es de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado” (la negrita es nuestra).

Esta sentencia es muy importante, porque nos relata un proceso similar al que estamos viviendo en nuestro país. En principio, existe una legislación que establece que el progenitor que no ha tenido posesión de estado no puede reclamar la paternidad del hijo, en otras palabras, si el padre biológico no ha vivido con su hijo, no puede reclamar la paternidad del mismo, ello por cuanto se busca dar estabilidad a las relaciones familiares ya entabladas por el menor. Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional modifican este texto legal y consideran que no se puede establecer límites a la búsqueda de la verdad biológica, por lo que dejan abierta la posibilidad de este reclamo sin sujeción a plazo alguno, e incluso, la posesión de estado ya no sería un requisito necesario en la impugnación la paternidad del hijo biológico. No obstante, esta libertad absoluta ya está siendo cuestionada, por cuanto resulta arbitrario que el padre biológico sin posesión de estado pueda cuestionar cuando él quiera la paternidad de su hijo, por ello, se utiliza una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que, entre otros aspectos, se reconoce la prioridad de la seguridad afectiva del niño/a incorporado a una familia frente al derecho del progenitor a ser considerado legalmente padre.

Nuevamente, consideramos que se trata de situaciones en las cuales se debe analizar la primacía de una postura u otra en función de cada caso concreto, y siempre considerando el interés superior del niño/a y adolescente.

d) El caso Brasileño

Según RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, la paternidad está ligada a la función que desempeña una persona con relación a otra u otras sin importar el vínculo jurídico o biológico, por ejemplo, será padre aquella persona que protege a la madre durante el embarazo para garantizar la sobrevivencia del niño, será padre quien reconoce al niño y le brinda los cuidados necesarios, será padre quien cría al niño. Por lo tanto, la calidad

de padre debe definirse por la función que desempeña y puede recaer en una serie de personas sin limitaciones biológicas o jurídicas⁵⁴.

A raíz de lo dicho anteriormente, es que podemos afirmar que en la doctrina brasilera se viene consolidando la idea de que la dignidad humana habilita la investigación del origen biológico de un niño; sin embargo, ello no significa que se deba destruir el vínculo socioafetivo entablado con quien se comporta como padre, porque el rol de padre no siempre coincide con quien transmite rasgos biológicos al hijo, sino que depende de aquél que ocupa un lugar en la vida socioafectiva del niño.

De esta manera el Tribunal de Justicia del Rio Grande do Sul – Brasil ha señalado que:

“Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de dna. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (arts. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica”⁵⁵.

Que en traducción libre significa que:

"La acción de investigación de paternidad. Presencia de relación socioafectiva. Determinar el padre biológico a través del examen de ADN. Mantenimiento del registro de la declaración de la paternidad biológica. Posibilidad. Teoría tridimensional. Incluso con el padre registral, el niño tiene el derecho constitucional a buscar su filiación biológica (CF, § 6 del art. 227), por el principio de la dignidad humana. La condición jurídica de la relación de parentesco entre padre e hijo establece un conjunto de derechos y deberes considerados recíprocamente. Está constituida como una consecuencia de la ley (arts. 1593, 1596 y 1597 del Código Civil y 227 de la Constitución Federal), o por la posesión de estado del hijo provocada por la convivencia familiar. Ni la paternidad socioafectiva ni la paternidad biológica pueden sobreponerse la una a la otra. Ambas paternidades son iguales y no habiendo prevalencia de ninguno porque ambas son parte de la condición humana tridimensional, que es genética, emocional y ontológica. Recurso previsto.

⁵⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2003). DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA. 2. Ed. Rev. Atual. Ampl. Del Rey. Brasil, p. 117.

⁵⁵ OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DEL BRASIL (Des. Claudir Fidelis Faccenda). N° 70029363918 de 07 de mayo del 2009.

Y es que la filiación socioafectiva es una construcción no siempre coincidente con el origen biológico por cuanto se deriva de una convivencia afectiva liberada de los vínculos sanguíneos originarios, en otras palabras, la realidad socioafectiva es el conjunto de las especies denominadas verdad biológica y paternidad no biológica, por cuanto los vínculos socioafectivos pueden coincidir o no con el origen biológico. Hacer que la filiación jurídica esté acorde con la verdad biológica es, en muchos casos, negar el desarrollo cultural y social de una persona, por cuanto el origen biológico no es suficiente para fundamentar la filiación, especialmente, cuando ya existe una convivencia con vínculos socioafectivos fuertes, en este sentido, los resultados positivos o negativos de una prueba del ADN no son suficientes para rechazar o amparar una filiación⁵⁶.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de Minas Gerais – Brasil ha señalado que:

“Ação negatória de paternidade. Exame de dna. Perícia excludente da paternidade. Direito de família. Evolução. Hermenêutica. Demonstração da existência de vínculo sócio-afetivo. Improcedência do pedido. Em princípio, quando o lastro genético não subsiste, segundo a perícia, exame de DNA, a declaração da não paternidade é medida que se impõe, visando proteger até mesmo direito do próprio menor. Entretanto, se comprovada a existência da paternidade sócio-afetiva, como no caso dos autos, a improcedência do pedido formulado na ação negatória de paternidade é medida que se impõe”⁵⁷.

Que en traducción libre significa que:

"Acción negatoria de paternidad. Prueba de ADN. Pericia excluyente de la paternidad. El derecho de familia. Evolución. Hermenéutica. Demostración de vínculo socio-afectivo. Improcedencia de la solicitud. En principio, cuando el vínculo genético no subsiste, de acuerdo a la pericia, prueba de ADN, la declaración de no paternidad es una medida necesaria, para proteger los derechos del propio niño. Sin embargo, si se demuestra la existencia de una paternidad socio-afectiva, como en el presente caso, la desestimación del pedido de negación de paternidad debe imponerse".

Otro aspecto importante de la jurisprudencia brasilera, está dado por la posesión de estado, la cual señala una situación de hecho por la que un niño o niña gozan de los cuidados de hijo o hija por alguien que legal o biológicamente puede o no ser el padre o madre, es decir, la posesión de estado no requiere que exista una filiación jurídica o un origen biológico, sino más bien, requiere que haya cuidado y protección por parte de una o más personas en favor de un niño o niña.

Según la doctrina, para que se hable de posesión de estado deben concurrir tres elementos: (i) El Tractus (los padres tratan a la persona como si fuera un verdadero hijo y éste los reconoce como sus verdaderos padres); (ii) nomen (la persona se identifica con el nombre de sus supuestos padres) y (iii) fama (hay una situación de convencimiento general porque la persona es distinguida como miembro de la familia). En suma, estos componentes revelan que el estado de filiación muestra la existencia de una convivencia

⁵⁶ LÔBO, Paulo (2011). Direito civil. Familias. Cuarta Edición. Brasil. Editora Saraiva, pp. 29-30.

⁵⁷ 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS DE BRASIL (DES. GERALDO AUGUSTO). Nº 1.0701.06.166161-0/001 de 04 de marzo del 2008.

familiar en donde se cumplen los deberes más elementales de un padre hacia su hijo, como son: cuidado, protección, educación, alimentación, entre otros⁵⁸.

La posesión de estado nos muestra un comportamiento cotidiano que de forma sólida y duradera es capaz de estrechar los lazos afectivos entre padres e hijos (haya o no correspondencia con la realidad biológica), permitiendo una relación socioafectiva que verdaderamente puede ser considerada como una filiación digna de protección jurídica.

En este sentido, como lo refiere LÔBO, "*una posesión de filiación consolidada en el tiempo no puede ser contradicha por una investigación de paternidad fundada en la prueba genética*"⁵⁹, porque al haberse consolidado los vínculos afectivos entre padre e hijo/a, es evidente que a este último no le interesaría investigar una verdad biológica.

La falta de vinculación biológica no es razón suficiente para cuestionar la relación padre e hijo que se mantuvo durante un largo tiempo y que basada en la buena fe y el afecto entre sus miembros ya ha generado una posesión de estado de filiación que merece ser reconocida por el derecho, corroborando ello tenemos la siguiente resolución judicial:

"Ação de anulação de registro civil. Ausência de vínculo biológico. Relação socioafetiva demonstrada. Vícios não comprovados. Validade do ato. Improcedência do pedido. 1. Registro de nascimento feito por quem sabia não ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada. 2. Uma vez procedido o registro civil de forma livre, consciente e de boa-fé, por pessoa capaz e com discernimento do ato que praticara, inexistente o alegado vício de consentimento. 3. A mera ausência de vínculo biológico entre o falecido e a adotada não importa, necessariamente, no imediato acolhimento do pedido de anulação do registro civil, haja vista que a paternidade e a filiação podem se assentar em critérios socioafetivos, por não decorrerem de um fato meramente natural. 4. Restando comprovado que o falecido reconheceu a paternidade da menor, de forma voluntária e espontânea, além dos depoimentos colhidos em juízo demonstrarem que a infante encontrava-se inserida no seio familiar do de cujus, não deve prevalecer os vícios alegados, tornando-se insubsistente a declaração da nulidade do ato registral"⁶⁰.

Que en traducción libre significa que:

"Acción de anulación del registro civil. Ausencia de Vínculo biológico. Demostración de la Relación socio-afectiva. Vicios no probados. La validez de la Ley. Improcedencia de la solicitud. 1. El registro del nacimiento hecho por aquellos que sabían que no eran el verdadero padre es un tipo de adopción simulada. 2. Una vez que procedió el registro civil de manera libre, consciente y de buena fe y por persona capaz y con discernimiento del acto que había hecho, no existe el supuesto vicio del consentimiento. 3. La mera ausencia de un vínculo biológico entre el fallecido y la adoptada no importa necesariamente la inmediata cancelación del registro civil, dado que la paternidad y la filiación pueden fundarse en criterios

⁵⁸ LÔBO, Paulo (2011). Op. Cit., p. 237.

⁵⁹ Ibidem, pp. 237-238.

⁶⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS DE BRASIL (Des. Humberto Adjuto Ulhôa). N° 1999.06.1.003958-5 del 08 de mayo del 2009.

socio-afectivas, por no requerir un acto puramente natural. 4. Habiéndose demostrado que el fallecido reconoció la paternidad del menor, de forma voluntaria y espontánea, y con las declaraciones recogidas en el proceso de que el menor se encontraba colocado en la familia del causante, no deben prevalecer los presuntos vicios alegados, convirtiéndose en ineficaz la declaración de nulidad del acto registral".

De todo lo dicho tenemos que la socioafectividad es un factor indispensable en las uniones familiares, por lo que este factor, junto a los factores jurídicos y biológicos, constituyen una nueva manera de determinar la vinculación filial⁶¹.

La filiación socioafectiva no requiere un presupuesto natural como es la procreación, sino que necesita una serie de hechos prolongados a través del tiempo que buscan definir una identidad que va más allá de lo biológico. En otras palabras, podemos afirmar que la filiación socioafectiva es una excepción a la regla de la filiación biológica debido a que no se requiere contar con certeza sobre el aspecto genético cuando tenemos la certeza de que entre padre e hijo hay sentimientos de afecto, cariño, comprensión, entre otros⁶².

En este sentido, junto con MADALENO, podemos concluir que:

"independientemente de la codificación civil no trate la filiación socioafectiva, en el caso del Brasil, la jurisprudencia la ha reconocido y le viene concediendo prestigio a la prevalencia de la denominada posesión de estado de hijo, lo que representa en esencia el substrato fáctico de la única y verdadera filiación, sostenida el amor y el deseo para ser un padre o una madre, en definitiva, para establecer espontáneamente los lazos de la relación filial"⁶³.

f) El caso de Ecuador

En Resolución N° 05-2014 del Suplemento del Registro Oficial N° 346 del 02 de octubre del 2014 la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador estableció que:

"d) El examen de ADN es una prueba científica y concluyente que permite establecer la filiación o parentesco, por tanto es pertinente e idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, no así en los juicios de impugnación de reconocimiento propuestos por el reconociente, que prosperan cuando éste demuestra que el acto jurídico propio de reconocimiento como tal es nulo desde que en su otorgamiento no han concurrido los requisitos indispensables de validez, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. Y, con fundamento en las opiniones vertidas, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mantiene el criterio

⁶¹ SEREJO, Lourival (2005). "O parentesco socioafectivo como causa de inelegibilidade", en: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson, p. 547.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves y ROSENVALD, Nelson (2010). Direito das Famílias, 2. ed. rev. ampl. e atual, Editora Lumen Juris, Brasil, p. 590.

⁶³ MADALENO, Rolf (2009). Curso de direito de família, 3. ed. rev., atual. e ampl., Brasil, p. 366.

de que la titularidad de la acción de impugnación de reconocimiento le corresponde al hijo o hija, y/o a cualquier persona que demuestre actual interés en ello, sin que entre estas personas pueda considerarse incluido al reconociente, aun cuando se demuestre con prueba de ADN la inexistencia de vínculo consanguíneo entre el reconociente y el reconocido o reconocida. Queda para el reconociente la facultad de impugnar el acto del reconocimiento en sí mismo, acción que prosperará en tanto se logre demostrar vicios en otorgamiento. Que en conclusión, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia atribuye al reconocimiento voluntario de hijos e hijas el carácter de irrevocable”⁶⁴.

Es interesante esta sentencia, pues sustenta que a pesar de que exista un examen de ADN quien ha realizado el reconocimiento no puede impugnar la paternidad del menor, por cuanto, de hacerlo, este menor se quedaría sin padre, ya que no habría quién lo reclame como hijo suyo.

Por estas razones, en parte de la jurisprudencia de Ecuador se ha optado por legitimar a todos los interesados en la impugnación de paternidad, que en realidad serían el hijo y el padre biológico. Sin embargo, quien no está legitimado es quien realizó el reconocimiento, salvo que, con prueba distinta al ADN, demuestre que su voluntad fue viciada por lo que no bastaría alegar el engaño de la esposa y buscar demostrar la no filiación con el examen del ADN, sino que se deberá acreditar dicho engaño.

II.- LA FAMILIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Estando a que desde mucho tiempo atrás se considera a la familia como un instrumento básico de nuestra sociedad y del propio Estado, su protección como institución jurídica ha venido siendo reconocida dentro y fuera de nuestro país.

Sin embargo, el creciente reconocimiento de la dignidad humana como base de todos los derechos fundamentales del hombre, nos obliga a analizar si el derecho a tener una familia es un derecho fundamental y con ello se debe distinguir –sin que por ello necesariamente se contradiga– de la protección de la familia como institución civil tradicional. Si bien ambas figuras son complementarias, pues buscan proteger a la persona humana, tienen un significado y alcance diferente, cuya distinción trataré de desarrollar en las líneas siguientes.

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) establece que:

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, **su familia**, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.*

⁶⁴ Publicada en: < <https://estudiojuridicoecuador.wordpress.com/2015/04/09/reconocimiento-voluntario-impugnacion-d-epaternidad-y-otras-concepciones-del-derecho-de-familia/>> (Consultada por última vez el 26 de septiembre del 2018)

Asimismo, el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece que:

*“Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y **familiar**”.*

Por su parte, el artículo 17.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966) establece que:

*“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, **su familia**, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.*

Estas tres normas internacionales revelan la importancia que se le ha querido brindar a la familia o a la vida familiar; sin embargo, cabe plantearse la pregunta siguiente: ¿es ello suficiente para que hablemos de la existencia de un derecho fundamental a tener una familia?

En la sentencia T-572/09 emitida por la Corte Constitucional de Colombia en el año 2009, se nos dice que:

“(…) El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia”⁶⁵.

Como podemos desprender de este texto, para la Corte Constitucional de Colombia, las normas internacionales, referidas anteriormente, forman parte de la protección a la familia de injerencias arbitrarias o ilegales, no haciéndose referencia expresa al derecho a tener una familia. Nótese sin embargo que en la parte final del párrafo se hace mención a que estas normas tienen mayor relevancia cuando un menor es alejado de su familia, en otras palabras, estas normas internacionales también buscan defender la unidad familiar de los menores de edad.

Siguiendo con esta importante Corte Constitucional tenemos que en la Sentencia T-044/14 emitida en el año 2014, se dijo que:

“la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reivindicado la exigencia de respeto y garantía de la unidad familiar, especialmente cuando están de por medio derechos de niños y niñas, de modo que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y

⁶⁵ SALA OCTAVA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Humberto Antonio Sierra Porto). Sentencia T-572/09 del 26 de agosto del 2009.

*sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho*⁶⁶.

Es importante esta sentencia porque con la misma se consolida la tesis de que hay que garantizar la unidad familiar y por ello ninguna familia puede ser separada (desvertebrada), lo que nos hace concluir que implícitamente se está reconociendo que existe el derecho a tener una familia.

Finalizando este breve recorrido por la jurisprudencia colombiana tenemos que en la Sentencia T-506/16 emitida en el año 2016 se estableció que:

“Esta Corporación ha considerado que el derecho a tener una familia y no ser separado de ella es uno de los criterios orientadores para determinar el bienestar del niño, niña y adolescente, pues la familia se constituye como el espacio natural de su desarrollo y, es a su vez, la que óptimamente, en principio, puede garantizar las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativa de aquellos.

El artículo 44º de la Constitución Política, consagra que son derechos fundamentales de los niños tener una familia y no ser separados de ella, la vida, la integridad física, la salud, el cuidado y el amor. Si se obstaculiza la constitución del núcleo familiar, no solamente, resultaría comprometido este derecho, sino también, el derecho a forjar su propia identidad (Art. 14º C.P.), el ejercicio de la libertad para escoger entre variados modelos de vida (Art. 16º C.P.) y la dignidad de la persona (Art. 1 C.P.)”⁶⁷.

Con la sentencia anterior decíamos que implícitamente se reconocía el derecho a tener una familia porque se había consolidado la tesis de que las normas internacionales mencionadas garantizaban el derecho a la unidad familiar. Sin embargo, en esta sentencia se hace referencia expresa al derecho a disfrutar de una familia y a no ser retirado de ella, mejor aún, se establece que este derecho no solo busca el bienestar del niño, niña y adolescente, sino que además, conlleva el respeto a su identidad y a la dignidad; en otras palabras, existe el derecho fundamental a disfrutar de una familia el cual tiene como sustento la dignidad de la persona humana, asimismo, busca garantizar la identidad familiar basada en la libertad de escoger entre varios modelos de vida.

Hasta este momento tenemos que es indudable el reconocimiento al derecho fundamental a tener una familia, pero todo este razonamiento ha partido de la protección especial que se les brinda a los niños/as y adolescentes, lo que podría llevarnos a la errónea concepción de que este derecho estaría reservado a los niños/as y adolescentes; sin embargo, en la misma sentencia citada anteriormente, la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia y nos dice que:

“En cuanto a la titularidad del derecho a la familia, esta Corporación ha estimado que dicho derecho pretende proteger, esencialmente, a los niños.

⁶⁶ SALA NOVENA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente Sr. Luis Ernesto Vargas Silva). Sentencia T-044/14 del 31 de enero del 2014.

⁶⁷ SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia T-506/16 del 16 de septiembre del 2016.

No obstante, como consecuencia de su sentido de “doble vía” y en ciertas circunstancias, abarca a los adolescentes y hasta los adultos”⁶⁸.

Con ello queda despejada cualquier tipo de duda con respecto a la titularidad del derecho a tener una familia el mismo que constituye un derecho fundamental y por ello se aplica a todas las personas y no solo a los niños/as y adolescentes.

En un sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del caso *Marckx contra Bélgica* (13/6/1979. Serie A n° 31), sostiene que el artículo 8 del Convenio para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales comprende un aspecto negativo (que el Estado, a través de acciones arbitrarias, está prohibido de invadir la vida familiar) y un aspecto positivo (que el Estado no puede ignorar la existencia de lazos familiares a efectos de la concesión de ciertos derechos y debe organizar el sistema jurídico de modo tal que se asegure su vigencia)⁶⁹.

Con todo lo antes dicho, es evidente que, a pesar de que en el derecho internacional y comparado (en los países analizados) no hay un texto normativo que reconozca de manera expresa el derecho fundamental a disfrutar de una familia, no obstante, su existencia no puede ser negada.

Cabe asimismo mencionar que, como la mayoría de los derechos fundamentales, el derecho a disfrutar de una familia no tiene un contenido totalmente definido, sino que se viene construyendo a través de las distintas sentencias judiciales y de los pronunciamientos de los organismos internacionales. No obstante, podemos decir que existe un aspecto negativo o fundamental de este derecho, el cual lleva a la prohibición para el Estado (y considero que también alcanza a los particulares) de interferir arbitrariamente en el derecho fundamental de toda persona a tener una familia y, de esta manera, en su vida familiar o unidad familiar. Asimismo, existe un aspecto positivo o prestacional, por el cual el Estado debe fomentar la primacía de la persona y de su unidad familiar, para lo cual está obligado a reconocer los nuevos lazos familiares, aspecto que se va a ver reflejado en el concepto constitucional que se está desarrollando en los distintos Tribunales o Cortes Constitucionales, tal y como veremos más adelante.

Otro aspecto que debemos resaltar es que al reconocerse el derecho fundamental a disfrutar de una familia no se hace alusión únicamente al concepto tradicional de familia, basada en el matrimonio, sino que comprende el concepto amplio de familia, hoy reconocido tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional. Sólo a modo de ejemplo, cabe tener en consideración que en los textos internacionales referidos anteriormente, se comienza con frases como “*toda persona*” o “*a nadie*”, lo que demostraría que el Derecho a disfrutar de una vida familiar no se restringe a una vida familiar surgida dentro del matrimonio, sino que se extiende a todos aquellos vínculos existentes entre familias matrimoniales o de facto⁷⁰. En tal sentido, por su carácter fundamental, el concepto de familia no puede ser aplicado de manera limitada⁷¹.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. Op. Ci., pp. 37-38.

⁷⁰ Ibidem, p. 44.

⁷¹ Sobre este punto pueden existir corrientes distintas a la señalada; sin embargo, no resulta determinante para el logro de los objetivos de la investigación el descartar a estas corrientes, por cuanto, para efectos del presente trabajo, sólo es necesario señalar la idea de que el concepto tradicional de familia matrimonial no puede restringir la protección que brinda el derecho fundamental a tener una familia.

En el ámbito nacional, debemos tener en consideración que la Constitución de 1933 fue la primera en establecer, de manera expresa, la tutela de la familia como institución; por ello, en su artículo 51 determinaba que *“El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”*. Por su parte, la Constitución de 1979 en su artículo 5 establecía que *“El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación...”*. Finalmente, el artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 afirma que:

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

Como puede apreciarse, el constituyente peruano ha reconocido a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad peruana. Es por ello que estipula la obligación del Estado y de la comunidad de brindarle protección.

El hecho de que nuestra actual Constitución refiera que reconoce a la familia como una institución natural y fundamental de la sociedad llevó a que el Tribunal Constitucional, en un primer momento, no reconociera expresamente a la familia como un derecho fundamental de las personas, sino tan solo como un instituto jurídico constitucionalmente garantizado, lo que significaba que la familia como institución debía tener una protección especial, pero sin llegar a reconocerse la trascendencia y naturaleza de un derecho fundamental⁷².

Posteriormente, es el propio Tribunal Constitucional quien refiere expresamente que los niños y niñas tienen el derecho a desarrollarse dentro de un entorno de amor y de seguridad, por lo que el Estado está obligado a brindar cuidados, asistencia y protección a los niños y niñas para que alcancen un nivel de vida propicio para completar su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social, logrando una vida digna⁷³.

Por ello, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho del niño a disfrutar de una familia como un derecho de carácter fundamental y que, si bien no está consignado de manera expresa, no obstante, su reconocimiento como derecho fundamental se debe a la estrecha relación que mantiene con otros derechos como el derecho – principio de la dignidad de la persona humana, derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho a la integridad personal, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho al bienestar, entre otros. Asimismo, el Tribunal Constitucional, relaciona el derecho a disfrutar de una familia con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual a la letra dice: *“el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”* además, menciona el artículo 9.1, que dispone *“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*, concluyendo que estos dispositivos

⁷² SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA y GARCÍA TOMA). EXP. N.º 2868-2004-AA/TC del 24 de noviembre del 2004. Fundamento 13.

⁷³ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Eto Cruz, Vergara Gotelli y Urviola Hani). EXP. N.º 04227-2010-PHC/TC del 06 de septiembre del 2011, fundamentos 7 y 8.

internacionales son la base del reconocimiento de derecho fundamental y que, incluso, el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes lo reconoce de manera expresa al señalar que “*el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia*” por lo que la convivencia entre padres e hijos forma parte del derecho del niño a disfrutar de una familia y a no ser alejado de ella, salvo causas debidamente justificadas⁷⁴.

En efecto, el Tribunal rectifica su posición inicial basado en la necesidad natural que tienen las niñas y los niños de disfrutar de una familia para culminar el proceso de formación de su personalidad, debido a que el amor y la seguridad son el ambiente propicio para que crezca y se desarrolle la personalidad que los acompañará por el resto de sus vidas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“...siempre que sea posible deberán crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material. De este modo, en virtud de este derecho, la familia y, en su defecto, el Estado, la sociedad y la comunidad, asumen la obligación de cuidar, asistir y protegerlo para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social. De ahí que la unidad y estabilidad familiar sean indispensables para el desarrollo integral del niño y la niña”⁷⁵.

Complementando lo dicho, el Tribunal Constitucional ha concluido que toda persona tiene derecho a la integridad psíquica, la cual cobra mayor relevancia cuando se trata de niñas y niños, por cuanto éstos tienen una creciente necesidad de: *i)* Gozar de una sensación duradera de seguridad, y *ii)* Disfrutar de estabilidad emocional, la cual no puede ser restringida por sujetos o elementos foráneos a la relación familiar. Esto se debe a que cuando la familia brinda amor, cariño, empatía y aceptación, lo que en realidad se le está brindando a los niños y niñas es el estímulo necesario para remarcar sus manifestaciones emocionales, además de completar el proceso de formación de su personalidad; por lo que su retiro injustificado y arbitrario del seno familiar, trae como resultado la vulneración de su integridad psíquica⁷⁶.

Queda claro que, a pesar de que no hay un reconocimiento expreso al derecho fundamental a disfrutar de una familia, sin embargo, resulta innegable la protección

⁷⁴ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz) EXP. N.º 1817-2009-HC/TC del 07 de octubre del 2009, fundamentos 14-15. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani) EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC del 06 de diciembre del 2010, fundamentos 5 y 6. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Urviola Hani, Vergara Gotelli y Calle Hayen) EXP. N.º 01905-2012-PHC/TC del 17 de octubre del 2012, fundamento 4.

⁷⁵ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz) EXP. N.º 1817-2009-HC/TC del 07 de octubre del 2009, fundamentos del 18 al 20. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani) EXP. N.º 02892-2010-PHC/TC del 06 de diciembre del 2010, fundamento 7. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz). EXP. N.º 00325 2012-PHC/TC del 29 de octubre del 2013, fundamento 8.

⁷⁶ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz). EXP. N.º 00325 2012-PHC/TC del 29 de octubre del 2013, fundamento 9.

constitucional que se está brindando a sus distintas manifestaciones, y que nuestro Tribunal lo relaciona con principios - derechos como la dignidad, libre desarrollo, identidad, integridad personal.

Finalmente, hay que tener en consideración que nuestra Constitución hace referencia a que la familia es un *instituto natural*, lo que –desde una interpretación literal restrictiva- podría llevarnos a la conclusión errada de que este derecho fundamental sólo protege los lazos biológicos o naturales. No obstante, ello no es correcto, debido a que cuando el Tribunal Constitucional se refiere a instituto natural, lo hace en referencia a que la familia nace espontáneamente con el desarrollo de la sociedad, por ende, no puede ser distante a los nuevos contextos y transformaciones sociales, como por ejemplo, la admisión del divorcio como institución que pone fin al vínculo matrimonial, además de la inclusión social y laboral de las mujeres, entre otros aspectos culturales que han originado un cambio constante de la familia, la misma que ha tenido que adaptarse a estas transformaciones⁷⁷.

En este sentido y desde los principios y pautas de interpretación constitucional y de los derechos fundamentales el término “natural” no está referido al ámbito biológico, sino más bien, a los lazos familiares que se forman de manera espontánea en un contexto social determinado. Es por ello que resulta importante conocer el concepto que tribunales o cortes constitucionales están desarrollando sobre la familia.

2.1.- El concepto de familia

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación No. 19 (1990) sobre la familia, manifestó que:

“El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. (...) Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

Como se puede apreciar, es evidente que no existe un concepto uniforme de familia, por lo que el Comité reconoce que este concepto de familia puede variar de Estado a Estado, e, incluso, en un mismo Estado pueden existir diversos conceptos de familia, por lo que debe reconocerse a estos tipos de familia y brindarles una protección adecuada.

Asimismo, en el CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE (2012) la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que:

⁷⁷ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz. EXP. N.º 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre del 2007, fundamento 7.

“141. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia señaló que se desconoció “el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”. Por su parte, el Juzgado de Menores de Villarrica, en la decisión de tuición provisoria, indicó que “el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia”. **142. La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma.** Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. 143. En ello es coherente la jurisprudencia internacional. En el caso *Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, el Tribunal Europeo consideró que la decisión de un tribunal nacional de retirar a un padre homosexual la custodia de su hija menor de edad, con el argumento que la niña debería vivir en una familia portuguesa tradicional, carecía de relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada (retiro de la custodia) y el fin perseguido (protección del interés superior de la menor de edad) (...). 145. En el presente caso, este Tribunal constata que el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”, refleja una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia (la “familia tradicional”). 4.5. Conclusión 146. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal concluye que si bien la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas M., V. y R., no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad (supra párr. 121, 131 y 139) y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión (supra párr. 118, 119, 125, 130, 140 y 145), por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala. Por tanto, la Corte declara que el Estado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”⁷⁸. (las negritas son nuestras)

Para el máximo intérprete de la Convención Americana se tiene que ésta no protege un concepto tradicional de familia, por lo que la misma no puede reducirse únicamente a la familia matrimonial; en este sentido, hacer referencia a una familia tradicional para retirar

⁷⁸ CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jueces: Diego García-Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet). CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

o entregar la custodia de un menor de edad conlleva un trato discriminatorio, con lo cual, no solo se evidencia que el concepto de familia es cambiante, sino que éste no puede restringirse a lo tradicional y por ello debe ser un concepto abierto a la realidad social actual.

Cabe mencionar que, en líneas generales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene desde tiempo atrás pronunciándose respecto a que el concepto de familia no puede restringirse a relaciones tradicionales surgidas por el matrimonio

Conceptualizar a la familia exclusivamente desde un enfoque tradicional nos presenta serios problemas como cuando hablamos de las técnicas de reproducción humana asistida. Así por ejemplo, en la inseminación artificial heteróloga el donante del semen no es la pareja de la mujer, por lo que biológicamente hablando la familia podría estar constituida por la mujer, el hijo y el donante del semen; sin embargo, en muchos casos el donante es anónimo y es la pareja de la mujer quien se hace cargo del niño, por lo que afectivamente la familia estaría conformada por la mujer, su pareja y el niño. Podría darse el caso que esta mujer estaba casada, por lo que, aunque no haga vida en común con su esposo, jurídicamente hablando la familia estaría compuesta por la mujer, el hijo y el esposo.

Esta situación se agrava en los llamados “vientres de alquiler” en los que el embrión es depositado en el útero de otra mujer distinta a la donante del óvulo, por lo que, biológicamente la familia estaría compuesta por los padres del niño y el niño, pero si la mujer que brindó su útero está casada, al haber nacido el niño dentro del matrimonio la familia, jurídicamente hablando, estaría compuesta por los esposos y el niño; ahora bien, si la mujer que brindó su útero no estaba casada pero se niega a entregar al niño y lo reconoce y cría como suyo, la familia afectiva y jurídicamente formada por la mujer y el niño. Si bien se trata de temas que exceden a los alcances del presente trabajo, considero importante referirlos como muestra de la necesidad de analizar todos estos temas desde un enfoque de protección de los derechos de las personas involucradas, en especial estando de por medio niños, niñas y adolescentes.

Considero que, después de todo lo desarrollado, resulta incuestionable que debemos detenernos en el concepto que los tribunales constitucionales, o cortes supremas, han desarrollado sobre la familia, a fin de demostrar que éste se viene ampliando cada día más, superando la concepción tradicional que se tenía de la familia.

Para iniciar el análisis estoy tomando en consideración la situación de Argentina por cuanto, es por todos conocida, la influencia tan marcada que ha tenido la jurisprudencia y doctrina de este país en el Perú. Asimismo, por cuestiones de cercanía no solo geográfica sino y sobretodo cultural, también me referí a la situación de Colombia, Ecuador y Chile, finalizando en el análisis de lo que ocurre en nuestro país.

2.1.1.- En Argentina

Hay que tener en consideración que la institución de la familia que durante mucho tiempo rigió en este país seguía el modelo que Dalmacio Veléz Sársfield impuso en el Código

Civil de 1869, por lo que la familia se construía a partir de la existencia de un matrimonio monogámico⁷⁹.

Con el devenir del tiempo, el concepto tradicional de familia matrimonial comenzó a ser cuestionado por la doctrina y jurisprudencia de ese país, llevando a cambios tan importantes como el ocurrido en 1985 cuando se sanciona la Ley 23.264 por la que se establece la igualdad entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales y el ejercicio conjunto de la patria potestad en cabeza del padre y la madre de los hijos. Además, en 1987 se emite la ley número 23.515 por la que se acepta una nueva realidad, en la que los matrimonios se disuelven y con ello se crean unas nuevas formas de familias que ya no están unidas por el vínculo matrimonial.

Es en este escenario que el artículo 14 bis de la Constitución Política de Argentina de 1994, como norma suprema, establece que el Estado otorgará una “protección integral de la familia” sin definir el concepto de familia, por lo que, como toda norma constitucional –caracterizada por su carácter general y abierto- requiere ser interpretada en el marco de la actual evolución del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el año 2010, con la ley 26.618, se acepta el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que evidenció que la visión de familia de Dalmacio Veléz Sársfield había quedado ampliamente superada por la realidad. Cabe mencionar que estos cambios de concepción de la familia han sido impulsados y reconocidos por la jurisprudencia argentina, tal y como se demuestra en la causa C. 97.295, "N., M. D. y otra. Adopción plena" del 2012 en la que la Corte Suprema estableció que:

*“...el **concepto amplio de familia** es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el **principio protectorio de la familia** debe receptor este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, **se dejaría sin protección y sin respuesta** a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica. Incluso, en esta nota particular de cada uno de los modelos familiares, y sobre la base del reconocimiento expreso al matrimonio en los tratados, que es indispensable proteger, cabe distinguir que en ella se generen mayores derechos y deberes que no se producen en forma semejante en una convivencia no basada en el matrimonio. No obstante ello, **la familia, en todas sus formas, debe cumplir el rol instrumental de servir al hombre como medio de realización familiar, y por lo tanto no puede desconocerse esta función en el análisis de cada una de ellas**”⁸⁰ (las negritas son nuestras).*

⁷⁹ El texto original del Código Civil argentino contenía expresas prohibiciones en contra de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, a quienes no se les permitía cambiar su condición aunque haya existido buena fe, por lo que es evidente que su visión de familia era la monogámica matrimonial.

⁸⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE ARGENTINA (Pettigiani, de Lazzari, Negri, Hitters, Kogan, Soria). Causa C. 97.295 del 21 de marzo 2012, fundamento II del Voto del señor Juez Eduardo Nestor de Lazzari.

De lo expuesto, y en especial a partir de estas últimas líneas, se identifica la importancia que la jurisprudencia argentina otorga no sólo a la familia como institución, sino al concepto amplio de familia y a ésta como derecho fundamental. Cabe asimismo destacar cómo la máxima instancia jurisdiccional de este país reconoce a la institución de la familia, como “instrumento” que sirve a la persona como medio de realización familiar.

El Código Civil y Comercial argentino del 2014 (cuya vigencia inició el 1 de agosto del 2015) ha consagrado de manera definitiva estos cambios acaecidos en el marco de una mayor protección de los derechos de las personas. Lo expuesto se confirma la nueva concepción de familia, que como bien refiere AÍDA KEMELMAJER parte de una creación cultural y no natural, por lo que es “cambiante”, no existiendo un modelo universal e inmutable, sino más bien, existen diversos tipos de familia que deben ser reconocidos. En este sentido, este Código exige que el juzgador revise cada familia en particular sin realizar una apreciación estática basada en un modelo tradicional⁸¹.

Como se podrá haber observado, las reformas tienen como punto central a la persona humana, por cuanto su importancia en el ordenamiento argentino ha sido puesto de manifiesto en el voto concurrente de la causa C. 316:479 “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” en el cual se estableció que:

“... cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente-, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana”⁸².

De todo lo dicho podemos afirmar que la legislación y la jurisprudencia Argentina han aceptado la primacía de la persona humana y la nueva concepción de familia, en virtud de lo cual la prevalencia de los vínculos jurídicos o sanguíneos han sido superados ampliamente, requiriéndose en consecuencia que cada caso sea visto en particular, buscando la defensa de la persona, más aún si se trata de una persona menor de edad.

2.1.2.- En Chile

En el caso Chileno, el texto del artículo 1 de su Constitución Política del año 2005, establece que:

“Artículo 1° Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia,

⁸¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, en La Ley 08/10/2014.

⁸² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA (Voto concurrente de los Sres. Barra y Fayt). C. 316:479 “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar” del 6 de abril de 1993.

propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Como vemos, la Constitución chilena no refiere a la familia como derecho fundamental, pero sí la establece como institución que requiere ser protegida por el Estado.

A nivel infraconstitucional, la Ley de matrimonio civil, Ley Nº 19.947, publicada el 17 de mayo del 2004, en su artículo 1 establece que el matrimonio es la base principal de la familia, pero sin ser la única, por lo que pueden existir familias sin matrimonio. Cabe asimismo mencionar que, aunque directamente referido a la protección de los derechos de personas LGBTI, el Tribunal Constitucional chileno ha establecido un concepto amplio de familia que resulta pertinente mencionar para efectos del presente trabajo:

“Que, en consecuencia, el Estado debe proteger no sólo a la familia fundada en el matrimonio, sino que tal deber también abarca a las familias de facto, sea que se constituyan por una pareja heterosexual o no. Por ello, existiendo diversos modelos de familia protegidos por la Constitución y considerando que el matrimonio no es la única forma de conformar una familia, no hay, entonces, razones para sostener que se afecta el deber del Estado de proteger a la familia si la ley restringe el matrimonio sólo a personas de sexos diferentes”⁸³.

A raíz de esta sentencia se viene tramitando un proyecto de ley que modifica la legislación chilena para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo con número de Boletín 11422-07.

De lo expuesto se aprecia que también en Chile rige un concepto amplio de la familia, dejándose así de lado la idea tradicional de la familia formada por el matrimonio o por los vínculos sanguíneos. Ello significa que lo importante es proteger a las familias de facto y no solo a las jurídicas o sanguíneas.

2.1.3.- En Ecuador

La Constitución Política de Ecuador del año 2008 determina que:

“Art. 67.- Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes (...).”

Asimismo, el artículo 68 nos señala que:

“Art. 68.- La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos

⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Voto particular concurrente de los ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino). Rol 1881 del 03 de noviembre del 2011, fundamento 22.

derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio (...).”

De lo dicho tenemos que en Ecuador se reconoce expresamente a los diversos tipos de familia, no restringiendo el concepto a aquella formada por vínculos jurídicos (como podría ser el matrimonio), sino que se reconoce a todas las familias formadas por vínculos de hecho, tan es así que la llamada unión de hecho tiene los mismos derechos que los de una familia matrimonial.

Interpretando este artículo la Corte Constitucional de Ecuador ha referido que:

“La Constitución de la República, en el artículo 67 reconoce a la familia en sus diversos tipos, imponiendo para el Estado la obligación de protegerla como núcleo fundamental de la sociedad, garantizando la consecución de sus fines; es decir, establece que la familia nace de vínculos afectivos, psicológicos y consanguíneos”⁸⁴.

De esta manera, en Ecuador la familia como institución está conformada por aquellos que tienen vínculos afectivos y consanguíneos, pero además, se incluye a los grupos unidos por vínculos psicológicos, aspecto que si bien no ha tenido un desarrollo jurisprudencial, nos permite establecer que el legislador de Ecuador busca expandir la noción de familia a situaciones distintas a los vínculos jurídicos o afectivos, buscando de esta manera un mayor resguardo a los derechos de las personas, aun cuando no se establezca de manera expresa a la familia como un derecho fundamental.

2.1.4.- En Colombia

En lo que respecta a Colombia, el concepto de familia ha sido desarrollado en el artículo 42 de su Constitución Política de 1992 que expresa lo siguiente:

“ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...).”

Como podemos apreciar, el texto constitucional establece que los vínculos familiares son sólo dos: naturales o jurídicos, lo que nos podría hacer concluir que en Colombia la familia solo está conformada por el matrimonio o por parientes consanguíneos. Pero ello no es así, porque la jurisprudencia colombiana considera que el concepto de familia no puede ser restringido, por ejemplo, tenemos la histórica Sentencia C-577/11 (2011) pronunciada por la Corte Constitucional de Colombia que apunta lo siguiente:

“Conforme se ha expuesto, del matrimonio surge una familia fundada en vínculos jurídicos, pero la unión matrimonial no agota el espectro de las relaciones familiares, pues “la Constitución reconoce y protege el matrimonio como una de las formas de conformar una familia”, de manera que la familia

⁸⁴ PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zarate Zarate y Patricio Pazmiño Freiré). SENTENCIA N.º 0001-11-SIN-CC. CASO N.º 0074-09-IN del 14 de abril del 2011, p. 17.

surgida del matrimonio es “una de las posibles formas familiares a la que pueden recurrir los colombianos”, dado que otras formas tienen origen en diferentes clases de vínculos, de entre los cuales el artículo 42 superior destaca los denominados “naturales”.

Hasta ahora la Corte ha destacado que, a diferencia de los jurídicos, los vínculos naturales hacen referencia a la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial que no tiene fundamento en el consentimiento expresado, sino “en el solo hecho de la convivencia” y en la cual “los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja”.

Este rasgo dado por la ausencia de la manifestación del consentimiento es la diferencia fundamental entre la unión de hecho y el matrimonio en el que, según se ha señalado, la expresión del consentimiento es elemento esencial. Sin embargo, los compañeros permanentes, como los cónyuges, dan origen a una familia, en ambos casos se supone la cohabitación entre el hombre y la mujer y, actualmente, en los dos supuestos, hay lugar a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja (...)

No obstante lo anterior, la familia que surge de la unión libre también es merecedora de protección constitucional y la Constitución la pone en un plano de igualdad con la que tiene su origen en el matrimonio, porque el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, “independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales” y, por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, “sin tener en cuenta el origen de la misma familia”, salvo que, según se acaba de ver, “la igualdad está referida a los derechos y obligaciones”, motivo por el cual, aunque “no implica identidad”, el legislador “no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente”⁸⁵.

La Corte Constitucional Colombiana nos dice que la familia no solo puede estar formada por aquellas personas unidas por vínculos jurídicos (como el matrimonio) o naturales (consanguíneos), sino que además se habla de la existencia de **compañeros permanentes**, los cuales también dan origen a una familia.

En este mismo sentido, en la sentencia Sentencia T-292/16 se estableció que:

“La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación.

⁸⁵ SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia C-577/11 del 26 de julio del 2011, fundamento 4.2.

(...) El concepto de esta institución social puede estudiarse, entre otras, desde dos ópticas, por lo general, complementarias entre sí. La primera, concibiéndola como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino, presupuestos que, en su mayoría, se han mantenido constantes. La segunda, se puede desarrollar en consideración a sus integrantes, desde esta perspectiva el concepto de familia se ha visto permeado por una realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura. En este sentido se ha señalado que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.

Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan... las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia” (...)⁸⁶.

Como se puede apreciar, para la Corte de Colombia, la familia es producto de la sociedad y por ello, debemos verla conforme al principio de pluralidad, el cual nos obliga a considerar a todos los tipos de familia que se den en la sociedad, sean familias provenientes del matrimonio, de la unión de hecho, de la adopción o incluso, familias provenientes de la crianza, por lo que la noción de familia, y por ende, el derecho fundamental a disfrutar de una familia, protegería a aquellas familias que si bien no tienen un vínculo natural o jurídico, sin embargo, están unidas por la crianza que ejercitan unos miembros sobre otros.

Desarrollando un poco más a estas familias de crianza tenemos que la Sentencia T-177/17 nos dice que:

*“Estas **familias de crianza**, en consonancia con la jurisprudencia constitucional, se desarrollan bajo presupuestos de afecto, solidaridad, respeto y asistencia, principalmente económica, que se crean entre sus miembros y “surgen bajo circunstancias de facto que no se encuentran ajenas al derecho y que por lo tanto, son susceptibles de crear consecuencias jurídicas tanto en derechos como deberes”. Como ha manifestado el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, estas pueden tener ocurrencia en diversos ámbitos, como “las relaciones de familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo, entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores, necesitados de protección”.*

(...) Tal como se indicó en Sentencia T-070 de 2015, las familias integradas por padres e hijos de crianza han sido definidas por la jurisprudencia constitucional como aquellas que nacen por relaciones de afecto, respeto,

⁸⁶ SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia T-292/16. 2 de junio del 2016.

solidaridad, comprensión y protección, pero no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Sin embargo, la protección constitucional que se le da a la familia, también se proyecta a este tipo de familias. (...) Como corolario de lo anterior, es viable afirmar que el pluralismo y la evolución de las relaciones humanas en Colombia tiene como consecuencia la formación de distintos tipos de familias, diferentes a aquellas que se consideraban tradicionales, como lo era la familia biológica. Por ello, “es necesario que el derecho se ajuste a las realidades jurídicas, reconociendo y brindando protección a aquellas relaciones familiares en las que las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, las cuales surgen en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia”⁸⁷.

En este sentido, si bien la Corte Constitucional de Colombia se refiere a la familia como institución; no obstante, otorga una protección importante porque reconoce que existe pluralidad en la sociedad y por ende, la noción de familia no puede restringirse a la vinculación jurídica o biológica, debiendo ser ampliada a situaciones de facto como son el afecto, la solidaridad, el respeto, la protección y la asistencia, a fin de que se prefiera la defensa de la dignidad humana, tal y como lo ordena el artículo 5 de la Constitución Colombiana de 1991⁸⁸.

2.1.5.- En Perú

Como ya se ha referido anteriormente, el Tribunal Constitucional nos dice que existe un concepto tradicional y otro constitucional del término “familia”. Por el primero, el término familia reconoce las relaciones entre un conjunto de individuos relacionados jurídicamente entre sí y que comparten el mismo techo. En otras palabras, este tipo de vinculación familiar está orientada a defender el origen matrimonial, filial y de parentesco⁸⁹.

Sin embargo, sostiene que, desde una perspectiva constitucional, la noción de familia no puede alejarse de los cambios sociales y jurídicos de los últimos tiempos, en los que las mujeres no pueden ser discriminadas frente a los hombres, en los que existe un creciente número de divorcios, entre otros aspectos que han llevado a que se modifique la tradicional vinculación de la estructura familiar, la cual giraba en torno al llamado *pater familias*. Efecto de ello es que hoy en día se reconoce a las uniones de hecho, a la familia monoparental o a lo que en doctrina se ha distinguido como familia reconstituida, en donde a pesar de no existir este vínculo jurídico familiar, no obstante, podemos hablar de la existencia de una familia verdadera⁹⁰.

⁸⁷ SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Antonio José Lizarazo Ocampo). Sentencia T-177/17. 24 de marzo del 2017.

⁸⁸ **Artículo 5.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

⁸⁹ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (LANDA ARROYO, BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ). EXP. N.º 09332-2006-PA/TC 30 de noviembre del 2007, fundamento 6.

⁹⁰ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (LANDA ARROYO, BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ). EXP. N.º 09332-2006-PA/TC 30 de noviembre del 2007, fundamentos 6 y 7. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXP. N.º 04493-2008-PA/TC del 30 de junio del 2010, fundamentos 7 y 8.

En la unión de hecho no está presente el vínculo jurídico que une a los convivientes como lo que ocurre en el matrimonio, sin embargo, se ha forjado una relación familiar a partir de la cual se originan vínculos y dependencias similares a los que se encuentran presentes en la relación matrimonial. Por ejemplo, es muy frecuente que, al igual que en el matrimonio, uno de los convivientes se encargue de los quehaceres de la casa (cuidar a los hijos, limpiar la casa, preparar los alimentos, entre otras), mientras que el otro conviviente, se desarrolla en el espacio profesional u ocupacional, a fin de brindar los medios económicos que sustenten el hogar. Esta sinergia genera un deber de **asistencia mutua**, típico de una familia tradicional, pero sin la exigencia de un vínculo matrimonial, de filiación o parentesco⁹¹.

Como se puede apreciar, aún sin la existencia de un vínculo jurídico matrimonial, la unión de hecho persigue fines y expectativas sobre el futuro iguales a las del matrimonio, elementos sobre los cuales se construyen los sentimientos que requiere una relación de pareja, porque precisamente son esos sentimientos los que los hacen querer compartir su vida, aceptando los deberes que ello implica, como el de fidelidad entre quienes la conforman. En conclusión, podemos decir que la unión de hecho plasma una relación de interdependencia desde la cual se desarrollan los convivientes a pesar de no existir ningún vínculo jurídico y por ello deben ser consideradas como familias⁹².

En el caso de las familias reconstituidas, es decir, aquellas en las que los integrantes de la familia matrimonial o concubinaria tienen a su cargo hijos de su anterior familia matrimonial o concubinaria, el hijastro no puede ser ajeno a la nueva organización familiar, sino que su inclusión se realiza respetando la patria potestad que corresponde únicamente a los padres, pero asignando derechos y deberes especiales de acuerdo al rol que le corresponde dentro de esta nueva organización familiar. En otras palabras, estas familias cuentan con una **identidad familiar autónoma**, porque no se puede concebir que estos niños/as sean tratados como personas ajenas a la familia, peor aún, si es el padre o madre afín quienes les proveen del sustento necesario. Por lo que en situaciones en las que las relaciones afectivas se hayan afianzado tanto o más como en una familia biológica o jurídica, es evidente que los hijos y padres afines (padrastra, madrastra e hijastro) tienen una identidad familiar distinta a la de la familia tradicional, pero a pesar de ello, debe protegerse dicha identidad⁹³.

Esta identidad familiar surge porque la familia, independientemente de los vínculos jurídicos que los una, es un espacio fundamental en donde se transmiten valores éticos, cívicos, culturales y afectivos, por lo que su protección brinda los elementos necesarios para garantizar el desenvolvimiento pleno de la personalidad de sus miembros, además, garantiza la continuidad intergeneracional de valores, conocimientos y tradiciones culturales⁹⁴.

⁹¹ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz). EXP. N° 06572-2006-PA/TC del 06 de noviembre del 2007, fundamento 23.

⁹² PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXP. N.º 04493-2008-PA/TC del 30 de junio del 2010, fundamento 15.

⁹³ Ibidem. Fundamentos 10 a 14.

⁹⁴ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz). EXP. N° 06572-2006-PA/TC del 6 de noviembre del 2007, fundamento 10.

En este sentido, según el Tribunal Constitucional, para que pueda reconocerse esta identidad familiar autónoma deben cumplirse algunos requisitos: i) Compartir una vida de familia, por cuanto no se podría hablar de una identidad familiar si es que los miembros se encuentran separados y no comparten vivencias y experiencias juntos; ii) Debe existir estabilidad, publicidad y reconocimiento, debido a que la identidad familiar debe forjarse en un ambiente estable y esta vida familiar debe hacerse pública por cuanto no podría formarse una identidad familiar secreta⁹⁵.

Con todo lo dicho tenemos la convicción de que nuestro Tribunal Constitucional ha concretado un concepto de familia que va más allá del enfoque acostumbrado de vinculación jurídica matrimonial, filial o por parentesco; por lo que hoy en día, la noción constitucional de familia es aquella que contiene a la existencia de una “identidad familiar”, en otras palabras, familia no es aquella que se origina en la vinculación sanguínea o jurídica, sino más bien, la noción de familia debe relacionarse, esencialmente, con un “estado de familia”, en el que un conjunto de individuos que ocupan una misma morada, comparten y transmiten valores y tradiciones, además, de asistirse mutuamente entre ellos, generando estabilidad, publicidad y reconocimiento de su estatus actual.

Es entonces necesario que adoptemos como una conclusión preliminar, que si bien el artículo 4 de la Constitución de 1993 menciona a la familia como institución; no obstante, el Tribunal Constitucional ha concebido a la necesidad natural de disfrutar de una familia como un derecho fundamental originado del principio - derecho de la dignidad del hombre contenido en el artículo 1 de la citada Carta Magna⁹⁶ y que además se encuentra está admitido literalmente en el artículo 8 del Código de los Niños y Adolescentes, que menciona que “*el niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia*”. De este modo, protegiendo a la unión familiar se garantiza en el niño, niña y adolescente: i) El sentimiento de seguridad necesario para su desarrollo integral, y ii) La protección del equilibrio afectivo frente a la intervención de operadores externos. Por esta razón, nuestro Tribunal Constitucional no ha restringido el concepto de familia a los lazos biológicos o jurídicos, sino que prefiere ampliarlo a la existencia de un estado de familia que sea estable y público.

2.2.- ¿Por qué es importante tener en cuenta el concepto de familia como derecho fundamental?

Es importante tener en claro la noción de familia como derecho fundamental, porque el Tribunal Constitucional ya ha referido en innumerables oportunidades que todos los niños cuentan con el derecho de disfrutar de una familia, siendo éste un derecho fundamental que si bien no está reconocido expresamente en nuestra Constitución, sin embargo, tiene como soporte el principio-derecho de la dignidad del hombre, además de estar íntimamente relacionado con los derechos a la vida, a la integridad personal, a la identidad, a la educación, a la salud, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros⁹⁷.

⁹⁵ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz). EXP. N° 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre del 2007, fundamento 12.

⁹⁶ **Artículo 1.-** La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

⁹⁷ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Eto Cruz, Vergara Gotelli y Urviola Hani). EXP. N° 04227-2010-PHC/TC del 06 de septiembre del 2011, fundamento 5. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani) EXP. N.° 02892-2010-PHC/TC del 06 de diciembre del 2010, Fundamento 5. SALA

Ahora bien, ¿por qué el Tribunal Constitucional relaciona el derecho de disfrutar de una familia con otros derechos fundamentales?

Según el Tribunal Constitucional, en el EXP. N° 1817-2009-HC/TC, ha referido que:

“...el niño cuenta con el derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que la familia es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños... En este orden de ideas, es evidente que la familia debe ser la primera en proporcionar protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar medidas dirigidas a favorecer el desarrollo y bienestar del niño. Por ello, la familia es la encargada de proteger la estabilidad, integridad y salud del niño y de ahí la necesidad de que el niño cuente con una familia y se proteja a la misma”⁹⁸.

Como ya nos hemos podido percatar, el Tribunal Constitucional considera que la identidad familiar o estado de familia, debe ser respetado, porque la familia permite que el niño, niña o adolescente logre su pleno desarrollo, debido a que es la familia la encargada de brindar la protección necesaria para alcanzar el bienestar del niño, niña y adolescente. En conclusión, la familia no sólo se restringe a la vinculación sanguínea o jurídica, sino más bien, debe ampliarse a la identidad familiar, porque con su protección se garantiza que el niño, niña o adolescente se desarrolle integralmente, debido a que el derecho a disfrutar de una familia está relacionado con otros derechos fundamentales como a la vida, a la integridad personal, a la identidad, a la educación, a la salud, a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Finalmente, resulta importante partir de una noción amplia de familia debido a que concebir a la familia como la unión de individuos fundada en vínculos afectivos o psicológicos, de asistencia permanente y mutua, entre otros, nos obliga a incrementar el número de personas comprometidas en garantizar la vida, la integridad personal, la identidad, la educación, la salud, la no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

CAPÍTULO II **EL CASO PERUANO**

I.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD.

No es objetivo de esta tesis el determinar de manera concluyente la naturaleza jurídica del reconocimiento de paternidad, pero es necesario que describamos los principales argumentos que se vienen desarrollando sobre el tema, porque sólo así podremos

PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Urviola Hani, Vegara Gotelli y Calle Hayen) EXP. N.º 01905-2012-PHC/TC del 17 de octubre del 2012, fundamentos 4 y 5. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli y Calle Hayen, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez). EXP N 00272 2013-PHC del 18 de marzo del 2014, fundamento 3.

⁹⁸ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz) EXP. N° 1817-2009-HC/TC del 07 de octubre del 2009, fundamento 15.

efectuar un mejor análisis de las sentencias judiciales; asimismo, si bien se han desarrollado varias teorías sobre la naturaleza del reconocimiento de paternidad⁹⁹, creemos necesario centrarnos en las que discuten si este reconocimiento es un acto o un negocio jurídico, por cuanto las demás teorías no habrían tenido mayor desarrollo en nuestro medio.

1.1.- El reconocimiento de paternidad como acto jurídico o negocio jurídico.

En nuestro medio local, TATIANA GUTIERREZ ha realizado un trabajo de investigación sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento de paternidad, en dicho trabajo ha desarrollado las diversas teorías sobre esta naturaleza jurídica, para finalmente centrar su atención en la necesidad de distinguir entre la concepción del negocio y el acto jurídico, para ello nos dice lo siguiente:

“Conforme a las concepciones expuestas del negocio jurídico y del acto jurídico en sentido estricto, consideramos que existe un criterio de distinción que permitirá la diferenciación de ambas categorías jurídicas, el cual radica en la relevancia de la voluntad para cada hipótesis en concreto. Como ya se ha discutido, la voluntad del sujeto está presente en la configuración del negocio jurídico así como en los actos de contenido no comercial, sin embargo esta voluntad tiene un grado de intensidad distinta en uno y otro caso.

En los negocios jurídicos, la voluntad es el contenido propiamente dicho del acto, por ello es que se manifiesta, despliega del interior de la persona y persigue las consecuencias jurídicas que pueden ser establecidas ya sea por los particulares, determinadas por la ley conjuntamente con la intervención del sujeto o consecuencias jurídicas atribuidas únicamente por la ley; sea en uno u otro supuesto, lo relevante es la persecución de los efectos jurídicos que trae consigo la realización del acto.

Es posible advertir que este contenido en la declaración de voluntad, se encuentra ausente. En los actos jurídicos stricto sensu, se advierte ineludiblemente la existencia de un comportamiento voluntario para llevar a cabo el acto, sin embargo no es posible verificar que la voluntad persiga la producción de los efectos jurídicos”¹⁰⁰.

Como se puede observar, para esta autora, la diferencia entre el negocio jurídico y el acto jurídico está en el nivel de intensidad de la actuación de la voluntad, porque para los

⁹⁹ **“a) Confesión.-** ... el reconocimiento es una confesión; no es un acto jurídico, sino un medio de prueba destinado a comprobar un hecho... **b) Doble naturaleza:** ... Por un lado es un reconocimiento – admisión, un acto de voluntad por el cual el padre admite al hijo en el estado de tal; pero además de eso, importa una confesión, un medio de prueba. Son dos aspectos de una misma cosa... **d) Acto de poder.-** ... el reconocimiento es un acto de poder familiar; la ley atribuye a la voluntad del progenitor el poder de crear el estado legal de filiación... **e) Acto declarativo.-** Según esta tesis, el reconocimiento no sería otra cosa que un acto declarativo. No crea el lazo de filiación, que surge de la naturaleza misma; el reconocimiento no hace sino declararlo, comprobarlo...” (BORDA, Guillermo A. (1984). Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II. Séptima Edición. Editorial Perrot. Argentina, pp. 60-62).

¹⁰⁰ GUTIERREZ ENRIQUEZ, M. Tatiana (2013). Tesis para optar el grado de magister en Derecho Civil. Asesor Dr. Leysser L. León Hilario. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5198/GUTIERREZ_ENRIQUEZ_TATIANA_NEGOCIOS_JURIDICOS.pdf?sequence=7&isAllowed=y (04/07/2018), pp. 50-51.

primeros la voluntad no sólo está en la realización de un comportamiento, sino que además ésta voluntad interviene en la búsqueda de los efectos, legales o consensuales, que deben provenir de ese comportamiento, en otras palabras, en el negocio jurídico no solo se busca que se realice un acto sino que también se buscan los efectos de dicho acto; mientras que en el acto jurídico la voluntad está dirigida únicamente a que se realice el acto sin importar los efectos que produzca, porque los mismos ya están regulados en la ley.

Teniendo clara esta diferenciación, la citada autora nos dice que existe confusión en cuanto a si el reconocimiento de paternidad es un negocio jurídico o un acto jurídico, porque se alega que para el ámbito de familia las consecuencias de los actos no requieren de la voluntad de los celebrantes sino que vienen impuestas por la ley por lo que estaríamos frente a un acto jurídico; sin embargo, la autora no concuerda con esta posición porque afirma que lo que en realidad existen son peculiaridades entre el negocio jurídico en general y el negocio jurídico familiar, debido a que en el primero hay un mayor margen para la iniciativa privada, mientras que para el segundo, esta voluntad se restringe (o subordina) por la ley, pero ello no significa que se niegue su existencia¹⁰¹.

Entendido ello, para esta autora, el reconocimiento de paternidad es un negocio jurídico familiar, porque si bien está destinado a reconocer el hecho de la procreación, es evidente que la voluntad no solo es la de realizar este reconocimiento, sino que, además, se busca que se produzcan los efectos que determina el ordenamiento jurídico¹⁰².

En sentido contrario, el profesor RÓMULO MORALES propone que:

“El negocio jurídico como categoría lógica es un acto que produce, modifica o extingue normas jurídicas (concepción normativa) que constituye un ordenamiento jurídico (concepción institucional), y, asimismo es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica). Pero también es un acto programático (concepción programática) y un acto de comunicación social (concepción performativa) (...) El negocio jurídico como categoría legislativa es un conjunto de reglas regulado en una Parte General de un Código Civil (...) El CC no ha regulado el negocio jurídico como categoría legislativa aunque contenga un libro autónomo. No basta regular un libro particular porque sus reglas deben tener la fuerza de aplicación general a todos los actos jurídicos. En sentido diverso, el CC ha regulado el contrato como categoría legislativa. 5.5. El Libro 11 del CC es una Parte General para el Derecho de los contratos aplicable a las Partes Especiales de otros contratos y a las legislaciones especiales que regulan otro tipo de contratos”¹⁰³.

Como se puede apreciar del texto, el profesor ROMÚLO MORALES distingue entre lo que vendría a ser las concepciones del negocio jurídico en la doctrina (categoría lógica) y la regulación legal del negocio jurídico en un cuerpo normativo como el Código Civil (categoría legislativa), entendiéndolo, concluye que nuestro Código Civil no ha regulado

¹⁰¹ Ibidem., pp. 61-62.

¹⁰² Ibidem., p. 68.

¹⁰³ MORALES HERVIAS, Rómulo (2007). Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. Publicado en: Derecho & Sociedad. Asociación Civil. Año XVIII N° 28. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú, p. 306.

al negocio jurídico como una categoría legislativa, por lo que a pesar de tener un libro particular (Libro II¹⁰⁴) sus reglas no pueden aplicarse de manera general a todos los actos jurídicos; sin embargo, si es una categoría general para los contratos, por lo que se puede aplicar a todo tipo de contratos.

Corroborando ello, si comparamos las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio y del testamento, de inmediato percibimos que son diferentes a las causales de nulidad y anulabilidad del negocio jurídico descritas en el artículo 219 y 221 del Código Civil, lo que hace evidente que la teoría del contrato no podría aplicarse a estos temas, es por esta razón que el autor citado concluye que no debe aplicarse las normas del Libro II del Código Civil a los reconocimientos de paternidad¹⁰⁵.

BENJAMIN AGUILAR LLANOS refiere que el reconocimiento de paternidad es un acto jurídico porque la persona dirige su voluntad a manifestar su paternidad en relación a otra persona, presentando un efecto evidentemente declarativo más no constitutivo¹⁰⁶, en otras palabras, el reconocimiento de paternidad no puede ser un negocio jurídico porque lo único que se realiza es una declaración de la paternidad (que la ley presume corresponde a la biológica), en este sentido, aquí no puede existir voluntad para regular los efectos del acto, porque éstos ya se estarían ejecutando desde la concepción, constituyendo el mismo una declaración de reconocimiento con efectos retroactivos.

Aunado a lo referido anteriormente, GUILLERMO BORDA nos dice que:

“...el fin inmediato del reconocimiento no es establecer relaciones jurídicas, pues como lo hace notar Albaladejo García, no existe en este caso una voluntad negocial, encaminada a crear derechos u obligaciones, sino simplemente una afirmación de paternidad, cuyos efectos se producen ex lege, quiéralos o no el autor de la declaración. Tampoco crea derechos u obligaciones. Estos surgen de la filiación biológica. Lo demuestra el hecho de que aunque no medie reconocimiento voluntario, el padre puede ser constreñido a cumplirlas si el vínculo se demuestra judicialmente”¹⁰⁷.

Como vemos, los derechos y deberes ya están establecidos en la norma legal y lo que es peor, éstos ya nacieron antes de que se realice el reconocimiento de la paternidad porque este solo tiene un efecto declarativo y no constitutivo; en este sentido, la voluntad de las partes no puede ser la de hacer producir efectos al acto, porque, reitero, los efectos ya se vienen produciendo antes del reconocimiento, por lo que la voluntad solo puede ser la de celebrar el acto.

Desde otro punto de vista, JORGE PARRA BENÍTEZ nos dice que:

“Lo cierto es que en ausencia de una definición legal, en la teoría jurídica se discute, sin concluir aún, si acto jurídico y negocio jurídico son un mismo

¹⁰⁴ Se debe tener en cuenta que para el autor el Libro II del Código Civil, a pesar de haber sido titulado Acto Jurídico, no obstante, estaría regulando lo referido al negocio jurídico, por ello es que considera que esta normativa no puede aplicarse al caso de reconocimiento de paternidad.

¹⁰⁵ Ibidem., p. 303.

¹⁰⁶ AGUILAR LLANOS, Benjamin (2008). La Familia en el Código Civil Peruano. Ediciones Legales. Perú, p. 265.

¹⁰⁷ BORDA, Guillermo A. (1984). Op. Cit., p. 63.

concepto. Uno de los criterios de diferenciación señala que el acto jurídico es el mero acto voluntario, que produce efectos jurídicos dispuestos por el derecho, al paso que el negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a un propósito que el ordenamiento jurídico tutela; otro enseña que mientras en aquél sus efectos son o se producen ex lege, esto es, en virtud de ley, en tanto las consecuencias que se siguen de la manifestación de voluntad, en el negocio son ex voluntate, de modo que los efectos son los queridos por el autor o autores del negocio.

Sin pretender nada definitivo, empero debe recordarse, para comprender estas nociones, que un hecho jurídico es todo acontecimiento que produce efectos jurídicos (derechos y obligaciones), por disposición del derecho positivo, que se caracteriza porque nace de la voluntad del sujeto de derecho. Si el hecho es un comportamiento del hombre que produce consecuencias jurídicas, es un acto jurídico; pero si además comprende la disposición de intereses, es un negocio jurídico”¹⁰⁸.

Como se puede apreciar, este autor parte de la premisa de que aún no se ha establecido si el acto jurídico y el negocio jurídico son sinónimos o es que ambos se refieren a supuestos diferentes y que el problema de esa indeterminación parece estar en que las diferenciaciones se centran en analizar si los efectos se producen por la voluntad de los contratantes o por autoridad de la ley, lo cual no es del todo claro porque en última instancia los efectos siempre deben tener un reconocimiento legal (aunque sea de manera genérica) caso contrario no serían vinculantes para las partes.

Considero que por ello, el citado autor prefiere partir de la concepción de hecho jurídico, afirmando que hecho jurídico son los acontecimientos que producen efectos jurídicos por disposición de la ley, uno de esos hechos jurídicos es el acto jurídico, que se diferencia de los demás hechos jurídicos porque nace de la voluntad del sujeto, ahora bien, si este hecho jurídico nace de la voluntad del sujeto y además comprende la disposición de intereses particulares, entonces, es evidente que podemos hablar de un negocio jurídico; en otras palabras, el hecho jurídico es el género y el acto jurídico es tan solo una especie, asimismo, dentro del acto jurídico también se encuentra una subespecie llamada negocio jurídico, en la cual, no solo se trata de un hecho que provoca efectos jurídicos y que ha nacido de la voluntad del sujeto, sino que además, esta voluntad busca disponer de intereses particulares de los intervinientes.

Esta diferenciación resulta importante porque en virtud de ella el autor concluye que en el derecho de familia no se puede hablar de negocios jurídicos y que sólo hay actos jurídicos familiares, porque aquí no se regulan intereses¹⁰⁹.

Lo dicho anteriormente nos deja convencidos que para parte de la doctrina el reconocimiento de la paternidad no puede ser tratado como un negocio jurídico, sino que debe ser tratado como un acto jurídico familiar, ya sea porque los efectos del acto están regulados en la ley o porque aquí no se busca disponer de intereses particulares.

Soy consciente de que, como lo refiere el profesor RÓMULO MORALES, hoy en día hay distintas teorías del negocio jurídico como:

¹⁰⁸ PARRA BENÍTEZ, Jorge (2008). Derecho de Familia. Editorial Temis. Colombia, pp. 59.

¹⁰⁹ Ibidem., p. 63.

“La manifestación de la voluntad (concepción voluntarista o antropológica), el concepto de la autorreglamentación de intereses (concepción declaracionista o preceptiva), el concepto del ordenamiento privado autónomo (concepción institucional), el concepto de la norma jurídica privada (concepción normativa), el concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica), el concepto de la declaración de vigencia (concepción de la validez), el concepto de un sistema móvil o combinatorio (concepción combinatoria), el concepto de un acto programático (concepción programática), el concepto de un acto performativo (concepción comunicativa), el concepto de un acto complejo de dos libertades (concepción de las libertades) y el concepto de punto de conexión (concepción ecléctica)”¹¹⁰.

Sin embargo, tengamos en consideración que no sólo la teoría voluntarista resalta el papel preponderante de la voluntad en la producción de efectos, por cuanto la teoría declaracionista se centra en los efectos que debe producir la voluntad declarada frente a la voluntad contenida en el fuero interno (cuando hay contradicción); en la teoría institucionalista se resalta la potestad que tienen las partes de darse un ordenamiento jurídico propio, es decir, que son las partes las que buscan darse este ordenamiento jurídico propio en contraposición al ordenamiento jurídico dado por los otros; en la teoría normativa se establece que el negocio no es un simple hecho o comportamiento, sino que busca crear normas jurídicas, por lo que es éste su efecto normativo; en la concepción axiológica estamos frente a los valores queridos por las partes y los valores estatales, por lo que el efecto que se busca (intereses) no deben estar contrapuestos a los valores expresados en el ordenamiento; en la concepción programática también se resalta que la voluntad está destinada (efectos) en hacer evidentes los intereses jurídicos y proyectar su realización; en la concepción comunicativa se resalta que el negocio jurídico requiere una acción comunicativa que provoca consecuencias jurídicas de acuerdo a su significado o en la concepción de las libertades se tiene que la libertad no sólo está en la libertad de celebrar el negocio jurídico sino también en la libertad de estipular sus efectos.

Con todo lo dicho es evidente que a pesar de que hoy en día conocemos diversas concepciones del negocio jurídico, no obstante, éstas aún están ligadas a la voluntad sobre los efectos, por ende, se hace inviable que se pueda sostener que el reconocimiento de paternidad constituye un negocio jurídico debiendo ser considerado como un acto jurídico familiar.

Peor aún si tenemos en cuenta que hay efectos jurídicos que se producen incluso sin la existencia del reconocimiento voluntario de paternidad; por ejemplo, como se ha visto anteriormente, en el reconocimiento de paternidad matrimonial el esposo reconoce como su hijo al hijo de su esposa; sin embargo, el esposo no tiene ningún control sobre los efectos que se van a producir, incluso, así no practique dicho reconocimiento, por efectos de la presunción *pater is est quod justae nupciae demonstrant*, él es padre hasta que se niegue judicialmente esa presunción, en este sentido, este acto voluntario es carente de efectos jurídicos distintos a los establecidos en la ley, además, dichos efectos se originan exista o no el reconocimiento voluntario de paternidad.

¹¹⁰ MORALES HERVIAS, Rómulo (2007). Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. Op. Cit., p. 294.

Por otro lado, algunos podrían sostener que uno de los principales efectos del reconocimiento de paternidad extramatrimonial es el nacimiento de la obligación alimenticia entre el padre y el hijo; sin embargo, debemos recordar que la gran mayoría de ordenamientos jurídicos reconoce a los llamados “hijos alimentistas”, es decir, a aquellos niños/as que no han sido reconocidos por sus padres pero que ello no niega la posibilidad de que puedan solicitar judicialmente una pensión alimenticia de quién ha mantenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la procreación, porque hay una probabilidad de paternidad, en este sentido la obligación alimenticia puede darse independientemente de la existencia del reconocimiento de paternidad extramatrimonial.

Otro elemento a tener en cuenta es el último párrafo del artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes, por el cual se establece que basta que el demandado **acepte la paternidad** en la audiencia única de un proceso judicial (distinto al de filiación extramatrimonial), es el juez el que tiene por efectuado el reconocimiento de paternidad y ordena la inscripción de dicho reconocimiento en la partida de nacimiento, por lo que a pesar de no haberse realizado, formalmente, un reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial con los requisitos legales, por el hecho de existir una aceptación de paternidad se producen todos los efectos del reconocimiento independientemente de que en el futuro se realice o no dicho reconocimiento de paternidad.

Con todo lo dicho, podemos concluir que, sea en la concepción clásica o en cualquiera de las demás concepciones, la voluntad en la producción de las consecuencias jurídicas es el elemento diferenciador entre el negocio jurídico y el acto jurídico, por ende, el reconocimiento voluntario de paternidad debe ser considerado como un acto jurídico familiar, por cuanto no hay ninguna posibilidad de establecer efectos jurídicos diferentes a los descritos por el ordenamiento jurídico, peor aún, hay casos en los que así no se practique dicho reconocimiento de paternidad, los efectos jurídicos se vienen desarrollando por la existencia de diversas presunciones, lo que evidencia que no hay un control privado en la producción de los efectos jurídicos del reconocimiento voluntario de paternidad, sea esta matrimonial o extramatrimonial.

1.2.- ¿El Código Civil regula al acto jurídico o al negocio jurídico?

El profesor RÓMULO MORALES nos refiere que el artículo 140 del Código Civil de 1984 define el concepto voluntarista del negocio jurídico¹¹¹; mientras que la Corte Suprema en el Quinto Pleno Casatorio ha establecido que el Libro II del Código Civil responde a la teoría declaracionista del negocio jurídico¹¹², si bien hay una evidente contradicción en la teoría fijada por el legislador, no obstante, hay la convicción de que estamos frente a una regulación del negocio jurídico; sin embargo, es necesario analizar la intención del legislador a fin de que ello nos ayude a descubrir el primer paso para interpretar correctamente el articulado del Código Civil.

Para analizar este punto me voy a centrar en lo expuesto por el profesor FERNANDO VIDAL RAMIREZ, por cuanto él refleja la intención del legislador al momento de regular al llamado “Acto Jurídico” en el Libro II del Código Civil de 1984, en este sentido tenemos que para el citado profesor es evidente que hay tratadistas que consideran que el acto jurídico y el negocio jurídico son conceptos distintos, por cuanto el acto jurídico es un

¹¹¹ Ibidem., p. 300.

¹¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN N° 3189-2012-LIMA NORTE. Publicado el 9 de agosto del 2014. Fundamentos 139 y 140.

concepto elaborado por la doctrina francesa (porque el Código de Napoleón no lo legisló) por el cual se concebía a toda manifestación de voluntad destinada a la producción de consecuencias jurídicas; asimismo, para la doctrina alemana el acto jurídico se deriva en tres clases: declaración de voluntad, actos conforme a derecho y actos contrarios a derecho, sólo el primero es el que puede ser considerado como negocio jurídico, en este sentido, para los alemanes el negocio jurídico es un acto jurídico por el cual la declaración de la voluntad origina efectos jurídicos, porque en los otros dos actos jurídicos es la ley la que determina dichos efectos jurídicos¹¹³.

Lo interesante es que el citado profesor reconoce que nuestro Código Civil de 1936 no siguió a ninguna de las dos corrientes doctrinarias, por cuanto manifiesta que en este Código se habría seguido a la doctrina argentina, debido a que el legislador de 1936 buscó integrar un único concepto y encerrarlo en la denominación de “acto jurídico” que comprendía la manifestación o declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, con lo que comenzó una fuerte y arraigada tradición peruana¹¹⁴.

Teniendo en cuenta este breve resumen de la posición del profesor FERNANDO VIDAL RAMIREZ, nos falta culminar con la lógica consecuencia, que el Código Civil de 1984 siguió la tradición de su antecesor y por ende, no hace distinciones entre acto jurídico y negocio jurídico, sino que busca que ambos conceptos confluyan en uno solo, el del acto jurídico al cual describe en su artículo 140 como “...la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

De lo dicho, si bien el concepto de acto jurídico expuesto en el artículo 140 del Código Civil de 1984 se asemeja mucho a la noción de negocio jurídico desarrollado por la doctrina alemana, sin embargo, ello no significa que estemos frente al negocio jurídico alemán, por cuanto lo que se buscó es que haya una construcción conceptual propia en la cual ambos conceptos confluyan en uno solo, en otras palabras, no es prudente tratar de aplicar las noción del negocio jurídico o del acto jurídico, porque nuestro Libro II no nació ni como uno ni como otro, sino que se pretendió unificar a ambos.

En este sentido, considero pertinente aclarar que, independientemente de la teoría que uno escoja, es evidente que el articulado del Libro II del Código Civil, tiene una dirección fundamental que está basada en el acto o negocio jurídico, pero no están pensadas en las peculiaridades del acto jurídico familiar, tal y como se intenta demostrar a continuación.

1.3.- Impugnación o invalidez del reconocimiento de paternidad

La Corte Suprema y gran parte de la doctrina nacional coinciden en que la ineficacia genera la falta de efectos en el acto jurídico o en el negocio jurídico, asimismo, que por ineficacia estructural (invalidez) la falta de efectos se produce por hechos inherentes a su estructura, es decir, desde su emisión hay vicios en la conformación originaria que derivan en la ineficacia o invalidez (Nulidad, Anulabilidad e inexistencia). Por otro lado, la ineficacia funcional es cuando el acto jurídico o el negocio jurídico está siendo ejecutado

¹¹³ VIDAL RAMIREZ, Fernando (1988). Exposición de Motivos y comentarios al Libro II del Código Civil. Acto Jurídico. Código Civil. Tomo IV. Segunda Edición. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Grafotecnica Editores e Impresores. Perú, pp. 272 - 273.

¹¹⁴ Ibidem., p. 275.

pero por un vicio sobreviniente a su emisión deja de producir sus efectos (resolución, rescisión, revocación)¹¹⁵.

Ahora bien, recordemos que en el Libro III se regula la llamada “Impugnación de paternidad”, en este sentido, se podría considerar que dicha impugnación de paternidad está relacionada con la impugnación del acto o negocio jurídico, para ello debemos tomar en cuenta lo dicho por RENATO SCOGNAMIGLIO quien refiere que:

“Hay ineficacia, por último, en la hipótesis de impugnabilidad del negocio, es decir, cuando sea permitido a una de las partes, o a otro sujeto, accionar para la eliminación de los efectos finales (total o parcial). Aquí el negocio es inmediatamente válido y eficaz: sólo que desde el inicio, o posteriormente, se produce algún vicio contemplado por la ley, en lo atinente a su funcionamiento, a la producción de los efectos finales; por tal razón se concede al interesado al impugnación de su eficacia (resolución, rescisión, revocación).

Como ya hemos precisado, la impugnabilidad debe distinguirse de la figura, aparentemente similar, de la anulabilidad; en efecto, el negocio anulable es inválido, y por ello queda destruido luego de la anulación, con eficacia retroactiva; en cambio, el negocio impugnable es válido, y sólo está expuesto a perder sus efectos a través de los medios establecidos en la ley. Una vez impugnado, entonces, el negocio se encuentra en una situación de ineficacia definitiva, análoga a la antes considerada, que no debe confundirse, por lo tanto, con aquella que es consiguiente a la nulidad o a la anulabilidad (porque siempre se trata de una situación del negocio válido)”¹¹⁶.

Como se puede apreciar del comentario anterior, la impugnación del acto o negocio jurídico implica que éste es válido pero que por causas establecidas legalmente, pierde sus efectos de manera definitiva. Ahora bien, este concepto trasladado al reconocimiento de paternidad nos demuestra que estamos frente a instituciones jurídicas distintas, porque en el reconocimiento de paternidad el hecho que genera su ineficacia es precisamente la discrepancia trascendental entre la filiación jurídica y la biológica, discrepancia que por obvias razones se produce conjuntamente con el reconocimiento de paternidad y no posterior a él, por lo que no existe una causa legal posterior que habilite dejar sin efecto a dicho reconocimiento de paternidad, sino más bien, la causa se produjo desde el nacimiento del acto jurídico familiar, por lo que es evidente que “impugnación de paternidad” no es lo mismo que “impugnación del negocio o acto jurídico”.

Teniendo en cuenta que el vicio o defecto está desde el inicio de la celebración del acto jurídico, podemos decir que estamos frente a una ineficacia estructural y por ello, solo hablaríamos de nulidad o anulabilidad (por cuanto la inexistencia no ha sido regulada legalmente).

¹¹⁵ RAMIREZ JIMENEZ, Nelson (2014). “Impugnación de acuerdos: Comentarios a la sentencia del Quinto Pleno Casatorio”. Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 192. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, pp. 34-37.

¹¹⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato (2004). Contribución a la teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de LEÓN, Leysser. Editorial Grijley. Perú, pp. 528-529.

Antes de analizar cuál de estos supuestos de ineficacia estructural se asemeja a la impugnación de paternidad, es necesario que tengamos en consideración que el libro II de Acto Jurídico no está diseñado para aplicarse a las situaciones de hecho contenidas en el libro III, o al menos, ello es lo que busco acreditar en este extremo de mi trabajo, para ello compararé la nulidad y anulabilidad establecida en el Libro II (Acto Jurídico) con la nulidad y anulabilidad establecida en el Libro III (Familia).

a) En cuanto a las causales:

El inciso 2 del artículo 219 (antes de la derogatoria establecida por el Decreto Legislativo N° 1384) determinaba que eran nulos los actos jurídicos celebrados por incapaces absolutos; sin embargo, el artículo 389 establece que los adolescentes de catorce años pueden celebrar un reconocimiento de paternidad a pesar de ser considerados incapaces absolutos por el inciso 1 del artículo 43..

El inciso 6 del artículo 219 dispone que es nulo el acto jurídico en el cual no se observa la forma prescrita bajo sanción de nulidad; similar regulación está contenida en el inciso 8 del artículo 274 en donde se establece que la inobservancia de las formalidades del matrimonio también conllevaría la nulidad de dicho matrimonio; sin embargo, el artículo 268 establece la validez del matrimonio que se realice sin observar las formalidades exigidas por la ley, siempre y cuando exista el peligro de que uno de los contrayentes pueda fallecer, lo que evidencia que esta causal no es absoluta como ocurre en el caso de los actos jurídicos.

Finalmente, en los incisos 4, 5 y 6 del artículo 274 se establece como causal de nulidad del matrimonio la consanguinidad y la afinidad; sin embargo, en el artículo 219 no existe ninguna causal parecida.

Este breve recorrido por parte del articulado del Código Civil nos muestra lo que adelantó el profesor RÓMULO MORALES y que hemos mencionado en líneas anteriores, que en cuanto a las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico y del matrimonio existen serias diferencias que hacen cuestionarnos si realmente la normatividad del Libro II del Código Civil puede aplicarse al libro III del mismo cuerpo legal.

b) En cuanto a los efectos:

El artículo 152 nos dice que para el caso de actos jurídicos que se realicen a través de representante, la revocación del poder no puede oponerse frente a terceros si es que no se les puso en conocimiento esta revocación o se inscribió la misma; lo que nos hace concluir que no estamos frente a una nulidad del acto jurídico, porque si así fuera dicho acto jurídico no produciría ningún efecto jurídico; sin embargo, el artículo 264 establece que el matrimonio celebrado a través de representante no produce efectos (es nulo) si el poder que lo sustentaba es revocado antes de su celebración, sin importar si el apoderado (y obviamente el otro u otra contrayente) no conocían de esta revocación.

Como se puede apreciar para los actos jurídicos no se sanciona con nulidad el acto jurídico celebrado mediante un poder que ha sido revocado pero no comunicado al apoderado, todo ello porque se busca proteger al tercero; mientras que para el matrimonio, la revocación del poder produce efectos así no se haya puesto en conocimiento ni del apoderado ni del contrayente, lo que demuestra que los efectos son distintos para ambas revocatorias de poder.

El artículo 222 señala que el acto jurídico anulable no produce efectos jurídicos una vez que ha sido declarado nulo por sentencia judicial, lo que implica que a pesar de tratarse de un acto jurídico anulable, ya no podría ser ratificado después de emitida la sentencia judicial que lo declare nulo; sin embargo, el artículo 277 inciso 1 establece que es anulable el matrimonio del impúber, pero que aunque se hubiera anulado judicialmente dicho matrimonio puede ratificarse por los cónyuges cuando adquieren la mayoría de edad, lo que evidencia que los actos jurídicos anulables dejan de producir efectos una vez que han sido declarados nulos por sentencia judicial; sin embargo, el matrimonio de los impúberes así sea declarado anulable por sentencia judicial, podrá volver a producir efectos si los cónyuges adquieren la mayoría de edad y lo confirman.

Otro aspecto importante es que el artículo 284 establece que el matrimonio invalidado produce efectos como si fuera un matrimonio disuelto por divorcio con respecto al cónyuge e hijos que actuaron de buena fe, por lo que esta regulación se aleja de la nulidad de actos jurídicos en los que la declaración de nulidad deja sin efectos jurídicos a dicho acto.

Como se puede apreciar, los efectos de las nulidades y anulabilidades de los actos jurídicos no son los mismos que en el caso de las nulidades y anulabilidades ocurridos en las relaciones familiares, por cuanto en el derecho de familia un acto nulo puede producir efectos jurídicos y un acto anulable declarado judicialmente puede revivir y producir efectos jurídicos, por otro lado, una revocación de poder que no es oponible a terceros en cuanto a los actos jurídicos, para el matrimonio así no se haya comunicado esta revocación de poder ya cumple sus efectos y puede oponerse a terceros.

c) En cuanto a los legitimados a interponer la nulidad o anulabilidad:

El artículo 220 establece que podrán solicitar la nulidad del acto jurídico cualquier persona con interés, asimismo, también puede hacerlo el Ministerio Público e incluso, el juez puede declararla de oficio, con lo cual se evidencia que existe una amplitud de sujetos legitimados para interponer la acción de nulidad.

Similar regulación la encontramos en el artículo 275 en la que también se faculta a cualquier persona con interés legítimo y al Ministerio Público para solicitar la nulidad del matrimonio, además, el juez puede declararla de oficio si es manifiesta; no obstante, si este matrimonio nulo se ha disuelto o invalidado, el Ministerio Público no puede continuar la acción de nulidad o iniciar una nueva, asimismo, el juez tampoco puede declararla de oficio, lo que muestra que los legitimados para solicitar la nulidad se restringen ante circunstancias particulares, lo que no ocurre con el acto jurídico.

Por otro lado, el inciso 3 del artículo 274 nos señala que un matrimonio debe ser declarado nulo si se ha realizado con una persona casada; sin embargo, este artículo también determina que si el primer cónyuge ha muerto o el primer matrimonio ha sido declarado nulo, la única persona que puede interponer la acción de nulidad es el segundo cónyuge y solo si ha actuado con buena fe. En otras palabras, la restricción puede llegar a tal extremo que una sola persona es quien puede solicitar la nulidad lo que lo diferencia claramente del acto jurídico en donde ni aún en la anulabilidad se establece que sea una sola persona la que pueda solicitar la anulabilidad.

Otra restricción la encontramos en el inciso 9 del mismo artículo, en la cual, si ambos cónyuges han actuado de mala fe, ninguno de ellos puede solicitar la nulidad del matrimonio realizado ante funcionario incompetente, en otras palabras, aquí se excluye a los participantes del matrimonio como sujetos legitimados para interponer la nulidad, lo cual tampoco está contemplado en esos términos para los actos jurídicos.

Finalmente, tenemos que el artículo 278 establece que la nulidad y anulabilidad del matrimonio no pueden ser transmitidas a los herederos, ya que éstos sólo pueden proseguir con el proceso judicial ya iniciado, lo que evidencia que se busca restringir los legitimados a solicitar la nulidad del matrimonio excluyendo a los herederos de los cónyuges.

De todo lo dicho, considero que independientemente de la posición que adoptemos en cuanto a que si el reconocimiento de paternidad es un acto o negocio jurídico, lo cierto es que en nuestro país, su regulación legal está contenida en una sola legislación: la del Libro II del Código Civil de 1984. Normas que resultan distintas y hasta incompatibles con muchas de las regulaciones del Libro III del mismo Código Civil, por cuanto las causales de nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos son diferentes a las causales establecidas para el matrimonio, lo que es peor, los efectos de las nulidades y anulabilidades se relativizan en casos de familia y los legitimados para solicitarlas se restringen, todo ello porque las relaciones familiares son cambiantes y requieren de una regulación legal flexible, que les permita adaptarlas a los nuevos tiempos, e incluso, el Tercer Pleno Casatorio ha establecido claramente que las normas se deben flexibilizar en los procesos de familia, es por esta razón que considero que no se puede analizar la impugnación de paternidad desde la visión de impugnación de los actos o negocios jurídicos o de la nulidad y anulabilidad convencional, el tratamiento es distinto.

Un caso similar al que venimos analizando (en cuanto a la discrepancia entre la categoría jurídica descrita literalmente en la norma y la que contempla realmente según una interpretación correctora) lo tenemos en el artículo 92 del Código Civil, en el cual autoriza la impugnación de acuerdos de las asambleas asociativas, sin embargo, como bien lo refiere el profesor RÓMULO MORALES, la “impugnación del negocio jurídico” tiene un sentido técnico diferente, por cuanto conlleva un acto jurídico válido que deja de tener efectos por un supuesto establecido en la norma, no obstante, en la impugnación de acuerdos de las asambleas asociativas dichos acuerdos nacen viciados porque violan las normas legales o estatutarias¹¹⁷; por ello, y por otros argumentos, el citado profesor arriba a la conclusión de que el artículo 92 del Código Civil contiene la categoría jurídica de anulabilidad con plazos de caducidad diferentes a los de la prescripción de las anulabilidades del negocio jurídico¹¹⁸, lo que evidencia que no resulta incoherente con el sistema jurídico afirmar que la categoría de la anulabilidad puede tener elementos diferentes a los señalados de manera general en el Libro II del Código Civil de 1984.

En nuestro caso, debemos considerar que la disconformidad entre la filiación y la verdad biológica se da desde el momento mismo del reconocimiento de paternidad, por ende, la

¹¹⁷ MORALES HERVIAS, Rómulo (2014). “La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil”. Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 192. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, p. 29.

¹¹⁸ MORALES HERVIAS, Rómulo (2014). “¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos?”. Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 190. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, p. 27.

categoría de impugnación del acto o negocio jurídico no puede aplicarse a la impugnación de paternidad.

Tampoco se podría aplicar la categoría jurídica de nulidad del acto o negocio jurídico, por cuanto, existen artículos que permiten la discordancia entre la filiación biológica y la jurídica, por ejemplo, el artículo 376 establece que al existir una posesión constante del estado de hijo acompañado de las partidas de matrimonio y nacimiento hacen imposible el cuestionamiento de la paternidad ya sea por el padre, la madre e incluso por el propio hijo, ello sin importar si la filiación biológica concuerda con la jurídica; otro ejemplo lo tenemos cuando analizamos el artículo 389 (con las modificatorias introducidas por el artículo 1 de la Ley N° 27201 y el Decreto Legislativo 1384) que permite que los abuelos reconozcan a los nietos como hijos suyos, siempre y cuando los padres sean menores de catorce años, es decir, se autoriza que un reconocimiento discordante a la realidad biológica produzca efectos jurídicos; finalmente, podemos el texto primigenio del artículo 396 prohibía reconocer al hijo de mujer casada mientras el marido no lo niegue, es decir, el ordenamiento legal autorizaba que la discordancia entre la filiación jurídica matrimonial y la biológica produzca efectos jurídicos, mientras el marido no niegue su paternidad; hoy en día, con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1377 se ha corregido el aspecto discriminatorio de la norma porque se permite el reconocimiento del hijo de mujer casada cuando la madre haya declarado que no es de su marido; sin embargo, si el esposo y la esposa no niegan la paternidad del primero de ellos, continúa la restricción de al reconocimiento de paternidad por parte del padre biológico, con lo que se acepta la discordancia entre la filiación jurídica matrimonial y la biológica.

En conclusión, la llamada impugnación de paternidad busca cuestionar la discordancia entre la filiación biológica y la jurídica; sin embargo, ésta discordancia se produce desde el momento mismo del reconocimiento de paternidad por lo que no se trata de una categoría jurídica de impugnación del acto o negocio jurídico en el que el evento es posterior a la celebración del acto o negocio jurídico; además, el ordenamiento jurídico no niega de manera absoluta que la discordancia entre la filiación jurídica y la biológica produzca efectos jurídicos, por el contrario, establece supuestos legales en los que esta discordancia produce efectos jurídicos, en este sentido, considero que al igual que en el artículo 92 del Código Civil, estamos frente a una anulabilidad del acto jurídico, pero con plazos de caducidad distintos a los plazos de prescripción de la anulabilidad del acto o negocio jurídico¹¹⁹; porque lo que sí es evidente es que el reconocimiento de paternidad es provisionalmente válido hasta que el círculo cerrado de legitimados declare que cuestionará la paternidad, además, este reconocimiento de paternidad discordante puede ser confirmado explícita o implícitamente (ver: artículo 366 inciso 2, artículo 376, artículo 390 y el artículo 398).

II.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

Teniendo en claro que estamos frente a una categoría jurídica de anulabilidad del acto jurídico familiar, es momento de que analicemos las disposiciones en la materia contenidas en nuestro vigente Código Civil, así como las razones de su establecimiento, a fin de entender sus alcances y limitaciones en el contexto actual.

¹¹⁹ Ibidem., p. 27.

2.1.- La declaración de la madre no afecta la paternidad matrimonial

Para comenzar con nuestro análisis debemos señalar que el Código Civil establecía en su texto primigenio que:

Artículo 362.- *El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.*

En la exposición de motivos del artículo 362 del Código Civil se hace referencia a que:

“ni aún la madre –de quien se presume que tiene relaciones sexuales con su marido- puede saber si el hijo es de este o de otro varón con quien afirma tener o haber tenido trato carnal. En la duda, la Ley se inclina en favor del hijo, a quien, aún en el caso de códigos como el peruano que igualan en derecho a todos los hijos, le conviene más, aunque fuera solo por razones morales, ser tenido como fruto de relaciones matrimoniales que producto de una inmoralidad y un delito”¹²⁰.

Esta norma nos ponía en el supuesto de hecho que a pesar de que la esposa y madre declare que el niño, niña o adolescente no es hijo o hija de su marido, se debe continuar con la presunción de paternidad del esposo, es decir, la sola declaración de la esposa no es suficiente para quitarle a un menor la filiación jurídica que ostenta. Cabe mencionar que se trataba de una norma discriminatoria por cuanto se le resta validez a la declaración de la mujer, más aún si se tiene en cuenta que es ella la que está en mejores condiciones de conocer quién es el padre de sus hijos. Sin embargo, tenía su explicación en la exposición de motivos, debido a que el legislador pensó que si por el deber matrimonial de compartir el mismo lecho, se presume que la esposa mantiene relaciones sexuales con su esposo, por lo que si lo está engañando, también estaría manteniendo relaciones sexuales con otro hombre, en consecuencia, al mantener relaciones sexuales con dos hombres, es evidente que no tendría una certeza absoluta de quién es el padre por lo que su declaración no puede ser determinante para establecer la paternidad de sus hijos.

Hay que reconocer que el legislador no se puso en el supuesto de que la esposa no haya mantenido relaciones sexuales con su esposo (sea porque están separados o porque ella no permitió dichas relaciones sexuales o porque recién mantuvo estas relaciones sexuales cuando ya se encontraba embarazada de otra persona), en este supuesto, la esposa tendría la certeza de que el hijo o hija no es de su esposo. No obstante, mientras se aplicaba esta norma, su testimonio no era suficiente para destruir la filiación jurídica existente. Prueba de ello es que tenemos que en algunos casos analizados, a pesar de que la esposa ha manifestado que el hijo no es del esposo, al no haberse practicado la prueba del ADN la demanda fue declarada infundada, porque no existe una certeza plena sobre la filiación biológica del menor de edad y al no haber un medio probatorio determinante, es mejor dejar que subsista la filiación tal y como está.

Pero hay algo más, en la exposición de motivos se habla de que ante la duda la ley se inclina en favor del hijo, por cuanto es mejor continuar con la presunción de que el hijo es fruto de un matrimonio a que este niño, niña o adolescente es fruto de una infidelidad (en términos de la exposición de motivos: inmoralidad o delito), en otras palabras, esta norma

¹²⁰ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS (1988). Tomo IV. Segunda Edición. Compiladora REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Grafotecnia Editores e Impresores. Perú, p. 496.

tiene como finalidad defender “la moral del niño, niña y adolescente”. Si bien no podemos afirmar que estas razones morales tengan relevancia como en el pasado (sobre todo porque hoy hablamos de un nuevo concepto de familia), más aun ante estereotipos y patrones social y culturalmente arraigados que pueden resultar vulneratorios de los derechos de las personas, sí resulta necesario rescatar que el legislador consideró que esta presunción está en favor del niño, niña o adolescente, por cuanto, ante la duda en su origen biológico, según el legislador, le conviene mantener su filiación jurídica y por ende, rechazarse su cuestionamiento, a pesar de que la propia madre manifieste el verdadero origen biológico.

En todo caso, se trataba de una disposición que, por las razones expuestas, requería ser evaluada, más aún en situaciones en las que se encuentra de por medio la primacía del interés superior del niño, por ejemplo puede ocurrir en aquellos casos en que la madre ya se separó de su esposo y vive con el padre del menor y con éste, situaciones en las que sin duda de lo que se trata es de facilitar la adecuación legal a la real, y garantizar su derecho a la identidad (personal y familiar).

Ante esta serie de cuestionamientos, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1377 ha modificado el texto de la norma estableciendo que:

“Artículo 362.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”.

Lamentablemente no hay ninguna exposición de motivos que nos lleve a tener certeza sobre las razones que han motivado el cambio; sin perjuicio de ello, debemos considerar que era criticable tanto el texto primigenio como la modificatoria, porque ahora la filiación depende de la voluntad de la madre, aunque esta sea contraria a la realidad biológica, debido a que puede ocurrir que la esposa, que se ha visto traicionada por el esposo, recurra al engaño en cuanto a la filiación del hijo de ambos como una forma de castigar al infiel, además, puede ser que realmente la esposa no tenga certeza si su esposo o un tercero sea el padre biológico del hijo porque habría mantenido relaciones sexuales con ambos, pero la modificatoria le da eficacia probatoria plena a la declaración de la esposa.

Por todo ello, considero que ni la presunción ni la declaración de la madre deben ser utilizados en contra del niño/a y adolescente, por cuanto es su interés el que está en disputa, en este sentido, no se trata de mantener la presunción o dejarla al arbitrio de la madre, sino que debe prevalecer lo que es más beneficioso para el menor, como podría haber sido mantener la presunción de filiación salvo que ambos cónyuges declaren lo contrario o se establezca en proceso judicial una filiación diferente.

2.2.- Plazo de acción contestatoria como una forma de defender la estabilidad familiar

El Código Civil establece que:

Artículo 364.- La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

En las normas de filiación matrimonial se ha considerado como un postulado básico que solo al marido le puede interesar la negación de la paternidad del hijo nacido de su esposa, pero, a la vez, esta posibilidad ha sido restringida en cuanto al plazo para ejercitar la acción, por ello es que se habla de un plazo muy corto de tan solo 90 días desde el día siguiente del parto.

Sobre el particular, sostiene MONGE que:

“...este plazo es, naturalmente, de orden público y al silencio del marido durante el lapso de 90 días la ley le atribuye un efecto negativo, esto es la imposibilidad de contestar posteriormente la paternidad. Pero el silencio puede también ser interpretado como un reconocimiento tácito de paternidad.

*En cualquiera de las hipótesis, la abstención del marido de interponer la acción contestatoria nos permite presumir el perdón de la infidelidad o, bien, la resignación del engaño. Cabe advertir que el legislador no contempla aquella hipótesis en la cual el nacimiento hubiera sido escondido al marido. Es dable suponer que, en este caso, el plazo de 90 días para interponer la acción contestatoria debe contarse desde el momento del descubrimiento del acontecimiento. Sin embargo, corresponderá al marido probar el fraude del cual ha sido víctima. Por otra parte, la brevedad del plazo de que dispone el marido para accionar (el Código Civil francés prevé un plazo de seis meses) se explica en razón del carácter grave de las consecuencias que genera la contestación de la paternidad. **Evidentemente, no es conforme al interés del niño que su filiación permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre**¹²¹.*

En otras palabras, es cierto que el marido cuenta con la potestad de negar la paternidad de los hijos de su mujer, pero esta potestad no puede ser absoluta e ilimitada, por ello es que el ordenamiento legal le ha establecido diversos límites, uno de ellos es el plazo para realizar la negación de esta paternidad.

El plazo de noventa días puede parecer muy corto e incluso hay quienes afirman que ya no debería establecerse ningún plazo, o, como veremos en las sentencias analizadas, muchos de los juzgadores han realizado un control difuso de este plazo estableciendo que afecta el derecho de los niños a conocer su verdad biológica, por lo que este plazo es inconstitucional. Sin embargo, al parecer el legislador ha optado por establecer un plazo de caducidad muy corto por cuanto considera que si se le autoriza al marido para que pueda contestar la paternidad en cualquier momento podría sostenerse que a quien se estaría afectando es al menor de edad, porque su filiación estaría en duda durante toda su vida; o asimismo puede haber considerado que el esposo puede haber perdonado en un momento la infidelidad de su esposa, pero ante una discusión podría cambiar de parecer y contestar la paternidad, lo que evidentemente podría ser tildado de arbitrario, lo que, además, conlleva un perjuicio para el niño, niña o adolescente porque perdería su filiación matrimonial por una discusión entre dos adultos.

Por lo expuesto, en nuestra opinión es evidente que el legislador no pensaba en evitar que el niño conozca su verdad biológica, sino más bien pensaba evitar que la filiación de

¹²¹ MONGE TALAVERA, Luz (2010). Plazo para interponer la acción contestatoria. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú, pp. 477-478.

un niño, niña o adolescente quede al arbitrio del esposo, generando con ello una incertidumbre filial que afecte el normal desarrollo del menor de edad.

En efecto, al parecer el legislador buscaba evitar que se generen situaciones injustas; así por ejemplo, si el esposo comete violencia familiar en contra de su esposa, esta no podría denunciarlo porque de inmediato su hijo perdería la filiación jurídica; o, como veremos en varios de los casos analizados, si la esposa demanda los alimentos para su hijo, sabe que éste puede perder su filiación jurídica, por lo que prefiere solventar de manera personal las necesidades de su hijo menor de edad.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe considerar que si bien nos queda clara la intención del legislador, ello no significa que en todos los casos se mantenga una situación de incertidumbre sobre la paternidad de un niño, niña y adolescente si es que no existiera un plazo de caducidad. Resulta evidente que dichos cuestionamientos de paternidad no son la mayoría, constituyendo casos excepcionales, además, como se viene sosteniendo a lo largo de este trabajo, el juzgador debe analizar cada caso en concreto a fin de no perjudicar el interés superior del niño, niña o adolescente, por lo que debe considerar el estado de familia ya formado y si este cuestionamiento a dicho estado podría afectar a la persona menor de edad.

2.3.- El marido no puede negar a su hijo cuando sabía del embarazo o si ha dicho que es suyo

Nuestro Código Civil establece que:

“Artículo 366.- *El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3:*

1.- Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo.

2.- Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo (...).”

Como ya lo hemos dicho, es al esposo a quien le corresponde contestar la paternidad de los hijos de su esposa, pero esta facultad no puede ser ilimitada, por ello es que se le concede un plazo de noventa días para que pueda contestar dicha paternidad.

Otra de las limitaciones que se le impone es que no haya tenido conocimiento del embarazo de su esposa antes de contraer matrimonio o que no haya reconocido que es su hijo, sin importar si este reconocimiento es expreso o tácito.

Según ZANNONI, esta regulación tiene su fundamento en un estándar ético – jurídico, debido a que quien contrae matrimonio con una mujer embarazada y con conocimiento de dicho embarazo, está reconociendo que el niño/a por nacer es su hijo/a, por lo que el Derecho lo presume así, sin importar si es o no el padre biológico¹²².

Es decir, el legislador busca evitar que las personas vayan en contra de sus actos propios, por lo que si el hombre sabía que su pareja le fue infiel y producto de esa infidelidad es que está embarazada, pero a pesar de ello contrae matrimonio o admite expresa y

¹²² Citado por BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “Causales de improcedencia de la acción contestatoria”, Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, p 481.

formalmente que el hijo es suyo, es evidente que ya no podría contestar su paternidad, porque él sabía que el hijo no era suyo, sin embargo, decidió reconocerlo y aceptarlo como hijo suyo.

Debemos notar que para el legislador, no importa si el hijo es o no hijo biológico del esposo, sino que lo que aquí interesa es que, si fue reconocido como tal al contraer matrimonio, éste ya no puede contestar su paternidad, por lo que en este sentido, así se realice una prueba de ADN y se establezca que biológicamente el niño no es hijo del esposo, ésta prueba no podría cambiar la filiación establecida, porque, repito, en este supuesto de hecho no interesa la verdad biológica sino más bien, los actos realizados por el marido.

La razón de esta norma es que si el esposo aceptó que el hijo es suyo y por ende, es un hijo matrimonial (a pesar de que su concepción se dio antes del matrimonio), no podría simplemente cambiar de parecer y destruir el origen del citado menor. Como se ve, esta norma tampoco busca defender el origen biológico del niño, niña o adolescente, sino que lo que busca es defender la filiación matrimonial frente a la extramatrimonial porque ésta garantiza mejor la estabilidad familiar del menor de edad. Sin embargo, nuevamente insistimos en que lo expuesto no puede constituir una regla aplicable a todos los casos. Y es que pueden presentarse diversos supuestos, como por ejemplo que el padre biológico ya ha formado un estado de familia con el hijo matrimonial y el esposo cuenta con otra familia distinta a la matrimonial, por lo que requiere regularizar todos sus documentos cuestionando la paternidad. Sin embargo una aplicación de la norma sin tener en cuenta esta especial situación y la protección de derechos fundamentales llevaría a que, como conocía del embarazo de su esposa y aceptó que el hijo era suyo, no podría cuestionar la paternidad a pesar de que el niño le interesa defender su estado de familia actual. Es esta la razón por la que se propone que cada caso en particular sea analizado desde la perspectiva del interés superior del niño, niña y adolescente.

2.4.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial

El Código Civil señala que:

“Artículo 376.- Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo”.

BUSTAMANTE OYAGUE nos dice que

“...con esta disposición se faculta al juez a declarar inadmisibile cualquier acción que pretenda variar o modificar la filiación matrimonial que reúna la acreditación de la posesión constante del estado de hijo matrimonial. Posesión de padre-hijo que ha trascendido a la sociedad, la cual es testigo de esta situación que ambos han puesto de manifiesto, conducta que se ha visto corroborada con los respectivos títulos ya sean éstos partidas de nacimiento de los hijos y partidas de matrimonio de los padres. De este modo, se fortalece la filiación matrimonial, impidiéndole cualquier forma de cuestionamiento a dicho status jurídico, que es la expresión del comportamiento de los padres e hijos como tales, aunado a ello el título de los hijos (partidas de nacimiento) y de los padres (partida de matrimonio

*civil). En este caso, la filiación matrimonial no puede ser impugnada, ni por los padres ni por los hijos*¹²³.

Como vemos, hasta el momento las normas analizadas buscan eliminar la arbitrariedad del esposo en cuanto al ejercicio de su derecho a contestar la paternidad de los hijos de su esposa, para lo cual pone límites temporales y principistas (no ir en contra de sus propios actos). Sin embargo, llama la atención y preocupa que ni el propio hijo pueda cuestionar esta paternidad, ya que no puede existir un estado de familia beneficioso para el niño, niña o adolescente, si es éste quien desea cuestionar su paternidad- En virtud de lo expuesto, reitero mi posición en que cada caso debe ser analizado de manera individual, sin poder establecer normas aplicables de manera automática a todos los casos concretos.

2.5.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable

El Código Civil establece que:

Artículo 395.- *El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.*

El reconocimiento es un acto voluntario que se encuentra debidamente tipificado en el ordenamiento legal y por el cual se busca vincular al padre con el hijo, es decir, declarar un estado familiar¹²⁴. Esto nos lleva a concluir que realizado el reconocimiento resulta inviable que se pueda dimitir de las implicancias jurídicas que emanen de su proceder inicial, por cuanto ello sería ir en contra de sus actos propios. Ello demuestra la principal característica del reconocimiento que es la irrevocabilidad del mismo¹²⁵.

Otra vez nos encontramos con una norma que busca repeler la arbitrariedad y conceder a los niños, niñas y adolescentes seguridad en cuanto a su filiación, en este sentido, el artículo en comentario conlleva la irrevocabilidad del reconocimiento, por cuanto afectaría seriamente a la seguridad jurídica que quien reconoce la paternidad de un niño, niña o adolescente pueda revocar su reconocimiento sin mayor contratiempo, además de ser un acto totalmente arbitrario.

2.6.- Plazo para negar el reconocimiento es de 90 días

El Código Civil refiere que:

Artículo 400.- *El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.*

El Código Civil de 1852 no contenía plazo de caducidad para la acción de cuestionamiento de la paternidad (artículo 240); por el contrario, el Código Civil de 1936 introdujo por primera vez un plazo de tres meses (artículo 364), plazo que fue ratificado en el Código Civil de 1984. Los legitimados para negar la paternidad son cualquiera de los progenitores

¹²³ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial”, Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, p. 498.

¹²⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Reconocimiento como acto puro e irrevocable. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú, p. 546.

¹²⁵ Ibidem p. 547.

que no hayan participado en el acto del reconocimiento, además, esta acción también puede ser interpuesta por el hijo o sus descendientes si éste hubiera fallecido, y, finalmente, también lo pueden iniciar quienes tengan un legítimo interés.

Según VARSÍ ROSPIGLIOSI el plazo es muy corto y genera la desaparición del derecho de cuestionar porque mantener la filiación beneficiosa, favorece y mejora la situación jurídica del niño/a. En este sentido, estando a que el cuestionamiento de la paternidad puede afectar al niño/a, es evidente que la posibilidad de este cuestionamiento debe tener limitaciones como la del plazo de caducidad¹²⁶.

2.7.- Reconocimiento de hijo de mujer casada no procede

El Código Civil, en su texto primigenio, establecía que:

Artículo 396.- *El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.*

Artículo 404.- *Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.*

ALEX PLÁCIDO nos dice que con estas normas se comprueba que:

“(...) un sistema jurídico no admite la coexistencia de filiaciones incompatibles y, en el supuesto de presentarse tal imposible jurídico, prefiere la filiación matrimonial frente a la filiación extramatrimonial, si aquella está determinada en primer lugar. Esta restricción se resume en lo siguiente: solo el marido puede ser juez de su propia paternidad. Desde este punto de vista, es el marido -él y solo él- quien puede valorar los alcances de la conducta infiel de su esposa y podía, por muchas razones, perdonar. Asume, entonces, la paternidad del hijo concebido por ella y nadie puede cuestionarlo; con lo cual, se descarta que otros intereses, por fundados que pareciesen, pudieran legitimar activamente a otras personas como, por ejemplo, el propio hijo. Los fundamentos de tal solución se encuentran en que la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde al marido y, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad; en que se presume que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y se supone, por tanto, que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; en que el matrimonio es la unión de derecho en que se funda la familia y requiere protección; y, en que la defensa de la tranquilidad de los hogares o de la estabilidad social requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal”¹²⁷.

Como se puede apreciar, esta prohibición parece estar vinculada al estado de familia, ya que si la familia se ha comportado como tal y la sociedad los reconoce, es evidente que se le está brindando a los hijos e hijas una estabilidad familiar necesaria para que se

¹²⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Plazo para negar el reconocimiento. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú, pp. 562-563.

¹²⁷ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2010). Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada. Op. Cit., pp. 552-553.

desarrollen debidamente, por lo que permitir que un tercero pueda romper esa tranquilidad y destruir el hogar de los menores de edad con el único objeto de reclamar su paternidad, conllevaría una afectación hacia el interés superior del niño, niña o adolescente (analizado de forma abstracta), por esto es que nuestro legislador limita el cuestionamiento de la paternidad matrimonial al esposo.

Sin embargo, siguiendo la lógica planteada por ALEX PLÁCIDO, estas normas buscan proteger un estado de familia basado en la conducta infiel de la esposa y en el perdón del esposo, lo cual, además de constituir un estereotipo discriminatorio, no considero que corresponda a la realidad actual, o al menos, no corresponde a una realidad tan generalizada como para constituirlo en una regla general de obligada aplicación en todos los supuestos, por cuanto, pueden existir casos en los cuales el esposo no cuestiona la paternidad por simple desinterés, a pesar de que existe un estado de familia formado entre el padre biológico y el hijo matrimonial.

Asimismo, esta falta de cuestionamiento de la paternidad puede tener su origen en un acto contrario al concebido por el legislador y desarrollado por ALEX PLÁCIDO, por cuanto, el esposo no cuestiona la paternidad porque no habría perdonado la infidelidad de la esposa y su manera de vengarse es que no se pueda reconocer legalmente el estado de familia formado entre el padre biológico y el hijo matrimonial con lo que se estaría afectando el interés superior del niño (en el caso concreto); e incluso, pueden existir casos en que no ha existido ninguna infidelidad porque si bien ambos esposos continúan casados, ellos ya se habrían separado desde hace mucho tiempo y ambos podrían tener nuevas familias. Ante estas situaciones, pareciera que en lugar de defender un estado de familia real, se estaría defendiendo un estado de familia formal y basado en concepciones tradicionales que puede afectar el interés superior del niño, niña y adolescente y derechos fundamentales de las partes involucradas.

En tal sentido, era necesaria una regulación legal que permita que sea el juez quien proteja el derecho fundamental a tener una familia en cada caso concreto, por ello, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1377 derogó el artículo 404 y modificó el artículo 396 estableciendo como su nuevo texto legal el siguiente:

*“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”.*

Nuevamente vemos que el legislador modifica el texto legal y le da el carácter de prueba plena a la declaración de la madre; por lo que de dicha declaración dependerá la filiación del hijo; sin importar que ésta corresponda o no a la vinculación biológica, por lo que considero que el problema materia de análisis no ha sido solucionado con esta modificatoria.

2.8.- El reconocimiento sólo puede ser impugnado por quién no interviene en él

El Código Civil nos dice que:

Artículo 399.- *El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.*

ALEX PLÁCIDO nos dice que esta norma está dirigida al supuesto en el que uno de los progenitores no ha participado en el reconocimiento realizado por el otro, es decir, la impugnación de paternidad no la podría realizar quien ha reconocido la paternidad del hijo, sino más bien, la podría realizar quien no ha intervenido en dicho reconocimiento¹²⁸.

Aunque es escasa la información sobre los motivos de este artículo, considero que se debe a que el artículo 395 del Código Civil establece que el reconocimiento es irrevocable, por lo que si autorizamos a que quien ha realizado el reconocimiento pueda impugnarlo posteriormente, estaríamos autorizando la revocabilidad del reconocimiento.

III.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LAS SENTENCIAS DE CASACIÓN

Como se estableció en nuestro plan de tesis, se han analizado las sentencias casatorias civiles desde el año 2010 hasta el año 2015. Luego de realizada la búsqueda, para alcanzar nuestros objetivos, hemos descartado las sentencias en las cuales se ha declarado IMPROCEDENTE el recurso de casación, por cuanto en dichas sentencias no se está emitiendo ningún pronunciamiento sobre el fondo. Asimismo, tampoco serán materia de análisis aquellas sentencias en las cuales si bien se ampara el recurso de casación, ello responde a defectos puramente formales en los que no se verifica la primacía de la estabilidad familiar o la verdad biológica.

En este sentido, hemos limitado el universo de sentencias casatorias a un total de nueve (9). Cabe referir la inclusión de la CASACIÓN Nº 2390-2004-ICA, pues si bien no está dentro del ámbito temporal escogido, dada su importancia, resulta necesario estudiarla en el presente trabajo de investigación. Esta jurisprudencia será analizada mediante el método inductivo, ya que tendremos como base a los fenómenos particulares (sentencias) para tratar de lograr explicaciones o conocimientos generales.

El objetivo de este acápite es mostrar cómo vienen, a partir de un análisis cualitativo de sentencias, resolviendo los jueces los casos vinculados al tema materia de la presente tesis en relación a lo establecido en el articulado del Código Civil referido anteriormente.

Sin embargo, cabe incidir en que, para efectos del presente acápite y en el marco de la propuesta que plantea la presente tesis, la finalidad es sólo plantear objetivamente la forma como se resolvió cada caso, sin pronunciarnos sobre el análisis de los alcances y limitaciones de la decisión de fondo. Ello debido a que, como bien se busca plantear en todo el desarrollo de la tesis, la solución en cada caso dependerá de la situación concreta, y en atención al respeto del interés superior del niño, niña y adolescente, su calidad de sujeto de derechos, la protección de derechos fundamentales y de ser el caso, la ponderación en los casos de conflictos de derechos.

¹²⁸ PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2010). “Impugnación del reconocimiento”. Publicado en: Código Civil comentado. Tomo II. Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú, p. 561.

3.1.- ¿El reconocimiento es irrevocable?

El Código Civil establece que:

Artículo 395.- *El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.*

Como ya se ha referido, el fundamento de esta norma es que una vez reconocida la filiación con una persona, ya no haya posibilidad de revocar este reconocimiento. No obstante, veamos lo que ocurre en nuestra jurisprudencia Casatoria.

CAS. 864-2014-ICA¹²⁹

a) Hechos

El Sr. Verástegui conoció a la Sra. López, manteniendo relaciones sexuales fuera de su matrimonio por lo que cuando la Sra. López le dijo que el niño que estaba esperando era suyo, él no tuvo motivos para desconfiar.

Durante todo el estado de gestación y después del parto, la Sra. López exigió al Sr. Verástegui que cumpla con sus obligaciones de padre, tan es así que lo demandó por alimentos; no obstante, el Sr. Verástegui tenía dudas sobre su paternidad por lo que le requirió realizarse la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico). Es así que, a finales del año 2011 se practica la citada prueba. Cuando recibió los resultados se determinó que al cien por ciento (100%) que el Sr. Verástegui no era el padre biológico del hijo de la Sra. López¹³⁰, por lo que interpone demanda de impugnación de paternidad, la misma que fue declarada fundada en primera instancia, pero revocada en segunda instancia debido a que el reconocimiento es irrevocable.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema resuelve en este caso concreto lo siguiente:

“la concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma 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.- Sexto.- Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el 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, de acuerdo a la concepción previamente propuesta.- Séptimo.- Que por consiguiente, se advierte que el Ad quem ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolucón; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó interpretación sistemática, acarreado ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida”.

¹²⁹ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina), CAS. 864-2014-ICA publicada el 30 de diciembre de 2014, pp. 59795 – 59797.

¹³⁰ Hechos alegados en el escrito de demanda.

Como se desprende de esta sentencia, la segunda instancia realizó una valoración e interpretación literal del texto del artículo 395 del Código Civil, en cuya opinión el Sr. Verástegui no podía revocar el reconocimiento de paternidad realizado, al ser este irrevocable según la citada norma. Sin embargo, la Corte Suprema declara nula la sentencia de vista porque considera que la lectura del artículo 395 del Código Civil amerita una interpretación sistemática con el derecho fundamental a la identidad que, según la Corte Suprema, comprende al derecho a conocer a sus padres (origen biológico) contenido en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, a pesar del reconocimiento de paternidad realizado por el Sr. Verástegui, éste está legitimado para impugnar su propio reconocimiento a fin de garantizar el derecho del menor, cuya paternidad de cuestiona, de conocer a sus padres.

En esta sentencia no hemos encontrado ningún análisis concreto del interés superior del niño, por cuanto la Sala Suprema, sin motivación al respecto, se limita a establecer que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de conocer su origen biológico, sin tener en consideración si en el caso concreto esta verdad le beneficia o perjudica al menor.

Otro aspecto importante es que no se hace referencia a la opinión del menor, es decir, se estaría aceptando el cuestionamiento de la paternidad sin preguntarle al menor si éste desea saber su verdad biológica o no.

CAS. N° 1602-2011 LIMA¹³¹

a) Hechos

El Sr. Vivanco tuvo una relación de carácter sentimental con la Sra. Ames por el año dos mil tres, la Sra. Ames le comunicó que estaba embarazada, sin embargo no hicieron vida en común por cuanto la Sra. Ames buscaba en todo momento culminar su relación sentimental, por lo que dejó de brindarle apoyo económico, pero en la creencia que la menor nacida el 13 de noviembre del año 2003 era producto de la citada relación sentimental, cumplió con su obligación y la inscribió en el Consejo Distrital de Ate, reconociendo su paternidad; tiempo después, la Sra. Ames interpone demanda de alimentos en contra del Sr. Vivanco, siendo declarada fundada dicha demanda y fijándosele una pensión alimenticia.

Posteriormente, el Sr. Vivanco se enteró de que la Sra. Ames había sido pareja de otros hombres antes de iniciar su relación con él, motivo por el cual se practicó una prueba de ADN (Ácido Desoxirribonucleico), la misma que concluyó en que el Sr. Vivanco queda excluido de la paternidad biológica de la menor, por ello demandó la impugnación de paternidad y solicita que la Sra. Ames le devuelva los alimentos que viene percibiendo, así como sus intereses y el pago de una indemnización.

Esta demanda fue declarada improcedente en la primera instancia, considerando que según la doctrina el reconocimiento es un acto unilateral e irrevocable, y quien lo practica es por su propia voluntad, por lo que no puede dejarlo sin efecto; no obstante, la segunda

¹³¹ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina). CAS. N° 1602-2011 LIMA, publicada el 1 de octubre de 2012, pp. 37260-37261.

instancia revoca esta sentencia y la declara fundada, por lo que la Sra. Ames interpone Casación afirmando que se ha dejado de aplicar el artículo 395 del Código Civil.

b) Fundamentos de la Casación

La Corte Suprema resolvió que:

“La concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada al respecto por el artículo sexto del Código de los Niños y Adolescentes, según el 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. En el caso de autos existe la prueba de ADN, que ha sido valorada por el Colegiado Superior, la cual acredita que el demandante no es el padre biológico de la menor de iniciales J.M.V.A; por consiguiente, los Jueces Superiores: no han vulnerado norma alguna al declarar fundada la demanda, en el entendido de que el demandante no es el verdadero padre de la menor, al haberse ello acreditado con la prueba actuada en autos. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el Ad quem ha establecido que la madre de la menor procedió con dolo al manifestar que el demandante era el padre e hizo que lo reconociera como suyo e incluso planteó un proceso de alimentos en su contra, razón por la cual el acto jurídico de reconocimiento practicado por el demandante resulta ser un acto viciado. Por consiguiente, la denuncia de carácter material tampoco puede prosperar”

Como se ve en esta sentencia casatoria, nuestra Corte Suprema reafirma el criterio por el cual a pesar de que la norma indica que el reconocimiento es irrevocable, en este caso concreto se optó por la primacía de la verdad biológica y por ende, quien ha efectuado el reconocimiento de una hija podría impugnarlo a pesar de la prohibición legal.

En esta sentencia tampoco hemos encontrado ningún análisis concreto del interés superior del niño, por cuanto no se ha considerado si en el caso concreto esta verdad biológica beneficia o perjudica a la menor, sobretodo, porque parte de la pretensión es que se deje sin efecto la pensión alimenticia que se le venía brindando y que se devuelva lo indebidamente cobrado con sus respectivos intereses, con lo cual, la menor no sólo perdería su pensión de alimentos, sino que además, la única progenitora que está reconocida estaría obligada a devolver una cuantiosa suma de dinero, lo que podría verse reflejado en la imposibilidad de acudir con los alimentos de la menor.

Otro aspecto importante es que, tampoco se hace referencia a la opinión de la menor, es decir, se estaría aceptando el cuestionamiento de la paternidad sin preguntarle si desea saber su verdad biológica o no.

Finalmente, es necesario resaltar que los jueces supremos valoran el dolo con el que ha actuado la madre de la menor, valoración que resulta ajena al análisis del interés superior del niño, por cuanto el dolo de los progenitores no puede perjudicar a los hijos.

CAS. Nº 2245-2014 SAN MARTÍN¹³²

a) Hechos

La Sra. Rengifo y el Sr. Loja mantuvieron relaciones sexuales y posteriormente se separaron por lo que éste último se negó a reconocer su responsabilidad cuando se enteró que la Sra. Rengifo se encontraba embarazada.

En el año 2004, cuando la Sra. Rengifo se encontraba en la ciudad de Moyobamba, conoce al Sr. Cojal con quien mantiene una relación de amistad y posterior enamoramiento, a pesar de los tres meses de gestación de la Sra. Rengifo; posteriormente, nació el menor de iniciales D.C.R.

Cuando nació el niño D.C.R., el Sr. Cojal asentó la partida de nacimiento ante la Municipalidad de Moyobamba, aceptando su paternidad; posteriormente, en el año 2005, terminó la relación sentimental entre la Sra. Rengifo con el Sr. Cojal por existir discrepancias irreconciliables entre ambos; razón por la cual, el Sr. Cojal interpone demanda de impugnación de paternidad en contra de la Sra. Rengifo, teniendo como petitorio que se declare que el Sr. Cojal no es el padre biológico del menor D.C.R. La sentencia de Primera Instancia ampara la pretensión, pero la sentencia de segunda instancia revoca la misma y la declara infundada.

b) Fundamentos de la Casación

La Corte Suprema resolvió lo siguiente:

*“La Teoría de los Actos Propios, según la cual el declarante de voluntad no puede inobservarla, a menos que la ley legitime dicha contradicción; constituye una regla que requiere conducta vinculante, pretensiones contradictorias e identidad de sujetos; requisitos que concurren en el caso de autos, en el que la conducta vinculante está dada por el acto de reconocimiento del menor como padre, por parte del demandante a sabiendas que éste no es su hijo biológico (lo que finalmente ha quedado acreditado en autos); la pretensión contradictoria está dada por el alegar la nulidad de dicho acto de reconocimiento por no ser el padre biológico del menor pese a que lo realizó a sabiendas que no era el padre biológico del menor y la identidad de sujetos, pues el acto de reconocimiento involucra a las mismas partes, padre e hijo. **Décimo.-** En el caso de autos nos encontramos ante un reconocimiento de paternidad, “voluntariamente inexacto”, al haber sido realizado por quien sabe que no es padre biológico del reconocido; por ello en virtud a la Teoría de los Actos Propios, quien realiza este tipo de reconocimientos no puede luego ir contra su propio acto pretendiendo se declare la nulidad del acto de reconocimiento alegando un vicio aceptado por éste... El recurrente denuncia la infracción del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que se debe aplicar las normas referidas al reconocimiento del hijo extramatrimonial a fin de dejar salvo el derecho del menor, a poder ser reconocido por su padre biológico.*

¹³² SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Cunya Celi). CAS. Nº 2245-2014 SAN MARTÍN, publicada el 30 de abril de 2015, pp. 61936-61938.

Sobre el particular, se tiene que dicha norma también deviene en inaplicable, por cuanto, conforme a lo precisado precedentemente y los puntos controvertidos señalados a folio treinta y tres, el meollo del asunto radica en determinar si corresponde o no anular la partida de nacimiento del menor de iniciales D.C.R. por haber sido asentada por el demandante, quien alega no ser su padre biológico; y por ende la resolución de la litis en nada afectará el mencionado derecho del menor; quien tiene la posibilidad de hacer valer su derecho como considere pertinente”

A primera vista podría pensarse que la Corte Suprema ha modificado su criterio en cuanto a la interpretación que se venía realizando del artículo 395 del Código Civil; sin embargo, si leemos detenidamente la sentencia, nos damos cuenta que ello no es así, porque refiere que en este caso el demandante reconoció al menor como hijo suyo pese a que sabía que no era el padre biológico, por lo que ahora no puede ir en contra de sus actos propios y en consecuencia, su reconocimiento de paternidad es irrevocable. Ello nos refleja el criterio jurisprudencial de que el reconocimiento de paternidad es irrevocable cuando el padre reconoce al niño sabiendo que no es el padre biológico, pero si se realiza dicho reconocimiento por engaño, entonces el reconocimiento es revocable.

Lo dicho anteriormente nos refleja que no hay un análisis concreto del interés superior del niño, porque se está examinando si el demandante puede o no revocar su reconocimiento de paternidad si lo realizó sabiendo que el hijo no era suyo, pero en ninguna parte de la sentencia se analiza si declarar fundada o infundada la demanda afecta o beneficia de manera concreta al menor.

Por otro lado, tampoco existe ninguna referencia a la opinión del menor, por lo que se estaría manteniendo una paternidad sin que se haya escuchado al menor.

Finalmente, se debe resaltar que la Corte Suprema refiere que no se vulnera el derecho del menor a conocer a su verdadero padre o de solicitar su filiación, porque es el menor quien puede hacer valer su derecho de la manera como lo considere pertinente, lo que no resulta congruente con el hecho de que no se escuche la opinión del menor en este proceso.

3.2.- ¿La acción contestatoria caduca?

El Código Civil establece que:

Artículo 364.- *La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.*

Es decir, según el Código Civil solo el esposo puede negar ser el padre del hijo de su esposa, asimismo, se le asigna un plazo de caducidad muy corto (90 días), por cuanto no se puede tener a un menor en una incertidumbre prolongada sobre su filiación; situación que también es aceptada por nuestra jurisprudencia, tal y como vemos a continuación.

CASACIÓN N° 2390-2004-ICA¹³³

a) Hechos

El Sr. Vega interpone demanda de impugnación de paternidad por cuanto alega que su esposa la Sra. Centeno había tenido una relación adulterina con el Sr. Arquíñego, por lo que él es el padre biológico de la menor S.T.E.C.O. Al correrse traslado de la demanda, la Sra. Centeno, interpone excepción de caducidad, alegando que el demandante solo tenía noventa días para contestar la paternidad, por lo que al haber interpuesto su demanda fuera del plazo de ley, esta es improcedente.

El demandante absuelve la excepción de caducidad, refiriendo que el plazo de caducidad debe comenzar a correr desde que tuvo conocimiento de la paternidad biológica del menor S.T.E.C.O., por lo que su demanda estaría aún dentro del plazo de 90 días. La primera instancia declara infundada la demanda, no obstante, la sala superior revoca dicha resolución y declara fundada la excepción de caducidad.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha establecido que:

“...la Sala Revisora se ha limitado a aplicar el artículo trescientos sesenticuatro del Código Civil conforme aparece de su texto claro y expreso, esto es, que el plazo para la caducidad de la pretensión Contestatoria de Paternidad se computa “..desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”; premisas absolutamente claras que en modo alguno permiten interpretar que el plazo para incoar dicha pretensión puede contabilizarse a partir del momento en que el marido toma recién conocimiento de su no paternidad: debiendo agregarse que situaciones como la descrita por el recurrente deben motivar una reforma de los dispositivos legales vinculados a la contestación de la paternidad en virtud al avance de la ciencia y la tecnología que permiten hoy conocer con un altísimo grado de certeza la paternidad de las personas; empero, la modificación de las normas legales no es función de este Poder del Estado sino su interpretación y aplicación para la solución de los conflictos de intereses y la eliminación de alguna incertidumbre jurídica; de tal modo que la aplicación debida de la ley en ninguna forma puede constituir la afectación del derecho al debido proceso del recurrente; no configurándose esta causal denunciada...”

Con esta sentencia se reafirma la vigencia del plazo de 90 días contenido en el artículo 364 del Código Civil, además, se establece que dicho plazo es uno de caducidad, por lo que a pesar de que se tenga una prueba de ADN, si el cuestionamiento de paternidad se realiza fuera de dicho plazo la acción debe ser declarada IMPROCEDENTE; sin embargo, en esta misma sentencia, se reconoce que esta norma debe modificarse porque los avances de la ciencia hacen conocer la paternidad biológica con un altísimo grado de certeza.

¹³³ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Pajares Paredes). CASACIÓN N° 2390-2004-ICA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 31 de julio del 2006, p. 16593.

En esta sentencia tampoco se ha analizado el interés superior del niño en el caso concreto, porque no se hace referencia si este cuestionamiento de la paternidad afecta al menor o lo beneficia, limitándose el análisis únicamente a la interpretación del cómputo del plazo de caducidad.

Otro aspecto reiterativo es la falta de valoración de la opinión del menor, por cuanto no se hace referencia alguna a la opinión del menor.

3.3.- ¿La negación de la paternidad caduca?

El Código Civil determina que:

***Artículo 400.-** El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.*

La norma no deja lugar a interpretación en cuanto a que el plazo para cuestionar el reconocimiento de paternidad es de 90 días, por lo que este plazo de caducidad no debería generar mayores contratiempos en cuanto a su aplicación, sin embargo, nuestra Corte Suprema no ha mostrado una aplicación uniforme, tal y como lo veremos a continuación.

CASACIÓN N° 968-2010-PIURA¹³⁴

a) Hechos

El Sr. Aguilar demanda a la Sra. Jimenez, a fin de que se disponga la nulidad del reconocimiento de paternidad que él mismo ha celebrado, argumentando que si bien sostuvo relaciones sexuales con la Sra. Jimenez, siempre tuvo dudas sobre la paternidad del menor D.E.A.J; sin embargo, como dichas relaciones fueron en la época probable de la concepción y actuando de buena fe efectuó el reconocimiento que hoy pretende anular. No obstante, ante las dudas se practicó una prueba de ADN, la cual determinó que él no era el padre biológico del citado menor.

Al haber transcurrido más de 90 días ya no podía interponer una demanda de impugnación de paternidad, por lo que optó por la pretensión de nulidad de acto jurídico sustentada en que la Sra. Jimenez lo habría engañado, además, que este reconocimiento es contrario a las buenas costumbres y tiene una finalidad ilícita.

Ambas instancias declaran fundada la demanda debido a que la demandada habría engañado al demandante en cuanto a su vinculación biológica con el menor, por lo que en aplicación del artículo 219 del Código Civil se declara nulo el acto de reconocimiento.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha establecido que:

¹³⁴ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina). CASACIÓN N° 968-2010-PIURA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 30 de enero del 2012, p. 33256.

“La concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada al respecto por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a sus verdaderos padres. En el caso de autos existe la prueba de ADN que obra a fojas doscientos a doscientos uno, que ha sido valorada por las instancias de mérito, la cual acredita que el demandante no es el padre biológico del adolescente de iniciales D.E.A.J. por consiguiente las instancias de mérito no han vulnerado norma alguna al declarar fundada la demanda... con mayor razón si se tiene en cuenta que el a quo ha establecido que la madre del adolescente procedió con dolo al manifestar que el demandante era el padre del adolescente e hizo que lo reconociera como suyo, razón por la cual el acto jurídico de reconocimiento practicado por el demandante resulta ser un acto jurídico viciado”

Si bien nuestra legislación Civil nos da un plazo de 90 días para cuestionar el reconocimiento de paternidad, la Corte Suprema no aplica este plazo de caducidad y convalida lo establecido por las instancias inferiores al declarar nulo el reconocimiento de paternidad.

Asimismo, en esta sentencia tampoco hemos encontrado ningún análisis concreto del interés superior del niño, por cuanto no se ha considerado si esta verdad biológica beneficia o perjudica al menor, centrándose el análisis en los resultados de la prueba del ADN y con ello, la defensa irrestricta de la paternidad biológica.

Otro aspecto importante es que, tampoco se hace referencia a la opinión del adolescente, es decir, se estaría aceptando el cuestionamiento de la paternidad sin preguntarle a dicho adolescente si éste desea saber su verdad biológica o no.

Finalmente, es necesario resaltar que los jueces supremos valoran el dolo con el que ha actuado la madre del adolescente, valoración que resulta ajena al análisis del interés superior del adolescente, por cuanto el dolo de los progenitores no puede perjudicar a los hijos.

CAS. Nº 2112-2009 CALLAO¹³⁵.

a) Hechos

Con fecha 18 de enero del 2008, el Sr. Herrera cuestiona judicialmente la paternidad de su menor hijo J.A.H.C., al cual reconoció voluntariamente el 8 de agosto del 2004. Sin embargo, contra esta pretensión, la Sra. Cortez formula la excepción de caducidad, alegando que se ha superado en demasía el plazo de noventa días que establece la norma contenida en el artículo 400 del Código Civil; peor aún, porque el demandante le habría cursado una carta notarial el 4 de agosto del año 2005 en donde se ponía en evidencia sus intenciones de cuestionar su paternidad.

¹³⁵ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Ticona Postigo). CAS. Nº 2112-2009 CALLAO, publicada el 1 de octubre de 2010, pp. 28523 a 28524.

Por otro lado, la Sra. Cortez manifiesta que el cuestionamiento de la paternidad de su menor hijo es una venganza por el proceso de alimentos que habría interpuesto. La excepción fue declarada infundada por la primera instancia pero revocada y declarada fundada por la segunda instancia.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha establecido que:

“atendiendo a la interpretación de la norma constitucional conforme a lo normado en los tratados internacionales y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el particular, este Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial. Para el caso concreto, el plazo de noventa días el cual asistía al actor para impugnar la paternidad del menor J.A.H.C. ya había caducado, como él mismo tácitamente lo admite, por lo que ahora no puede pretender habilitar su derecho mediante una interpretación extensa del inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Estado que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad, reconocido en la citada Carta Política, en concordancia con el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en virtud al principio pro homine, procede realizar una interpretación más restringida del derecho constitucional a la identidad, por encontrarse en debate el derecho de un menor, a quien debe favorecerse sobre los padres, desvirtuándose con ello el hecho de que se esté “condenando al niño a mantener una identidad falsa” como sostiene el impugnante, pues al contrario se está favoreciendo la conservación de la identidad que el mismo actor le otorgó al reconocerlo como su hijo, teniendo en cuenta además que a la fecha el menor ya cuenta con más de cinco años de edad; razones por las cuales la causal material también debe ser desestimada”

Como ya se viene sosteniendo en reiteradas oportunidades, el plazo legal para cuestionar el reconocimiento de paternidad es de tan solo 90 días, plazo que es de caducidad por lo que la Corte Suprema ordena que se aplique dicho plazo de manera ineludible. Sin embargo, lo interesante de esta sentencia es que ordena la aplicación del plazo de caducidad considerando la protección a la identidad del niño, por cuanto, refiere que los niños/as y adolescentes tienen el derecho constitucional a conservar su identidad, por lo que si bien se puede cuestionar la paternidad, ésta impugnación debe realizarse conforme a las normas contenidas en el Código Civil, en especial cuando se establece plazos perentorios, lo que resulta contradictorio con la sentencia anterior a esta, en la que se convalidó la no aplicación de este plazo de caducidad.

Asimismo, en esta sentencia tampoco hemos encontrado ningún análisis expreso del interés superior del niño; sin embargo, al tratar de defender la conservación de la identidad otorgada por el demandante, creemos que se estaría privilegiando dicho interés.

Otro aspecto importante es que, tampoco se hace referencia a la opinión del niño, es decir, se estaría aplicando el plazo de caducidad sin preguntarle a dicho niño si éste desea saber su verdad biológica o no.

Finalmente, es necesario resaltar que los jueces supremos afirman que aplicando el plazo de caducidad no se estaría condenando al niño a vivir en una falsa creencia de paternidad, sino que se estaría resguardando la identidad del menor.

CAS. Nº 3797-2012 AREQUIPA¹³⁶

a) Hechos

El Sr. Coyla, interpuso demanda, contra la Sra. Sucari y contra el menor J.A.C.S., por cuanto solicitaba la impugnación de paternidad a fin que se declare que el menor no es hijo biológico del demandante, a través de la prueba del ácido desoxirribonucleico – ADN, que deberá practicarse.

Sustentaba su pretensión en que con la Sra. Sucari sostuvo relaciones sexuales en 1991, cuando, según él, se encontraba en estado de ebriedad y por ello no tiene un recuerdo claro y preciso de lo que sucedió en el referido día del encuentro con la demandada, e incluso después del encuentro aludido no tuvo contacto con ella hasta el año 1995, en que ésta le enseña a un niño de tan solo tres años de edad y le dice que era su hijo, por lo que el Sr. Coyla, manifiesta que como no recordaba nada del momento de la supuesta concepción, optó por firmar en la Partida de Nacimiento del menor con la creencia que era su hijo; sin embargo, por comentarios de algunos familiares es que se entera que no tenía ninguna vinculación biológica con el menor debido a que no era su padre, por lo que en defensa de la identidad del menor es que interpone la demanda de impugnación de su paternidad solicitando la realización de la prueba de ADN.

Notificada la demandada, la demandada plantea la excepción de caducidad bajo el sustento de que la demanda planteada habría caducado de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Civil, por cuanto el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, ya que como puede verse de la anotación marginal de la partida de nacimiento de su hijo, éste fue reconocido el 12 de enero de 1995 y desde esa fecha han transcurrido más de 90 días para entablar su demanda de negación de paternidad. Esta excepción fue declarada infundada en primera instancia pero revocada en segunda instancia declarándose fundada.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha resuelto que:

“a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto

¹³⁶ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas). CAS. Nº 3797-2012 AREQUIPA, publicada el 30 de setiembre de 2014, pp. 56829-56834.

continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. **Duodécimo.-** Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara sólo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones vagas de terceros que no individualiza y realizando su impugnación catorce años después de que libremente aceptó la paternidad del menor. Para casos como éstos resulta de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas. **Décimo Tercero.-** Que, estando a lo expuesto, no hay ninguna afectación al artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicho dispositivo se ha diseñado para la defensa de los intereses del menor y no para beneficio de los padres. Así, la norma es clara al indicar que: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”. De otro lado, el propio Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quiénes y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica... Que, es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha señalado, la demanda fue planteada porque el recurrente escuchó de algunas personas (que no precisa) versiones de que no sería el padre del menor (manifestaciones que tampoco explicita), ello diecisiete años después del nacimiento de este, en circunstancias además en que el menor sufre hemiplejía espástica (página ciento cincuenta y siete) y trastorno psicótico (página ciento noventa y cinco) y en circunstancias en que el demandante no alega que su voluntad haya estado viciada en el momento en que aceptó la paternidad que ahora pretende negar. El mero capricho no posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, terminaría siendo cuestionada por la simple voluntad de un padre que se sintió afectado por algunas expresiones verbales. **Décimo Séptimo.-** Que, en ese punto, este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es

también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado -como en este caso- que el menor considere al demandante como su padre”.

Como ya se ha referido, el Código Civil nos dice que para cuestionar el reconocimiento de la paternidad sólo se cuenta con el plazo de 90 días, plazo que es de caducidad por lo que la Corte Suprema ordena que se aplique dicho plazo; sin embargo, lo interesante de esta sentencia es que ordena la aplicación del plazo de caducidad sustentado en la identidad del niño/a, por cuanto, refiere que los niños/as y adolescentes tienen el derecho constitucional a conservar su identidad dinámica, lo que confirmaría que esta norma también tiene un sustento constitucional.

Sin embargo, la propia Corte Suprema refiere que se podría dejar de aplicar este plazo de caducidad si es que el demandante tuviera razones de peso para cuestionar su paternidad, debido a que su demanda se sustenta en que ha escuchado comentarios que dicen que él no es el padre; es decir, la Corte Suprema no está defendiendo la aplicación del plazo de caducidad, sino que lo aplica porque el demandante no ha justificado debidamente el por qué no debe aplicarse dicho plazo.

Otro aspecto importante es que, tampoco se hace referencia a la opinión del adolescente, es decir, se estaría aplicando el plazo de caducidad sin preguntarle a dicho adolescente si éste desea saber su verdad biológica o no.

CAS. N° 2655-2008 LIMA¹³⁷.

a) Hechos

La Sra. Fassio contrajo matrimonio con el Sr. Figueroa y dentro de este matrimonio ha procreado tres hijos.

La Sra. Guerra ha contraído matrimonio con el Sr. Condezo y dentro de este matrimonio ha nacido el menor M.A.F.G.; sin embargo, este menor ha sido reconocido por el Sr. Figueroa como hijo suyo.

Ante el fallecimiento del Sr. Figueroa, su esposa, la Sra. Fassio, impugna el reconocimiento contenido en el Acta de Nacimiento del menor M.A.F.G., pretendiendo que se declare a dicho menor como hijo de los cónyuges Condezo - Guerra, y que, en consecuencia, se asiente nueva partida del referido menor, con sus apellidos respectivos.

Agrega que el menor M.A.F.G. se encuentra registrado como hijo de su finado cónyuge, esto es de don Figueroa; empero -según refiere- en el periodo de la concepción y después del nacimiento del citado niño, la demandada se encontraba casada con el Sr. Condezo, quien no ha negado su paternidad, por lo que el Sr. Figueroa no podía realizar ningún reconocimiento de paternidad extramatrimonial.

¹³⁷ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA (Ponente SANCHEZ-PALACIOS PAIVA). CAS. N° 2655-2008 LIMA, publicada el 1 de febrero de 2010, pp. 27306 a 27309.

Tanto la primera como la segunda instancia han declarado improcedente la pretensión conforme a lo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha establecido que:

*“se puede constatar en autos que la demandante ha tomado conocimiento del acta de reconocimiento efectuada por su cónyuge difunto, con fecha veinticuatro de julio de dos mil cinco, según lo reconoce en su escrito de subsanación de fojas setenta y cuatro; consecuentemente, ha operado en exceso el plazo de caducidad previsto en el artículo 400 del Código Civil; pues a pesar de contar con legitimidad para obrar activa, no acciona dentro del plazo fijado por la Ley, el mismo que inexorablemente conduce a la extinción de la acción y el derecho; no siendo pasible en estos casos de desconocimiento, por fundarse la caducidad en el Orden Público y la Seguridad Jurídica; siendo el factor esencial de aquella el plazo determinado legalmente para aquellos casos como el presente en que opera dicho instituto jurídico de caducidad, en el cual se aprecia el carácter imperativo de la Ley para resolver un conflicto de intereses con relevancia jurídica, en su caso. **duodécimo:** Que, a mayor abundamiento, se tiene que la jurisprudencia que cita la recurrente no constituye doctrina jurisprudencial por no haber sido desarrollada de conformidad con el artículo 400 del Código Procesal Civil; y en todo caso, en dicha jurisprudencia es el propio titular del reconocimiento, quien impugna la paternidad, y no como en el presente caso, en que es la cónyuge superviviente de quien hizo el reconocimiento de paternidad; consecuentemente, no se puede alegar la vulneración de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, cuando la supuesta vulneración deriva de la propia negligencia procesal de la recurrente, por haber permitido que opere la caducidad. Además, con la declaración de improcedencia de la demanda no se estaría vulnerando las normas supranacionales ni la normatividad interna sobre tutela de los derechos del menor de edad; pues éste podrá impugnar el reconocimiento de paternidad, si lo tuviere por conveniente, cuando adquiera su mayoría de edad. Pues, se advierte por último, que las instancias de mérito, al declarar improcedente la demanda in limine, por las circunstancias de facto y de iure glosadas, han considerado el interés superior del niño M.A.F.G., titular de la partida de fojas doce, nacido el tres de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, quien por frisar los nueve años de edad y hallarse en plena edad escolar, puede sufrir mayor afectación al subsistir innecesariamente el cuestionamiento a su identidad personal, y continuar el trámite, no obstante haberse iniciado el proceso el veintiuno de diciembre del dos mil seis, cuyo riesgo inminente de peligro en la demora debe evitarse en virtud de los principios del interés superior y el respeto de los derechos prevalentes de los niños y adolescentes, contenidos en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes; en vía de la protección especial a que se contrae el artículo 4 de la Constitución Política del Estado”.*

Nuevamente tenemos que afirmar que el ordenamiento Civil señala para negar el reconocimiento de paternidad se tiene el plazo de 90 días, plazo que es de caducidad por lo que la Corte Suprema mantiene su posición en lo referido a la aplicación del citado

plazo; sin embargo, ya no hace ninguna referencia a la identidad dinámica del niño, sino que ordena la aplicación del plazo de caducidad por aplicación irrestricta del texto legislativo al tratarse de una ley de orden público, lo que de inmediato nos hace concluir que el citado plazo debe aplicarse en todos los casos.

No obstante, la propia Corte Suprema reconoce que hay jurisprudencia en la que se ha dejado de aplicar este plazo de caducidad y justifica la distinción con esta jurisprudencia en el argumento de que quien impugnó la paternidad era el titular, lo que no ocurre en este caso, es decir, al parecer se podría dejar de aplicar este plazo de caducidad si es que es el titular quien impugna el reconocimiento de paternidad, sin embargo, no se ha explicado porqué en estos casos sí se podría dejar de aplicar el plazo de caducidad si es que se ha dicho que esta norma es de orden público.

Asimismo, en esta sentencia tampoco hemos encontrado ningún análisis concreto del principio del interés superior del niño, debido a que si bien se ha mencionado su aplicación e incluso se ha establecido que el citado niño podría resultar con una afectación mayor si se mantiene, innecesariamente, la controversia sobre su identidad, no obstante, se debe tener en cuenta que el juzgador está suponiendo esta afectación debido a que no menciona ningún medio probatorio que sustente su conclusión.

Otro aspecto importante es que, tampoco se hace referencia a la opinión del niño, es decir, se estaría aplicando el plazo de caducidad sin preguntarle a dicho niño si éste desea saber su verdad biológica o no.

Finalmente, es necesario resaltar que los jueces supremos afirman que declarar infundada una pretensión impugnatoria o negatoria de paternidad no tiene por qué afectar de manera automática el derecho a conocer la verdad biológica, debido a que el niño/a podría demandar cuando adquiriera la mayoría de edad.

3.4.- ¿Si el marido no ha cuestionado su paternidad, el supuesto padre biológico puede hacerlo por él?

El Código Civil, en su texto primigenio, establecía que:

Artículo 396.- *El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.*

Artículo 404.- *Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.*

Lo que nos lleva a concluir que, antes de la derogatoria y modificatoria establecidas por el Decreto Legislativo N° 1377, la conducta correcta era que si el marido no cuestionaba la paternidad de los hijos de su esposa, nadie lo podía hacer, por cuanto se debe preferir la estabilidad familiar y la tranquilidad de los hogares; sin embargo, veamos si esto también se considera correcto en sede judicial.

CASACIÓN 2726-2012-DEL SANTA¹³⁸

¹³⁸ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema). CASACIÓN 2726-2012-DEL SANTA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 2 de enero del 2014, p. 46783.

a) Hechos

El Sr. Nolberto Roca presenta una demanda judicial en donde impugna la paternidad del Sr. Teodoro Guerrero con respecto a la menor M.L.G.C.; además, solicita, de manera accesoria, se declare la filiación extramatrimonial de la niña citada a favor del Sr. Roca al ser el padre biológico, sosteniendo que mantuvo una relación sentimental con la codemandada, la Sra. Cárdenas, quien resultó embarazada y posteriormente alumbró a la menor de iniciales M.L.G.C., siendo reconocida por el codemandado Sr. Guerrero, al ser el cónyuge de la Sra. Cárdenas.

Realizada la prueba del ADN se concluye que el demandado es excluido de la paternidad con respecto a la niña M.L.G.C. y, por el contrario, se reconoce la paternidad biológica del demandante con respecto a la citada menor.

El Sr. Guerrero presenta su contestación de demanda basado en la presunción de paternidad matrimonial, porque afirma que el 22 de enero de 1994 se realizó el matrimonio civil entre la codemandada Sra. Cárdenas y él, por lo que producto de ese matrimonio es que nace la niña M.L.G.C., en este sentido, la citada menor es su hija.

La primera instancia declaró fundada la demanda, en consecuencia, determinaron que en este caso concreto no se podía aplicar las normas contenidas en los artículos 396 y 404 del Código Civil, declarando la ineficacia del reconocimiento contenido en el acta de nacimiento de la niña M.L.G.C.

El Sr. Guerrero apela la sentencia de primera instancia por lo que la Sala Civil Del Santa, revoca la misma y en su lugar declara la improcedente la pretensión, considerando que la niña M.L.G.C. tiene la calidad de hija matrimonial, por lo que resulta improcedente querer utilizar el artículo 386 del Código Civil.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha resuelto que:

“en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,9999999845% de Nolberto con respecto a la menor de iniciales M.L.G.C. DÉCIMO TERCERO.- Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el Ad quem sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que

se atenderá será el interés superior del niños” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59]. DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal”.

En esta sentencia se impugna el reconocimiento realizado por el esposo de la Sra. Cárdenas sin que éste haya negado su paternidad, con lo cual no se aplica el marco normativo establecido en nuestro Código Civil.

Este pronunciamiento se debe al estado de familia que se ha originado entre el demandante y la menor, es decir, a pesar de que la madre biológica está casada con otra persona distinta al padre biológico, no obstante, dicho matrimonio es tan solo un matrimonio formal, porque en realidad ambos padres biológicos se encuentran viviendo juntos, e incluso, la menor ha desarrollado lazos filiales con el demandante, por lo que la estabilidad familiar no está con el padre formal, sino con el padre biológico, en este sentido, considero que aquí no se está aplicando la verdad biológica sino el estado de familia o la estabilidad familiar.

Otro aspecto importante de la sentencia es que si bien no se ha realizado una referencial de la menor, no obstante, se conoce su opinión por cuanto se cuenta con un informe psicológico, por lo que dicha opinión es valorada por los juzgadores.

2.5.- ¿Los procesos de impugnación o negación de paternidad se interponen a favor del interés superior del niño o a favor del interés de los padres?

El Código de los Niños y Adolescentes establece que:

“Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente.- En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Como se puede apreciar, para nuestro marco normativo vigente, en toda resolución emitida por el Poder Judicial se debe priorizar el interés superior del niño, es decir que tanto para las sentencias que establecen la primacía de la verdad biológica como para las sentencias que establecen la primacía de la estabilidad familiar el juez debió aplicar el citado principio, e incluso, en ambas alternativas se debe defender el derecho a la identidad del niño/a, porque este derecho también está incluido en el principio citado anteriormente.

CAS. N° 3801-2010 PUNO¹³⁹

a) Hechos

El Sr. Yapuchura cuestiona judicialmente la paternidad de la niña K.M.Y.Y. nacida el 29 de setiembre de 2005, sosteniendo que ha sido notificado el 28 de marzo del 2006 con una demanda de alimentos interpuesta por la Sra. Yapuchura (madre de la menor cuya paternidad se impugna), quien solicita se le asigne una pensión de alimentos, sin embargo, el Sr. Yapuchura indica que ese hecho le ha causado profunda extrañeza puesto que desde hace más de diez años ya no comparten el lecho conyugal con la demandada por cuanto viven en habitaciones separadas.

Por estas razones, concluye que la demandada ha procreado a la referida menor con otro varón a quien no se identifica, además, que la demandada ha declarado falsamente que él es el padre de la niña K.M.Y.Y., y que, incluso, para ocultar y evitar ser descubierta de su estado de embarazo, la demandada, ha abandonado el hogar conyugal desde el 31 de agosto del 2005, llevándose consigo ocho mil quinientos dólares americanos y cinco mil ochocientos nuevos soles en efectivo y toda sus pertenencias, por lo que sus hijas y su hijo mayor estuvieron bajo la tenencia del demandante quien asumía todos los gastos de alimentación, educación y vestimenta, habiendo regresado la demandada recién el dieciséis de febrero para llevarse con engaños a sus otras hijas, con la finalidad de demandar por alimentos.

Tanto el Juzgado como la Sala Superior han declarado infundada la demanda.

b) Fundamentos de la Casación

Nuestra Corte Suprema ha resuelto que:

¹³⁹ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente el Señor Castañeda Serrano). CAS. N° 3801-2010 PUNO, publicada el 2 de diciembre de 2013, pp. 45307- 45313.

“conforme se tiene expuesto del contenido del petitorio, de los fundamentos fácticos y jurídicos que contienen la demanda materia de calificación, **no se permite establecer que el real interés del demandante sea proteger el derecho subjetivo de la niña a gozar del derecho fundamental en cuestión, sino en esencia lo que persigue es que se expida una resolución judicial por la cual se le haga perder a la citada menor K.M.Y.Y. el apellido del padre quien es el referido demandante; el cual fue consignado por la madre Yapuchura.** Por tanto, con la actuación de la prueba de ADN y la respectiva sentencia que el actor solicita expida el órgano jurisdiccional sustentada en dicho medio probatorio, se estaría pretendiendo que se declare la pérdida por parte de la menor de los derechos que se le confirió cuando su madre consignó el apellido del padre (demandante). **Todo ello sin que exista posibilidad alguna de conocer el parecer de dicha niña, quien no se encuentra en circunstancias de expresar su voluntad al respecto, dada su edad. Por todo ello, se puede colegir que la presente demanda no es en esencia la protección del derecho de la menor a saber su identidad familiar, sino a impugnar la relación familiar, con mayor razón si invoca como fundamentos jurídicos la aplicación del artículo 363 inciso 5 del Código Civil,** antes acotado, modificado por el artículo 2 de la Ley Nº 27048, publicada el seis de enero de mil novecientos noventa y nueve. **Décimo Octavo.-** Que, a mayor abundamiento, por mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes es deber de todo Juez proteger el interés superior del niño, en ese sentido, no debemos dejar de tener presente que es unánime la consideración respecto de que el “interés” como categoría jurídica es uno de los conceptos fundamentales en la consideración instrumental del derecho, como medio para los fines esenciales de la persona. Por ello mal se puede invocar la preocupación por la protección del derecho de la niña a conocer sus padres como derecho fundamental que busca ser protegido mediante este proceso, si la actitud en esencia contiene implícita la agresión de otros derechos de la misma, como el de desconocer al padre quien se ha preocupado por asegurar su desarrollo. Por tanto, es deber del Estado proteger al niño frente a posibles malos usos de disposiciones legales o ataques que hagan ineficaz este derecho fundamental, tanto más cuando no existen indicios que lleven a establecer que la menor esté siendo afectada, con la paternidad consignada por la madre, sino que por el contrario viene disfrutando de la misma... los fundamentos del presente recurso extraordinario de casación sustentados esencialmente en que las respectivas instancias de mérito no han considerado que el ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, lo que acredita que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal, siendo de aplicación – contrario sensu - la parte pertinente del artículo 413 del Código Civil. Al respecto se debe advertir que en efecto la prueba de ADN fue ofrecida por el actor, siendo admitida en la audiencia de Conciliación contenida en el acta de fojas ciento treinta y dos a ciento treinta y cuatro y aún así mediante Resolución Nº cuarenta y seis, obrante a fojas cuatrocientos cuarenta y tres se prescindió de su actuación; **dicha resolución no fue impugnada por el referido actor, lo que implica que la ha consentido, y demuestra estar conforme con la misma, por cuanto posteriormente solicita mediante escrito de fojas cuarenta y cinco, que se expida la respectiva sentencia; consecuentemente, no se puede**

fundamentar la casación en una supuesta contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, derivada de la propia negligencia procesal del recurrente... Por las razones expuestas se puede concluir que no se ha configurado la causal denunciada referida a la infracción normativa procesal del artículo 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado que incide directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada”

Esta sentencia es muy importante, por cuanto muestra lo que ocurre en innumerables demandas en las que el cuestionamiento de la paternidad no se realiza por interés del niño, sino que se realiza para favorecer únicamente el interés de la parte demandante, por ello, en este caso, los jueces supremos analizan si la demanda está interpuesta en interés de la niña K.M.Y.Y. y al percatarse que si bien el demandante alega que lo que se está buscando es proteger la identidad de dicha menor, no obstante, los jueces supremos concluyen que lo que en realidad se persigue es que la menor pierda su filiación, lo que se agrava porque dicha menor no puede expresar su opinión debido a su corta edad.

En otras palabras, en esta sentencia no se cuestiona la importancia de la verdad biológica o de la estabilidad familiar, sino que se prioriza el interés superior del niño, a fin de que ante una decisión tan importante como el determinar su paternidad no puede decidirse sin que por lo menos se conozca la opinión de dicho niño, niña y adolescente.

IV.- EL CUESTIONAMIENTO DE LA PATERNIDAD EN LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

He revisado los copiadore de sentencias de los cuatro Juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa desde el año 2010 hasta el año 2015, así como las respectivas sentencias de vista emitidas por las Salas Civiles de la misma Corte. De todo este universo de sentencias se han seleccionado únicamente aquellas en las que se discuta la veracidad de la filiación paternal, ya sea matrimonial o extramatrimonial, sin importar el título asignado al proceso, por cuanto, dicho vínculo filial se está cuestionando no sólo a través del proceso de impugnación de paternidad, sino también, a través del proceso de negación o contestación de paternidad y, más recientemente, a través del proceso de nulidad o anulabilidad de reconocimiento, limitando nuestra investigación a 20 sentencias de primera instancia y 9 sentencias de vista.

Sin embargo, debo hacer mención que, para un mejor entendimiento de estas sentencias, el análisis se cada una de ellas se ha realizado por el caso concreto, es decir, si una sentencia de primera instancia y otra de segunda instancia están referidas a un mismo caso, su análisis no se realiza por separado, sino que se ha unificado a fin de garantizar una mejor comprensión.

4.1.- Caso Torocahua vs. Delgado¹⁴⁰

Este caso comenzó cuando el Sr. Torocahua conoció a la Sra. Delgado, ellos sostuvieron una relación sentimental por algunos años; como la relación andaba bien, el Sr. Torocahua invita a la Sra. Delgado para que se mude a la casa que compartía con sus padres a fin de que hicieran vida en común y más adelante pudieran independizarse.

¹⁴⁰ SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente: Marroquín Mogrovejo). Expediente N° 01304-2013-0-0401-JR-FC-04 del 25 de marzo del 2015.

Tras un breve tiempo de convivencia, la señora Delgado quedó embarazada y el día 12 de marzo del 2011 nace la menor V.K.T.D., quien fue inscrita el 28 de marzo del 2011 ante la Municipalidad Provincial de Arequipa como hija del Sr. Torocahua y de la Sra. Delgado. Desde el embarazo y posterior nacimiento de la menor, el Sr. Torocahua, como un padre de familia correcto y responsable, ha asumido todos y cada uno de los gastos que demandaban tanto los cuidados del embarazo, así como los del parto y los posteriores, también se ha hecho cargo de la manutención de la menor.

Sin embargo, ante el crecimiento de su familia, el Sr. Torocahua y la Sra. Delgado, dejan la casa en la que vivían y se mudan a otro domicilio, es ahí, en donde el hermano del Sr. Torocahua, quien también habitaba en el anterior domicilio de la pareja, confiesa que la hija que había tenido la Sra. Delgado, era suya, producto de relaciones sexuales que había sostenido con ella, razón por la cual le propuso a su hermano hacerse la prueba del ADN para demostrarlo, y así reclamar sus derechos como progenitor.

Realizada la prueba del ADN, el resultado arrojó de manera concluyente que la menor es hija del hermano del Sr. Torocahua, además, la Sra. Delgado no objetó en modo alguno dichos resultados y por el contrario admitió que ese documento decía la verdad, razón por la cual, el Sr. Torocahua, demanda impugnación de paternidad por cuanto ya no quería seguir apareciendo como padre de la menor V.K.T.D., proceso que fue declarado FUNDADO, por el sólo mérito de la prueba de ADN y el reconocimiento realizado por la Sra. Delgado, disponiéndose que se emita una acta de nacimiento en la que se mantenga los datos de la menor y se modifique el nombre del padre por el del hermano del Sr. Torocahua.

Esta sentencia fue elevada en consulta y la Segunda Sala Civil en donde es aprobada por cuanto:

“es evidente que conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, el acto jurídico, de reconocimiento que efectuó el co-demandado – hermano del demandante - en la partida de nacimiento de la niña antes mencionada, fue producto de un error esencial. Este hecho ha sido admitido y reconocido expresamente, por la madre de la niña antes mencionada, (también demandada). Ninguno de los demandados, ha interpuesto recurso de impugnación contra la sentencia; por tanto, corresponde aprobar la sentencia consultada”.

Como se puede apreciar, el Sr. Torocahua fue engañado tanto por su pareja como por su hermano, pero el engaño fue descubierto al realizarse la prueba del ADN, debido a que ésta fue determinante para aclarar la verdadera paternidad de la niña V.K.T.D.; sin embargo, debemos tener en consideración los motivos por los cuales se realizó la prueba del ADN.

Por un lado, el Sr. Torocahua tenía un resentimiento en contra de su pareja y de su propio hermano, por lo que el cuestionamiento de su paternidad no estaba dirigido a que se respete la verdad biológica de la niña V.K.T.D., sino que lo que buscaba es terminar con el engaño del que fue víctima y cortar todo tipo de vinculación con su hermano, su ex pareja y la niña, en este sentido, lo que menos se pensó fue en el bienestar de la niña.

El hermano del Sr. Torocahua reclama la paternidad de la niña V.K.T.D. casi dos años después de su nacimiento, es decir, habría permitido que el Sr. Torocahua cubra todos los gastos del embarazo, parto y manutención de la niña, para que después cuestione esa paternidad, además, la Sra. Delgado no se opone a que se modifique la paternidad de su hija porque había la posibilidad de mantener su relación sentimental con el hermano del Sr. Torocahua.

Ahora bien, no es materia de este trabajo cuestionar moralmente el comportamiento de ninguna de las partes, pero en lo que corresponde a nuestro planteamiento de tesis, podemos observar que en ninguna parte de la sentencia de segunda instancia se ha analizado el interés concreto de la niña V.K.T.D. declarándose fundada la demanda únicamente por los resultados de la prueba del ADN.

Por otro lado, si bien la niña V.K.T.D. contaba con tan solo dos años de edad (según la referencia de la propia sentencia), por lo que no era factible conocer su opinión, no obstante, considero que los jueces superiores debieron motivar su sentencia en lo que era más beneficioso para la niña y no solo en el error esencial del que fue víctima el Sr. Torocahua, porque se abre la puerta para una serie de casos en los que con la sola ocurrencia de un error esencial sería viable el cuestionamiento de la paternidad sin necesidad de considerar el interés superior del niño/a y adolescente.

Finalmente, en este caso no hemos podido encontrar ningún análisis sobre la aplicación o no aplicación de los plazos de caducidad de la acción y de la irrevocabilidad del reconocimiento.

4.2.- Caso Juárez vs. Quequezana¹⁴¹

El Sr. Juárez cuestiona judicialmente la paternidad de la niña L.S., refiriendo que el reconocimiento de paternidad realizado es nulo al haberse viciado su voluntad, por cuanto, con la Sra. Quequezana tuvo una relación de enamorados durante varios meses, la misma que culminó por desavenencias entre ambos; sin embargo, después de algún tiempo, la citada señora le dijo que estaba embarazada y que la hija que esperaba era suya, por lo que cuando nació la niña L.S. (7 de julio del 2007), su madre le pidió que la reconozca, y por las dudas que él tenía es que se someten a una prueba de ADN en un laboratorio que, refiere, la Sra. Quequezana eligió (laboratorio Gallo y Delgado), concluyendo el 31 de agosto del 2007 que la menor era su hija, por lo que la reconoció.

Dudando aún de su paternidad, se realizan otra prueba de ADN en el laboratorio Biogenómica SAC, arrojando como resultado con certeza absoluta del 100% de probabilidad que no era su verdadero padre; por lo que ante tal discrepancia, a fines del dos mil ocho se hicieron una tercera prueba de ADN en el Laboratorio Biolinks, teniendo como resultado el 29 de enero del 2009 que no tenía vinculación biológica de la niña L.S.; concluyendo que de no haber sido por el primer resultado del ADN, él no hubiera reconocido como hija suya a la niña L.S., siendo evidente que su consentimiento adolecía de vicios y consecuentemente el acto de reconocimiento es nulo por vicios en la voluntad.

Pero la Sra. Quequezana contesta la demanda y alega que conoció al Sr. Juárez en el año 1996, cuando aún era soltera, que luego se casó en el año 1997, divorciándose en

¹⁴¹ SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA Expediente N° 001957-2010-0-0401-JR-FC-02 del 8 de agosto del 2011.

el 2000; que en el año 2001 se volvió a encontrar con el Sr. Juárez con quien reinició su relación sentimental, la misma que duro un período de diez años aproximadamente, culminando porque el Sr. Juárez había venido sosteniendo relaciones paralelas con otra persona, con quien incluso se iba a casar.

La Sra. Quequezana refiere que, cuando su hija tenía dos años de edad, le solicitó al Sr. Juárez que cumpla con los alimentos para la menor, pero el Sr. Juárez se negó y le dijo que le haga un proceso judicial, es por ello que la Sra. Quequezana interpone una demanda de alimentos tramitada ante un juzgado de paz letrado en el que se ha resuelto que el demandado debe acudir a su menor hija con una pensión alimenticia de cuatrocientos nuevos soles; lo que motivó que el accionante la denuncie penalmente por supuestamente haber falsificado la prueba de ADN; sin tener en cuenta que las tres pruebas de ADN se realizaron en los laboratorios que él escogió y pagó, así como que él recogió los resultados de cada laboratorio; por otro lado, refiere que es trabajadora de la Municipalidad de Selva Alegre y su sueldo asciende a setecientos nuevos soles luego de los descuentos de Ley, por lo que no podría destinar lo poco que gana en pagar una prueba de ADN; concluyendo que no tiene ningún interés en que el demandante figure como padre de su hija a la que no piensa someter a ninguna otra prueba, y estará a lo que disponga el juzgado, que la más interesada en no querer tener ningún contacto con el Sr. Juárez es la Sra. Quequezana, por lo que no tiene interés en que siga apareciendo como padre de su hija quien la ha negado.

El Juzgado emite sentencia en la cual ampara la pretensión contenida en la demanda, por lo que dispone que expida una acta de nacimiento en la que no se consigne al Sr. Juárez, por cuanto:

“debe tenerse en cuenta que, conforme se tiene de la Casación número 2092-2003 si bien no corresponde seguirse un proceso de impugnación de paternidad, por ser el reconocimiento efectuado irrevocable, de la propia fundamentación contenida en el artículo 201 del Código Civil, así como de los hechos de la demanda, se tiene que lo que realmente se estaría solicitando y correspondería en todo caso, es instaurarse una acción de invalidez del acto jurídico (anulabilidad de acto jurídico) por error esencial como vicio de la voluntad consistente en haber reconocido a la menor hija de la demandada basado en una conclusión positiva de paternidad consignada en el resultado de ADN emitido por el laboratorio Gallo y Delgado del treinta y uno de agosto del dos mil siete... Debe tenerse en cuenta que del resultado de la prueba de ADN efectuada por el Laboratorio Gallo & Delgado Laboratorios que en copia legalizada corre en autos de fojas cuatro a cinco y en original a fojas sesenta y nueve y setenta, se llegó a la conclusión inicial de que la paternidad del demandante sobre la menor hija de la demandada estaba demostrada; sin embargo, de los resultados de las pruebas de ADN efectuados por el Laboratorio Biolinks que corre en autos en copias legalizadas a fojas siete y ocho y en original a fojas setenta y uno y setenta y dos, se llegó a la conclusión de que el demandante no es el padre biológico de la menor, resultado coincidente con el efectuado por el Laboratorio Clínico Bio Genómica SAC (informe P964 de prueba de paternidad por ADN) que en original corre a fojas setenta y tres en el que también se concluye que el demandante no es el verdadero padre biológico de la niña L.S.; conclusiones éstas que no han sido negadas o desvirtuadas por la demandada, quien más bien ha convenido con la demanda, por lo que, siendo ello así, se ha

determinado que la menor no es hija biológica del demandante... por lo que, siendo esto así, y teniéndose en cuenta que las dos últimas pruebas científicas de ADN a las que se han sometido las partes y la menor, constituyen prueba plena por su rigor científico y alto grado de certeza, conforme lo previsto por el artículo 402 del Código Civil, modificado por la Ley 28457, la demanda incoada debe ser amparada”.

Esta sentencia fue elevada en consulta y aprobada por la Segunda Sala Civil por cuanto:

“es evidente que conforme a las sentencias del tribunal constitucional y otras citadas y transcritas por la jueza en la sentencia consultada, el acto de reconocimiento que efectuó en la partida de nacimiento de la niña antes mencionada, fue producto de un error esencial. Este hecho ha sido admitido por la madre de la niña antes mencionada, y no ha interpuesto recurso de impugnación contra la sentencia; por tanto, corresponde aprobar la sentencia consultada”¹⁴².

Según lo afirmado en el escrito de contestación, se tiene que el Sr. Juárez mantenía una relación paralela con la Sra. Quequezana y con otra señora, con quien incluso se iba a casar, es decir, podríamos suponer que el Sr. Juárez tenía un interés especial en culminar su relación con la Sra. Quequezana, pero como ésta quedó embarazada tendría un vínculo permanente con ella, por lo que se realizó tres pruebas de ADN, lo que demuestra un deseo manifiesto de romper con el vínculo filial que él mismo reconoció, a lo que debemos agregar que el Sr. Juárez fue demandado por alimentos, en otras palabras, puede ser que el Sr. Juárez buscara la impugnación de paternidad para poder continuar su relación con quien iba a contraer matrimonio y, además, para evitar pagar los alimentos a los que había sido obligado mediante sentencia judicial; intereses que definitivamente son contrarios a lo que es más beneficioso para la niña L.S., por cuanto esta niña perdería a su progenitor (ya que no se identificó al padre biológico) y, además, perdería una pensión alimenticia que era sumamente necesaria por los escasos recursos económicos de su madre.

La Sra. Quequezana no apela la sentencia por cuanto refiere claramente que no someterá a su menor hija a otra prueba de ADN debido a que **no es de su interés** que el Sr. Juárez continúe apareciendo como padre de su hija e incluso, manifiesta que **no tiene interés** en mantener contacto con él, en otras palabras, ella está aceptando la demanda por sus intereses, independientemente de que sea o no verdad que el Sr. Juárez no es el padre biológico de su hija, dejando de lado lo referido a la paternidad y alimentos de dicha niña.

Como vemos, las dos partes implicadas en este proceso, adoptan sus decisiones por los intereses individuales que mantienen, no obstante, dejan de velar por el interés de la niña, e, incluso, las sentencias judiciales tampoco se centran en analizar lo que es más beneficioso para la niña.

Otros, dos aspectos importantes en esta sentencia, son que si bien ya no se podía demandar impugnación de paternidad (por cuanto el plazo de caducidad ya había vencido y el reconocimiento es irrevocable), la jueza canalizó el proceso a uno de nulidad de acto

¹⁴² SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (**MARROQUÍN MOGROVEJO, RIVERA DUEÑAS y BURGA CERVANTES**). Expediente N° 001957-2010-0-0401-JR-FC-02 del 31 de enero del 2013.

jurídico y así pudo resolver el fondo del mismo, lo que en buena cuenta significa que no aplicó el articulado expreso del Código Civil.

Finalmente, no se consideró necesario escuchar a la menor y así saber su opinión en un aspecto tan importante como lo era el perder su pensión alimenticia y a su padre, tampoco se motivó el porqué no era necesario escuchar su opinión.

4.3.- Caso Taype vs. Huancoccallo¹⁴³

El Sr. Taype ha nacido en el distrito de Orcopampa, realizando en dicho lugar sus estudios primarios y secundarios, pero en el año 1999, viajó a ciudad de Lima, ingresando al SENATI en el año 2002, para estudiar la carrera de automatización industrial.

En la segunda semana del mes de mayo del año 2004, regresó a Orcopampa a visitar a su señora madre por cuanto se acercaba el día de la madre; ya en Orcopampa, decide salir a divertirse con sus amigos del colegio en la discoteca de nombre "MUKI", lugar en donde conoció a la Sra. Hancoccallo, quien también estaba divirtiéndose en dicha discoteca, por lo que a pesar de haberse conocido ese mismo día, se hicieron amigos, bailando y libando licor; amaneciendo en una de las habitaciones del Hotel de nombre "Cruz de Mayo".

Posteriormente, después de haberse despedido e intercambiando números telefónicos, el Sr. Taype regresó a Lima para continuar con sus estudios superiores en el SENATI, pero, después de dos meses la Sra. Hancoccallo le comunicó, telefónicamente, que se encontraba embarazada producto de las relaciones sexuales que mantuvieron en el Hotel "Cruz de Mayo" de Orcopampa y en el mes de marzo del 2005, le comunica que ya nació su hija.

Desde la fecha en que el Sr. Taype mantuvo relaciones con la Sra. Hancoccallo y la fecha de nacimiento de la menor transcurrieron menos de ocho meses, lo que, según manifiesta el Sr. Taype, le causó extrañeza, pero estando a que la citada señora le dijo que el parto se podía adelantar no hizo mayor problema y reconoció a la menor como hija suya, inscribiéndola en la Municipalidad Provincial de Arequipa, actuando de buena fe, e incluso, contrajo matrimonio civil en Orcopampa.

Desde el mes de septiembre del año 2006, el Sr. Taype viene trabajando en el Campamento Minero de Minas Buenaventura S.A., es por este motivo que únicamente podía visitar a la menor, en la ciudad de Arequipa, por dos o tres días al mes.

Era el mes de septiembre cuando el Sr. Taype fue a visitar a su hija, encontrándola descuidada (sucio y con la ropa vieja y rota), por lo que de inmediato le reclamó a la Sra. Hancoccallo sobre qué era lo que hacía con el dinero que mensualmente le mandaba y si no podía hacerse cargo de la menor que mejor se la entregue, a lo que le respondió la Sra. Hancoccallo que la menor no era su hija, que no tenía ningún derecho sobre ella y que no era nadie para reclamarle sobre la menor.

A pesar de que posteriormente se arrepintió y le dijo que la menor si era su hija y que sólo lo negó por la cólera, el Sr. Taype estaba con dudas sobre su paternidad, por lo que los

¹⁴³ TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02969-2010-0-0401-JR-FC-03 del 23 de septiembre del 2011.

días 27 y 28 de octubre del 2008, se realizaron la prueba de ADN en el laboratorio BIO-SYNTHESIS PERU ADN RESULEVE E.I.R.L, resultando que la menor no era su hija biológica; sin embargo, debido a que la Sra. Hancoccallo se negó a realizarse la prueba de ADN, el examen se realizó sin su consentimiento, por lo que en dicho examen no figura el nombre ni de la menor ni del Sr. Taype sino que figuran los nombres de “nena” y “negro”, respectivamente.

Ante estos hechos, el Sr. Taype solicita judicialmente que se declare la nulidad de su reconocimiento de paternidad por las causales de objeto física y jurídicamente imposible, fin ilícito y por ser contrario al Orden Público y a las Buenas Costumbres, la misma que es contestada por la Sra. Hancoccallo, quien afirma que se debe resolver en virtud de lo determinado por el artículo 395 del Código Civil por lo que el reconocimiento de paternidad es irrevocable, además, de los artículos 363 y 364 sobre “Negación de la Paternidad”, debido a que el Sr. Taype tuvo la oportunidad de negar a su menor hija en el plazo de 90 días, más aún si afirmaba que no recuerda haber mantenido relaciones extramatrimoniales con ella, por lo que estando a que dicho plazo ya caducó en demasía, no se puede iniciar ninguna acción para cuestionar la paternidad de su menor hija.

A pesar de lo dicho anteriormente, el Juzgado rechaza la pretensión afirmando que:

*“al haberse llevado a cabo la prueba de ADN, que da un 99% de certeza sobre la realidad genética de los que se someten a ella, la cual en el caso de autos refiere que el demandante no es padre biológico de la niña L.L.T.H., sin embargo, no puede pasar desapercibido el vínculo creado entre ambos, con el correr de los años, ha generado un estado de familia con el cual la menor se siente identificada... En atención a lo antes señalado y amparándose en el Principio de Interés Superior del Niño, es que resulta pertinente, tener en consideración que al ser este un Juzgado Especializado en Familia, no se puede dejar de considerar la conveniencia del resultado del presente proceso sobre la menor L.L.T.H., **quien será privada de desplegar la identidad** que hasta hoy reconoce como propia, ya que la menor solo tiene como figura paterna al demandante, no existiendo antecedentes en el presente proceso de si existe o no relación de la niña con su padre biológico, por lo que, teniendo en cuenta el Interés Superior de la niña L.L.T.H., resulta pertinente desestimar la demanda de Nulidad”*

Como vemos, en esta sentencia, a pesar de la existencia de una prueba de ADN la juzgadora rechaza el cuestionamiento de la paternidad por cuanto afirma que ya se ha creado un estado de familia entre la menor y el demandante, por lo que al no existir prueba alguna que acredite que la menor tiene relaciones familiares con el padre biológico, la juzgadora prefiere declarar infundada la demanda para que no se afecte el principio del interés superior de la niña, por cuanto si se declarara fundada la demanda se estaría privando a la niña de desplegar la identidad que hasta hoy reconoce como propia.

Sin embargo, esta sentencia es apelada y revocada por la Segunda Sala Civil por cuanto se dice que:

“7. En cuanto a la causal de objeto físicamente imposible, esta se refiere a la factibilidad de existir conforme a las leyes de la naturaleza de los bienes materiales o inmateriales que forman la relación jurídica a los que se quieren integrar los derechos y deberes nacidos del mismo acto jurídico. En el caso

de autos, con la prueba científica de ADN a la que se han sometido tanto las partes como la menor realizada por el Laboratorio Biolinks de fojas 131 se concluye categóricamente que el demandante Taype no es padre biológico de la niña L.L.T.H., la misma que constituye prueba plena por su rigor científico y alto grado de certeza, conforme lo previsto por el Artículo 402 del Código Civil, modificado por la ley 28457. **8.** Ahora bien, la Jueza de la causa pese haber llegado a la misma conclusión indicada anteriormente, sostiene que no es posible amparar la demanda porque “se ha creado un vínculo entre el demandante y la menor L.L.T.H., con el correr de los años, generando un estado de familia con el cual la menor se siente identificada”. Sin embargo, este Colegiado no comparte dicho criterio porque existen razones jurídico constitucionales para **priorizar el Derecho a la Identidad**, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el proceso 00550-2008-AA: “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”. **9.** En efecto, el ejercicio del Derecho Fundamental a la Identidad que tiene toda persona comprende, no sólo, el Derecho a un nombre, sino también a conocer a sus verdaderos padres y llevar sus apellidos; y además constituye una obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con lo previsto por nuestra legislación interna conforme al Inciso 1 del Art. 2 de la Constitución y Artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. **10.** Asimismo, los Artículos 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, no sólo reconocen el Derecho de Identidad de los niños, sino que obligan a los Estados Parte a respetar y preservar dicho Derecho y en caso que un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. **11.** De otro lado, para resolver la presente causa también resulta especialmente relevante el principio del Interés Superior del Niño, consagrado por Artículo IX del Código de los Niños y Adolescente, así como en el Segundo Principio de la Declaración de los Derechos del Niño y artículo 19.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que disponen que todo niño tiene derecho a las medidas de protección especiales para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal necesarios para su bienestar. **12** Por tanto, en aplicación de los Derechos indicados anteriormente, resulta absurdo lo sostenido por la Jueza de la causa que pretende imponer a la menor como padre a una persona que no lo es, **cuando lo lógico es priorizar que la niña conozca a su verdadero padre**, pueda llevar sus apellidos y disfrutar de un auténtico amor filial, conforme lo ha sostenido reiterativamente el Tribunal Constitucional en las sentencias 227-2000-PA/TC, 0550-2008-AA entre otras. **13.** Siendo esto así, debe revocarse en parte la sentencia y declararse fundadas tanto la pretensión principal de nulidad del acto jurídico de reconocimiento por la causal de objeto físicamente imposible, así como la accesoria de exclusión del nombre del actor del acta de nacimiento número 64277543 extendida ante el Registro de Estado Civil de la Municipalidad

*Provincial de Arequipa, para lo cual se remitirá el oficio correspondiente para la inscripción marginal de la presente sentencia de vista, por el Juez de la causa en ejecución de sentencia*¹⁴⁴.

De los hechos del caso se puede concluir que la Sra. Hancoccallo ya se encontraba embarazada cuando acudió a la discoteca de nombre "MUKI", por cuanto, la menor nació en menos de ocho meses de haber mantenido relaciones sexuales con el Sr. Taype, además, cuando éste último cuestiona su paternidad, la Sra. Hancoccallo no refuta la existencia de la prueba del ADN, sino que su defensa se basa en que el reconocimiento es irrevocable y que ya ha transcurrido el plazo de caducidad, lo que implica que ella tiene certeza sobre la paternidad de la menor.

Dicho esto, es evidente que la Sra. Hancoccallo no protege los intereses de su menor hija, porque engañó al Sr. Taype para que la reconozca como hija suya sin importarle que su hija también sería engañada en cuanto a su verdad biológica, y porque a pesar de haber conseguido que el Sr. Taype se haga cargo de la manutención de su menor hija, la tenía descuidada y, aparentemente, no utilizaba el dinero de la pensión alimenticia para el bienestar de su menor hija.

Por otro lado, el Sr. Taype, cuando vio que la menor estaba descuidada, intentó que la Sra. Hancoccallo se la entregue para que él pueda cuidarla, lo que significa que tenía un vínculo afectivo sólido con la menor, o, como lo dijo la juzgadora, hay un estado de familia entre ambos; pero, el Sr. Taype renuncia a ese estado de familia y cuestiona la paternidad de la menor L.L.T.H., movido por el engaño sufrido.

Es evidente que ninguno de los adultos que ha participado en este proceso judicial buscaba defender los intereses de la niña L.L.T.H., sino más bien, buscan defender sus propios intereses, por ello, es que los juzgadores deben motivar su resolución en base al interés concreto de la niña y no solo en base a suposiciones generales, porque de no ser así, ello nos llevaría a que, como ocurre en este caso, posiciones tan contradictorias sean defendidas en base a un supuesto interés superior de la niña.

En otras palabras, se debe comprender que el interés del niño/a y adolescente es abstracto por lo que su defensa no se puede realizar en virtud a consideraciones subjetivas sin sustento real o concreto, porque de no ser así, llegamos a un punto tan contradictorio en el que el Sr. Taype cuestiona su paternidad por el interés de la niña L.L.T.H. y la Sra. Hancoccallo defiende la paternidad por el interés de la niña L.L.T.H., la jueza declara infundada la demanda por el interés de la niña L.L.T.H. y los jueces superiores declaran fundada la demanda por el interés de la niña L.L.T.H.; sin embargo, considero que ninguno de ellos ha escuchado la opinión de la niña L.L.T.H. y ha realizado una verdadera evaluación sobre el interés concreto que se debe defender.

Como prueba de lo referido anteriormente, recordemos el argumento principal que utiliza la Sala Superior para revocar la sentencia del juzgado, el cual a la letra dice que "*resulta absurdo lo sostenido por la Jueza de la causa que pretende imponer a la menor como padre a una persona que no lo es, cuando lo lógico es priorizar que la niña conozca a su verdadero padre, pueda llevar sus apellidos y disfrutar de un auténtico amor filial*", es decir, se revoca la sentencia debido a una consideración abstracta de los jueces

¹⁴⁴ SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente, Bustamante Zegarra). Expediente N° 02969-2010-0-0401-JR-FC-03 del 8 de mayo del 2012.

superiores, para quienes lo lógico es que todos los niños conozcan a sus verdaderos padres, pero no motivan si este conocimiento, para el caso concreto, le es beneficioso a la niña L.L.T.H., lo que, a mi criterio, evidencia que se usa al interés superior del niño/a y adolescente, para defender posiciones subjetivas.

Otro aspecto importante que debemos destacar es que ninguna de las instancias hizo mayor referencia a los artículos analizados anteriormente, es decir, no se sustentaron las sentencias en la irrevocabilidad o no del reconocimiento de paternidad ni en el plazo de caducidad, al parecer, ambas se pronunciaron sobre el fondo porque consideran que los artículos mencionados son inaplicables.

4.4.- Caso Carpio vs. Lazo¹⁴⁵

El 20 de octubre de 1989 se le ha practicado al Sr. Carpio una prostatectomía estableciéndose que se ha realizado la *“ectomía total de la próstata que sale en tres porciones, sacándose también un segmento de cuello vesical”*, asimismo, el 24 de octubre de 1991, se le realiza un examen clínico en el cual se diagnostica *“Genitales de varón en hipotrofia de acuerdo a la edad”*.

Sin embargo, el Sr. Carpio, con 75 años de edad y en las condiciones físicas antes mencionadas, reconoce al menor C.A.C.L. como hijo suyo, por otro lado, el 29 de octubre del 2007, el Sr. Carpio declara ante la Policía Nacional del Perú que *“si soy padre del menor C.A.C.L. que nació el 18 de octubre del 2003... no estoy dispuesto a hacerme una prueba de ADN ya que no tengo porque demostrar nada a nadie ya que si soy el padre biológico del menor C.A.C.L.”*, no obstante, en fecha posterior presenta una demanda en la que cuestiona judicialmente su paternidad, alegando que el menor C.A.C.L. no es su hijo, sino que es su nieto, demanda que es contestada por la Sra. Lazo, quien manifiesta que se debe rechazar dicha demanda por infundada.

Durante la tramitación del proceso se señaló como fecha para la toma de muestras el 31 de enero del 2011, fecha en que asistieron todas las partes, pero no se logró tomar las muestras para la prueba del ADN debido a que el niño C.A.C.L. demostró en todo momento temor y rechazo a esta prueba, incluso se solicitó la presencia de una psicóloga; ante ello, se suspendió la audiencia y la madre del niño ya no condujo al mismo a las demás citaciones, por cuanto afirmaba que esta prueba afectaba la estabilidad emocional de su menor hijo, e, incluso, adjuntó una evaluación psicológica que respaldaba su dicho, ante ello, se prescindió de dicha prueba de ADN.

El Juzgado no amparó la demanda porque sostuvo que:

“el proceso de impugnación de paternidad, que legalmente sólo ha sido diseñado para que quienes no hayan participado en el reconocimiento del menor puedan impugnarlo, se ha visto ampliado por la jurisprudencia, por cuanto se permite que cualquier persona con interés pueda impugnar un reconocimiento de paternidad, sea porque no corresponde a la verdad biológica o porque carece de algún requisito de validez estructural o funcional, ello basados en el principio del Interés Superior del Niño, por cuanto, en la generalidad de los casos, es más beneficioso para el menor

¹⁴⁵ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02424-2010-0-0401-JR-FC-02 del 12 de mayo del 2014.

conocer su verdad biológica y no mantener un vínculo filial con quien no es su padre; f.3.- Para que se declare fundada una demanda de impugnación de paternidad se debe acreditar fehacientemente los hechos que configuran la pretensión, para lo cual, en muchos procesos judiciales se recurre a la prueba del ADN dado el alto grado de confiabilidad y certeza; no obstante, a criterio de este Magistrado, la negativa del menor a someterse a esta prueba no puede generar ningún tipo de conclusión, ni a favor o en contra de la pretensión impugnatoria, peor aún si tenemos en consideración que esta negativa obedece a miedos propios de su edad, como lo ocurrido en el caso de autos, en el cual, el propio menor es quién ha manifestado su negativa a someterse a la prueba de ADN, por lo que sería un contrasentido que por su bienestar le causemos un daño mayor al someterlo a un evento negativo o que por conocer su verdad biológica le imponamos una filiación resultante de su negativa a someterse a la prueba del ADN; por todo lo dicho, y conforme al principio del Interés Superior del Niño, en el presente caso no se valorará la negativa del menor C.A.C.L. a someterse a la prueba del ADN, ni la falta de colaboración de la Sra. LAZO en la realización de la prueba del ADN, por cuanto, esta negativa ha estado fundamentada en la opinión manifestada por el propio menor; f.4.- En el caso de autos, no se ha acreditado que la edad de CARPIO ni su estado de salud sean impedimento para que pueda procrear a un hijo, por lo que el hecho de que haya sido operado de la próstata o que sufra de Síndrome Amnésico no conlleva que no sea el padre del menor C.A.C.L.; f.5.- CARPIO ha reconocido ser el padre del menor C.A.C.L. no sólo ante el Registro Civil de la Municipalidad Distrital de Paucarpata, sino también ante la Policía Nacional del Perú, e incluso ha afirmado que no se someterá a la prueba del ADN porque está seguro de que es el padre del citado menor, en este sentido, el hecho de que esté impugnando la paternidad por el reconocida afectaría el principio de no venir en contra de sus propios actos, por lo que su pretensión debe ser declarada infundada”.

En esta sentencia se refiere claramente que el proceso de impugnación de paternidad ha sido diseñado para que tengan titularidad quienes no han participado en el reconocimiento de paternidad (ello teniendo en cuenta que el reconocimiento es irrevocable), pero en este caso, a pesar de que el demandante es quien realizó dicho reconocimiento, se permite un pronunciamiento sobre el fondo porque la jurisprudencia (casatoria) ha referido que en la generalidad de casos es necesario conocer la verdad biológica, con lo que se hace evidente que se acepta la no aplicación del articulado de nuestro Código Civil.

Otro aspecto importante es que no se valora negativamente la opinión del niño, lo que en buena cuenta se ha realizado es valorar dicha opinión para declarar infundada la demanda, por cuanto es evidente que si el niño no quiere someterse a la prueba del ADN, es porque no quiere conocer su verdad biológica, o, al menos, no por el momento, en este sentido, no se lo puede obligar a que conozca su verdad biológica.

Finalmente, en este caso existe un informe psicológico que demuestra que someter al niño a la prueba del ADN le es perjudicial, por lo que se ha interpretado que la defensa del interés del menor para este caso concreto, no está en conocer su verdad biológica, sino en mantener su estado de familia o su identidad.

No obstante, la sentencia fue apelada y la Segunda Sala Civil anula la sentencia emitida y manda que se emita una nueva sentencia ello por cuanto:

“2.7. En este orden de ideas, la realización de la prueba de ADN resulta indispensable para resolver la controversia y el señor Fiscal Superior en su Dictamen Nro. 122-2014 de fojas mil seiscientos diecisiete ha desarrollado varias formas en las cuales puede llevarse a cabo la misma (intervención corporal del menor en el lugar en donde se encuentre); pero además, este Colegiado estima que también podrá disponerse los apremios de suspensión de la Patria Potestad de la madre por haber dado consejos o ejemplos para vulnerar los propios derechos del menor y disponerse una tenencia provisional para fines de este proceso, conforme lo previsto por el inciso c) del artículo 75 y artículo 87 del Código del Niño y del Adolescente. 2.8. Asimismo, siendo la co-demandada y madre del menor una integrante de la Policía Nacional, para asegurar su concurrencia a la Audiencia Especial que deberá fijar el Juez de la causa, que se curse oficio al señor General Jefe de la Región Policial de Arequipa para que brinde todas las facilidades y asegure la presencia de la misma a la Audiencia. 2.9. Por tanto, habiéndose incurrido en nulidad insubsanable, que debe ser declarada por este Colegiado, se dispone que el Juez de la causa ordene las pruebas de oficio indicadas anteriormente y fije fecha para una Audiencia Especial a la brevedad posible, decretando los apremios necesarios que aseguren la presencia del menor y su madre para la toma de muestras para la prueba de ADN, con la facultad concedida por los artículos 171 y 176, última parte del Código Procesal Civil”¹⁴⁶.

Es notorio lo que ocurre en esta sentencia, en la que tampoco se considera que las normas del Código Civil sean un obstáculo en la solución del fondo del proceso, por cuanto, al parecer, existe consenso en que dichas normas deben ser inaplicadas.

Un aspecto preocupante de esta sentencia es que el niño ha manifestado su opinión con respecto al cuestionamiento de su paternidad, negándose a someterse a la prueba del ADN; sin embargo, los jueces superiores no motivaron el porqué esa opinión no debía tomarse en cuenta y, por el contrario, sin mayor motivación obligan al niño para que se someta a lo que los adultos creen que es lo mejor para él, incluso con la amenaza de suspender la patria potestad de su madre.

Más preocupante es el dictamen fiscal en donde se hace referencia a que se considere la opción de intervención corporal del menor, opción que pone en evidencia la contradicción a la que podemos llegar por aplicar un principio de manera abstracta, debido a que en el caso concreto el niño manifiesta su temor a la toma de muestras y con ello evidencia su deseo de no conocer, por el momento, su verdad biológica, pero, según el Ministerio Público, en defensa de su interés debemos extraer las muestras del ADN en contra de su voluntad, para que en contra de su voluntad pueda conocer su verdad biológica y con ello, incluso pueda perder su paternidad y hasta los bienes que hubiera podido heredar.

¹⁴⁶ SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente: Bustamante Zegarra). Expediente N° 02424-2010-0-0401-JR-FC-02 del 8 de abril del 2015.

4.5.- Caso Vargas vs. Condori¹⁴⁷

El 7 de octubre de 1996 la Sra. Ticlla inscribe el nacimiento de su menor hija K.A. en la Municipalidad Distrital de Paucarpata, señalando como padre de la menor al Sr. Condori, quien el 13 de noviembre de 1996 reconoce como hija suya a la citada niña, por lo que a partir de esa fecha se llamó a la niña como K.A.C.T.; sin embargo, el 12 de febrero de 1997, ante el Registro de Estado Civil de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, la Sra. Ticlla y el Sr. Vargas inscriben como hija suya a la menor K.A.V.T, es decir, a partir de este momento la menor cuenta con dos partidas de nacimiento, con dos presuntos padres y con dos apellidos paternos diferentes, es así que ambos padres se someten a la prueba del ADN, estableciéndose el dos de octubre del dos mil ocho que el Sr. Vargas **“NO PUEDE SER EXCLUIDO de la Presunta Relación de Parentesco en condición de PADRE BIOLÓGICO”** y el 2 de octubre del 2008, se establece que el Sr. CONDORI **“QUEDA EXCLUIDO de la Presunta Relación de Parentesco en condición de PADRE BIOLÓGICO”**; es decir, el padre biológico de la menor es el Sr. Vargas y no el Sr. Condori.

El Juzgado, en virtud de las pruebas de ADN declaró fundada la demanda. Esta sentencia no fue apelada ni tampoco se elevó en consulta, por lo que actualmente se encuentra consentida.

En este caso, tampoco se realizó mayor cuestionamiento sobre la necesidad de no aplicar el articulado del Código Civil referido a la irrevocabilidad del reconocimiento ni a los plazos de caducidad, por lo que, al parecer, ni las partes ni el juez tenían dudas sobre la inaplicación de estas normas.

Además, si bien se amparó la demanda en virtud de las conclusiones arribadas por el laboratorio que realizó la prueba del ADN, debemos tener en consideración que la niña no vivía con el Sr. Condori, por ende, tampoco había mantenido ningún tipo de vínculo afectivo con él, por lo que no era su padre biológico, no mantenía vínculo afectivo con él y mantener válida esa partida de nacimiento generaba inestabilidad en la niña, por cuanto tenía dos apellidos paternos y dos padres, por ello, considero que en este caso, tanto la verdad biológica como la estabilidad familiar o identidad dinámica fueron protegidas con la sentencia emitida. Sin embargo, nuevamente se omitió el buscar la opinión de la niña, como si esta fuera una pretensión que concierne únicamente a los adultos.

4.6.- Caso Reymer vs. Postigo¹⁴⁸

La Sra. Reymer, fue reconocida por el Sr. Reymer en calidad de hija extramatrimonial; sin embargo, realizada el examen del ADN, en el Ministerio Público, se establece que en realidad ésta es hija biológica del Sr. Postigo, asimismo, el propio Sr. Postigo realiza una declaración jurada en tal sentido.

El Juzgado ampara la demanda alegando que:

“En consecuencia corresponde dejar sin efecto el reconocimiento de paternidad efectuado por el demandado Reymer en la partida de nacimiento

¹⁴⁷ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00437-2011-0-0401-JR-FC-02 del 12 de mayo del 2014.

¹⁴⁸ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00269-2012-0-0401-JR-FC-04 del 7 de enero del 2014.

número dos, asentada ante la Municipalidad Provincial de Ilo, debiendo disponerse la emisión de una nueva partida de nacimiento de conformidad con el artículo 44 literal q) y artículo 55 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley 26497 y artículo 387 el Código Civil, modificado por la Ley 29032... habiéndose determinado la existencia de una “verdad material”; esto es, que la Sra. Reymer es hija biológica del Sr. Postigo, a fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la identidad de la indicada ciudadana, en aplicación contraria de lo señalado por el artículo 200 del Código Procesal Civil, corresponde ampararse la pretensión, teniéndose presente que la sentencia que declara la paternidad produce los mismos efectos que el reconocimiento voluntario, pero en ningún caso confiere al padre derecho alimentario o sucesorio conforme al artículo 412 del acotado Código”.

Esta sentencia no fue apelada ni tampoco se elevó en consulta, por lo que actualmente se encuentra consentida.

Aquí debemos señalar que no era viable analizar el interés superior del niño/a o adolescente por cuanto la Sra. Reymer es mayor de edad, además, realmente el único derecho en juego era la verdad biológica, por cuanto, la Sra. Reymer al ser mayor de edad su desarrollo emocional ya culminó, por ende, la estabilidad familiar cumplió con su objetivo.

4.7.- Caso Huisa vs. Quispe¹⁴⁹

La niña A.H.Q. fue reconocida como hija del Sr. Huisa y la Sra. Quispe, por cuanto ambos habían mantenido una relación esporádica aproximadamente desde el año 2008 hasta el año 2010, resultando embarazada la Sra. Quispe, quien le informa al Sr. Huisa que era el padre de la niña A.H.Q. Después de haberla reconocido, iniciaron una convivencia por el transcurso de dos meses aproximadamente, para que luego la Sra. Quispe viaje al distrito de Chala a visitar a sus padres, sin retornar de dicho lugar, por lo que el Sr. Huisa viajó a buscarla y al volver a ver a la menor notó que tenían rasgos distintos. Posteriormente, a fines del mes de diciembre del año 2010, a raíz de una discusión mantenida con la Sra. Quispe, ésta le insinúa que la niña A.H.Q. no es su hija biológica, debido a que había mantenido una relación paralela con otra persona, no estando segura de quien era el verdadero padre biológico de la misma, ante estos hechos, el Sr. Huisa inicia una demanda de impugnación de paternidad, demanda que fue contestada por la Sra. Quispe, quien manifiesta que el demandante no era padre de la menor ya que ésta se parecía a la persona con quien mantuvo una relación de días, posteriormente, se realiza la audiencia en donde se recogen las muestras que serán utilizadas en el examen del ADN, prueba que concluyó que el demandante no tenía vinculación biológica con la niña A.B.H.Q.

Por los resultados de dicha prueba, el Juzgado declara FUNDADA la demanda, asimismo, la Segunda Sala Civil APRUEBA la sentencia por cuanto:

“La sentencia consultada realiza una debida apreciación de los hechos, se sustenta esencialmente, en la prueba de validez científica, como es informe

¹⁴⁹ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00845-2011-0-0401-JR-FC-02 del 17 de marzo del 2014.

pericial de investigación biológica de los marcadores genéticos, de fojas ciento setenta y cinco a ciento setenta y seis. La sentencia no ha sido impugnada por las partes, pese haberseles notificado debidamente, demostrando que se encuentran de acuerdo con la sentencia consultada”¹⁵⁰.

Nuevamente vemos que no existe ningún cuestionamiento a la inaplicabilidad de la normativa civil, por lo que entendemos que ya existe cierto consenso que estas normas deben ser revisadas ante el avance de la ciencia, permitiendo que se analice de manera más flexible el cuestionamiento de la paternidad.

Entrando al caso concreto tenemos que el Sr. Huisa inicia el proceso de impugnación de paternidad porque fue engañado, debido a que él mantuvo una relación sentimental con la Sra. Quispe y ante el nacimiento de quien creía era su hija, decidió convivir con la Sra. Quispe, es decir, manifestó su deseo de constituir una familia, sin embargo, ante el hecho de que la niña no se parecía a él, es que decide realizarse la prueba del ADN y, al saber que la niña no era su hija biológica busca hacer ineficaz el reconocimiento de paternidad a pesar de su irrevocabilidad.

La Sra. Quispe engañó al Sr. Huisa no sólo al mantener una relación paralela con él y otra persona, sino que también lo engañó porque le dijo que la menor era su hija, en este sentido, no cuestionó la sentencia emitida en autos, con lo que nuevamente vemos cómo es que los adultos deciden la paternidad de una niña y la modifican sin mayor obstáculo legal y sin conocer la opinión de la directamente involucrada.

4.8.- Caso Vizcarra vs. Palma¹⁵¹

El 15 de febrero de 2001, el Sr. Vizcarra, contrajo matrimonio con la Sra. Palma, fijando domicilio conyugal en la ciudad de Lima, asimismo, producto de dicha unión procrearon al niño J.A.V.P.; aproximadamente en el mes de mayo del año 2002, los cónyuges se separan de hecho, retornando la Sra. Palma con el menor J.A.V.P. a la ciudad de Arequipa, quedándose el Sr. Vizcarra a radicar en Lima.

El 6 de diciembre del 2010 nace el niño I.M.V.P., el mismo que es inscrito como hijo del Sr. Vizcarra por cuanto, a pesar de la separación de hecho entre los cónyuges, el vínculo matrimonial no había sido disuelto, por lo que el Sr. Vizcarra cuestiona judicialmente su paternidad; sin embargo, la Sra. Palma manifiesta que es cierto que el menor I.M.V.P. no es hijo del Sr. Vizcarra, pero este tuvo conocimiento de la existencia del menor en junio del año 2010, debido a que en forma esporádica se comunicaba con su otro hijo y que en junio del 2010 le dio a entender que no tenía inconveniente en reconocer al menor I.M.V.P. por la estabilidad emocional de su hijo J.A.V.P.; realizada la audiencia de pruebas, la demandada no acudió con el menor por lo que no se efectuó la prueba del ADN, indicando que al haber aceptado que el niño no tiene como padre al Sr. Vizcarra no era necesario efectuar dicha prueba.

¹⁵⁰ SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Bustamante Zegarra). Expediente N° 00845-2011-0-0401-JR-FC-02 Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 30 de septiembre del 2014.

¹⁵¹ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 13 de mayo del 2014.

Sin embargo, a pesar de lo dicho, el Juzgado declaró INFUNDADA la demanda, ello por cuanto:

“De la legislación, doctrina y jurisprudencia antes señalada tenemos que para que se desvirtúe la presunción legal relativa de paternidad contenida en el artículo 361 del Código Civil, es necesario que se acredite alguno de los supuestos contenidos en el artículo 365 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, para que se cumpla el supuesto señalado en el inciso 5 de este artículo, es necesario contar con una prueba de ADN u otra de igual validez científica con igual o mayor grado de certeza que acredite que no existe vínculo parental; e.2.- En el caso de autos se ha probado que el demandante y la demandada están casados desde el quince de febrero de dos mil uno; por lo que al haber nacido el menor I.M.V.P. con fecha seis de diciembre del dos mil diez, se presume que tiene por padre al demandante, a pesar de que ambos cónyuges afirmen estar separados desde el mes de mayo del año dos mil dos, y que el menor no es hijo biológico del demandante, por cuanto, la filiación no se puede contestar o impugnar con afirmaciones testimoniales como único medio probatorio, debido a que ésta constituye una cuestión biológica que requiere ser determinada por un peritaje o por un conjunto de medios probatorios que no dejen duda sobre la filiación del menor; e.3.- Que, la demandada se ha rehusado a concurrir a la audiencia de pruebas junto con su menor hijo, pese a los apercibimientos efectuados, por lo que se prescindió de la realización de la prueba genética de ADN, y se dispuso que se valore su conducta procesal conforme a lo establecido en el artículo 282 del Código Civil, pudiendo el Juez extraer conclusiones en contra de los intereses de la demandada; sin embargo, este Despacho considera que esto no conlleva a que se declare fundada la demanda por el solo hecho de que la demandada no concurrió con el menor a la toma de muestras para la realización de la prueba del ADN, ya que si así lo hiciéramos, se estaría afectando los intereses del menor I.M.V.P., ya que modificaríamos la filiación de un menor por la sola declaración del demandante y la demandada, lo cual, atenta con lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; e.4.- Siendo así, a pesar de lo afirmado por las partes existe duda razonable respecto a la paternidad biológica del menor, duda que no puede generar que se ampare la demanda, en este sentido, la misma debe ser declarada infundada; peor aún si tenemos en consideración que según lo dicho por la propia demandada, el demandante le dio a entender que no habría ningún inconveniente en reconocer al menor como hijo suyo por la estabilidad emocional de su hermano, en este sentido, conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 366 del Código Civil, al haberlo reconocido como hijo suyo no puede negar su paternidad, argumento que se aúna al rechazo de la demanda”.

Como vemos, en esta sentencia nuevamente tenemos que no se puede extraer conclusiones negativas o positivas de la conducta de las partes, sino que es necesario que exista una prueba del ADN, ya que de no haberla, así las partes se pongan de acuerdo sobre la paternidad del niño, ello no significa que ésta sea correcta, por cuanto lo que se busca es llegar a la verdad biológica del niño y de no poderse llegar a dicha verdad es preferible dejar su filiación tal y como está, ya que de lo contrario, puede afectar su estabilidad emocional y familiar.

Además, hay que resaltar que no se realiza mención alguna a la imposibilidad de cuestionar la paternidad del niño I.M.V.P. en aplicación del articulado del Código Civil, sino que, por el contrario, se afirma que ante la falta de la prueba del ADN no se puede amparar la demanda, lo que contrario sensu significaría que de existir un examen del ADN, se podría amparar la demanda.

Esta sentencia fue declarada nula por la Tercera Sala Civil por cuanto:

*“4.4. De las afirmaciones de las partes, en el sentido que el menor I.M.V.P. no es hijo del demandante, se pone en duda la paternidad biológica del menor, transgrediendo su derecho de conocer su identidad y su verdadero origen biológico, protegido constitucionalmente por el artículo 2 inciso 1° de la Constitución Política del Estado, concordado con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño; estando en duda la identidad del menor I.M.V.P., el mismo que se encuentra representado por la abogada (curadora) Jenny Nury Jiménez Bravo, el A quo para declarar infundada la demanda en el segundo considerando punto e.4. de la sentencia ha señalado que ...a pesar de lo afirmado por las partes existe duda razonable respecto a la paternidad biológica del menor, duda que no puede generar que se ampare la demanda, la misma debe ser declarada infundada... sin observar el principio del interés superior del niño y del adolescente reconocido por el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes que textualmente afirma que: **“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos”** (el subrayado es nuestro); es decir, cualquier autoridad judicial debe procurar un escrupuloso tratamiento y respeto de los derechos de los menores durante el proceso, sobre todo tratándose de una negación de paternidad. 4.5. Teniendo en cuenta que las partes del proceso tienen derecho a que se les otorgue tutela jurisdiccional y que ésta debe realizarse observando el principio del debido proceso (entre ellos el derecho a probar) garantizado por el inciso 3° del artículo 139 de nuestra constitución, y a efecto de emitir pronunciamiento sobre la pretensión invocada y los puntos controvertidos señalados en los autos, resulta determinante la realización de la prueba genética del ADN (Ácido Desoxiribonucleico), lo que permitiría emitir una decisión con arreglo a los antecedentes y la ley. En el caso de autos el juzgador, sin tener en cuenta que era una prueba fundamental para resolver la controversia y que era una prueba ofrecida por la parte demandante, requirió únicamente a la demandada a que concurra con su menor hijo a las continuaciones de las audiencias de pruebas bajo apercibimiento de prescindirse dicha prueba de ADN, sin embargo el A quo no ha agotado todas las medidas tendientes a lograr la actuación de la prueba de ADN (Ácido Desoxiribonucleico) con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento procesal civil, con lo que se ha vulnerado el derecho a probar a la que tiene el accionante”¹⁵².*

¹⁵² TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Yucra Quispe). Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 07 de abril del 2015.

En esta sentencia, al igual que en la sentencia de primera instancia, los jueces superiores no se hacen ningún problema con el articulado de nuestro cuerpo legislativo Civil, en el que se restringe el cuestionamiento de la paternidad, demostrando que al parecer existe uniformidad en que la paternidad se puede cuestionar con el examen del ADN sin tener mayor reparo en el análisis del plazo de caducidad o la irrevocabilidad del reconocimiento.

Otro aspecto importante es el hecho de que se aplica el interés superior del niño/a y la identidad del niño, pero no se dice cómo beneficiaría de manera concreta al niño I.M.V.P. el conocer su verdad biológica, peor aún, no existe ninguna declaración referencial del citado menor, por lo que se exige que se utilice los apremios de ley en contra de la madre del menor sin que se conozca si el niño I.M.V.P. desea o no saber su verdad biológica o por lo menos, no se lo escucha para conocer si va a someterse o no a la toma de muestras.

4.9.- Caso Rosas vs. Challa/Lázaro¹⁵³

La Sra. Challa y el Sr. Lázaro son esposos y dentro de dicho matrimonio ha nacido la niña U.G.L.C., reconociéndola ambos como hija suya; sin embargo, el Sr. Rosas interpone demanda de impugnación de paternidad por cuanto refiere que sostuvo relaciones extramatrimoniales con la Sra. Challa por un aproximado de cinco a seis años y fruto de esas relaciones procrearon a la referida niña, por lo cual ésta viene a ser su hija biológica, sin embargo, por razones de trabajo y teniendo que viajar al extranjero no pudo reconocer a su hija ni declarar la paternidad de la misma, acto que realizaron ambos esposos, por estas razones interpone demanda de impugnación de paternidad solicitando que se declare la invalidez del reconocimiento que ha realizado el Sr. Lázaro, debiendo extenderse una nueva partida de nacimiento, donde figure el apellido del Sr. Rosas en su condición de padre legítimo y biológico de la indicada niña.

El Juzgado ampara la demanda afirmando que:

*“En autos ha quedado acreditada con la partida de nacimiento de fojas seis, la existencia de la niña U.G.L.C., quien nació el veintinueve de noviembre del dos mil seis, contando a la fecha con cinco años; aparece como hija de los demandados. 9.2. También ha quedado establecido que el demandante es el padre biológico de la niña U.G.L.C., ello con la prueba del **ácido desoxirribonucleico**, frecuentemente abreviado como **ADN**, que obra a fojas ciento cuarenta y cinco y siguiente, en la cual se ha determinado que el señor Rosas ES EL PADRE DE LA NIÑA U.G.L.C., haciéndose presente que las muestras para la realización fueron tomadas durante la audiencia que aparece a fojas ciento treinta y siete y la pericia fue ratificada a fojas ciento cuarenta y nueve, manifestando la señora perito que se ha usado la técnica de marcador short tandar repeat, se procede a ampliar quince alelos de ADN que son iguales en todo ser humano, en los últimos pares de cada base, está la variación de cada individuo, la certeza es casi del cien por ciento; se preguntó a la señora perito si el demandado Lázaro podría ser el padre de la niña, contestando esta que no. 9.3. Pero no sólo se tiene como único medio probatorio la prueba del ADN, además a fojas ciento treinta y ocho, se dejó constancia que el demandante refirió estar seguro de ser el padre de la niña,*

¹⁵³ PRIMER JUZGADO DE FAMILIA D ELA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00984-2011-0-0401-JR-FA-01 del 7 de junio del 2012.

mientras que, a fojas noventa y uno, la testigo Calderón, al ser preguntada respecto a si es verdad que pese a estar casada la demandada y no haber existido de por medio ninguna separación de cuerpos ni divorcio, sostuvo desde el año dos mil uno relaciones extramatrimoniales con el demandante, contestó que es verdad. La demandada Challa, a fojas ciento cincuenta y uno, refiere que el padre biológico de su hija U.G.L.C. es Rosas, la niña fue reconocida por el esposo de la demandada Lázaro, quien sabía que no era su hija, y como el demandante no vivía en Arequipa, su hija padecía por eso y por ello, hizo que Lázaro la reconociera y que Rosas (demandante) sabía que era su hija... Lázaro (demandado) a fojas ciento cincuenta y dos, contestó que si sabía que la niña no era su hija y a pesar de ello vive con ella y su madre... Que estando a lo expuesto en los considerandos de esta sentencia la Juzgadora concluye que resulta inevitable la aplicación del control difuso en el caso de autos, actuando de conformidad a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, por lo cual el proceso debe ser elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en caso de no ser impugnada, en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408 del Código Procesal Civil”.

En este caso tenemos que la Sra. Challa y el Sr. Lázaro tienen conformado un matrimonio, pero la Sra. Challa mantiene una relación extramatrimonial con el Sr. Rosas durante cinco o seis años, habiendo procreado a la niña U.G.L.C., pero como el Sr. Rosas no reconocía a su hija, es que le cuenta la verdad al Sr. Lázaro, quien a pesar de saber que no era su hija biológica la reconoce como tal y le brinda un hogar, debido a que la niña no solo vive en la casa con la Sra. Challa y el Sr. Lázaro, sino que además es tratada como hija matrimonial.

Pero cinco años después del nacimiento de la niña, el Sr. Rosas impugna la paternidad de la misma por cuanto afirma que él es el verdadero padre y que no la reconoció porque estaba ocupado trabajando, es decir, durante cinco años no cumplió con su deber de reconocer a su hija biológica, permitió que ésta sea reconocida por otro hombre, se desarrolle en el seno de un hogar y luego retorna refiriendo que por el interés de la niña es que rompe la filiación que mantiene durante cinco años y quiere que a partir de ahora sea declarada su hija. Lo que demostraría que es el interés del demandante el que mueve este proceso, porque la niña ya cuenta con una familia que incluso se ha dado dentro de un matrimonio.

En primer lugar, debemos señalar que en esta sentencia el juez ha inaplicado de manera expresa las normas del Código Civil, haciendo un control difuso y elevando en consulta la sentencia a la Corte Suprema para que confirme la inaplicación de dichas normas, es decir, no se ha utilizado la figura de la nulidad o anulabilidad ni tampoco se ha resuelto sin hacer mención al articulado del Código Civil que restringe el cuestionamiento de la paternidad, como se ha realizado en la mayoría de las sentencias analizadas, puesto que aquí se refleja de manera clara el problema materia de tesis, debido a que este juzgador considera que la identidad comprende a la identidad biológica y en consecuencia siempre debe prevalecer este derecho frente a las barreras legales impuestas para el cuestionamiento de la paternidad, por ello se debe dejar de aplicar estas normas a través del control difuso, en este sentido, en todos los casos en que esté en disputa la vinculación biológica y la vinculación afectiva, según la sentencia, es la primera la que debe

prevalecer porque las normas que restringen su investigación son inconstitucionales, sin hacerse mención alguna al interés del niño/a en el caso concreto.

Otro aspecto importante de la sentencia es que se ha analizado que todas las partes han reconocido que la niña U.G.L.C. no es hija biológica del Sr. Lázaro y que el Sr. Rosas no la reconoció porque no tuvo tiempo, como mencionamos anteriormente, lo cual se ha visto corroborado con la prueba del ADN, por ello se declara fundada la demanda; sin embargo, en ninguna parte del razonamiento judicial hemos podido observar que se haya analizado de manera concreta cómo se beneficia a la niña U.G.L.C. con el descubrimiento de su paternidad, en otras palabras, se ha analizado lo que quieren las partes, lo que han dicho y lo que se ha probado la prueba del ADN, pero no se ha analizado cómo esta pretensión podría beneficiar a la niña U.G.L.C., más aún si se tiene presente que esta niña no fue reconocida por su padre biológico porque estaba ocupado con su trabajo (como él mismo lo manifiesta), ha sido reconocida por el esposo de su mamá, con lo cual, adquiere la calidad de hija matrimonial, también ha ganado un padre que durante cinco años ha velado por ella y le ha dado muestras de cariño además de brindarle lo necesario para su subsistencia, en este sentido, no se ha explicado cómo beneficia a la menor el quitarle esta paternidad matrimonial, peor aún, no se ha resuelto nada sobre el cómo se realizará la adaptación de esta niña a su nueva paternidad.

Finalmente, al igual que en muchos casos, se ha resuelto quitarle la paternidad a una niña sin antes haberla escuchado para conocer su opinión.

4.10.- Caso Sifuentes vs. Nina/Gallegos¹⁵⁴

El Sr. Sifuentes y la Sra. Nina, han mantenido una relación sentimental desde enero del 2004 hasta mayo del 2006, pero por una discusión en el mes de mayo del dos mil seis dieron por terminada su relación, posteriormente, por razones de trabajo el Sr. Sifuentes viajó al país de Chile, lugar donde permaneció por varios meses perdiendo cualquier tipo de comunicación con la Sra. Nina y por referencia de familiares y amigos comunes, tomó conocimiento que estaba embarazada, comunicándose con ella para preguntarle si él era el padre, respondiéndole ella que él no era el padre.

La niña V. nació el 24 de diciembre del 2006, siendo reconocida por el Sr. Gallegos. El Sr. Sifuentes, por incompatibilidad de caracteres, siempre ha mantenido distancia con la Sra. Nina, sin embargo, en febrero del 2010, se ha enterado que la niña V. es su hija biológica, razón por la que cuestiona judicialmente la paternidad del Sr. Gallegos a fin de poder ser reconocido públicamente como el padre de la niña V., otorgarle su apellido y cumplir con ella respecto a una pensión alimenticia y de todas las obligaciones paternas inherentes.

El Sr. Gallegos contestó la demanda afirmando que, ha formado una familia con la codemandada Nina y que dentro de la misma tuvieron a su hija, por lo que mal se haría en sostener que la menor V. no es su hija, pues él sostuvo relaciones sexuales con la codemandada Nina durante el periodo de la concepción y ha seguido todo el embarazo en forma cabal, tan es así que han estado juntos y han experimentado juntos el nacimiento de su hija; desconoce las razones por las cuales el demandante esté

¹⁵⁴ PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 2010-1340-0-0401-JR-FA-01 del 12 de marzo del 2012.

pretendiendo una declaración de paternidad vía impugnación cuando sabe que su paternidad es indiscutible.

La demanda fue declarada FUNDADA por cuanto:

*“se tomaron las muestras en audiencia de fojas ciento ochenta y cinco; los resultados aparecen a fojas doscientos diecinueve y doscientos veintiuno, abiertos en audiencia de fojas doscientos veintitrés y siguiente, se concluye que “El señor Gallegos **NO ES EL PADRE** de la menor V. y por tanto su no paternidad es demostrada por el análisis realizado” y que “el señor Sifuentes **ES PADRE** de la menor V.”. Estos resultados no fueron observados por ninguna de las partes, de modo tal, que la paternidad del demandante respecto de la niña ha quedado demostrada, en consecuencia la demanda debe ser declarada fundada en este extremo”.*

Como se desprende de lo antes señalado, el Sr. Sifuentes y la Sra. Nina mantuvieron una relación sentimental, quedando embarazada esta última, pero ante la culminación de dicha relación, la Sra. Nina engañó al Sr. Sifuentes y le dijo que la hija que había tenido no era hija de él, sino del Sr. Gallegos, persona con la cual incluso contrajo matrimonio, es decir, el Sr. Sifuentes no actuó de mala fe, por el contrario, fue responsable y antes de viajar averiguó si debía o no reconocer a la niña V.

Suponemos que el Sr. Gallegos y la Sra. Nina conocían la paternidad biológica de la niña V., pero a pesar de ello, engañaron a todos por cuanto contrajeron matrimonio y la reconocieron como hija dentro de este matrimonio.

La niña no tiene ningún lazo afectivo con el Sr. Sifuentes, es más, nunca lo ha visto ni ha conversado con él; en cambio, ella y la sociedad creen que su familia es el matrimonio Gallegos – Nina, un matrimonio en el cual la niña se ha desarrollado adecuadamente, además, ha establecido un lazo afectivo muy fuerte con quien creía que era su padre, el Sr. Gallegos, por lo que con la sentencia emitida se pierde toda esta estabilidad emocional, legal y hasta social, para que el Sr. Sifuentes sea declarado padre biológico, con lo cual, se inicia una evidente inestabilidad emocional en la niña, quien deberá ser informada de que todo el mundo en el que se desarrolló es falso y que incluso deberá llamar padre a una persona desconocida.

Como se puede percibir, no se ha realizado ninguna referencia al beneficio concreto que le traería a la niña el conocer su verdad biológica, sino más bien, se está generalizando que para todos los niños/as y adolescentes es mejor conocer esta verdad biológica, lo que atenta contra el interés superior del niño/a y adolescente.

Además de no hacerse mención alguna a la opinión de la niña que está perdiendo su paternidad, tampoco se hace mención alguna al articulado de nuestro cuerpo legal Civil que restringe el cuestionamiento de la paternidad matrimonial, al parecer, se tiene por cierto que con la prueba del ADN se puede dejar de aplicar dichas normas legales.

4.11.- Caso Maque vs. Taype¹⁵⁵

¹⁵⁵ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01541-2011-0-0401-JR-FC-04 del 15 de mayo del 2014.

El Sr. Maque y la Sra. Taype mantuvieron una relación sentimental a partir del año 2005, dicha relación se llevaba a distancia debido a que el Sr. Maque laboraba fuera de la ciudad de Arequipa y la Sra. Taype radicaba en Moquegua, encontrándose ocasionalmente en la ciudad de Arequipa, sosteniendo relaciones sexuales en cada encuentro, es así que en el mes de febrero del año 2008, la Sra. Taype le comunica que se hallaba embarazada, señalándolo como el padre del menor, hecho del que no dudó debido a la relación sentimental que mantenían, por ello, cuando el 6 de noviembre del año 2008 nace el niño R.J.M.T., fue reconocido por el Sr. Maque.

Mientras el menor crecía, sus diferencias fisiológicas con el Sr. Maque se hacían más evidentes, surgiendo comentarios de personas cercanas a la pareja que dudaban sobre la vinculación biológica del Sr. Maque con su supuesto hijo, por esta razón, el Sr. Maque, en el mes de julio de 2010, se practica el examen del ADN en un laboratorio clínico privado, hecho que puso en conocimiento de la Sra. Taype, quien le juró que el menor si era su hijo y se mortificó por tal hecho, por lo que no recogió los resultados sino hasta el 15 de marzo del año 2011, momento en el que confirmó que no era el padre biológico por lo que inicia un proceso de impugnación de paternidad, el mismo que fue declarado FUNDADO por cuanto:

“de la legislación y jurisprudencia antes señalada tenemos que el reconocimiento es irrevocable, es decir, el demandante no puede revocar el reconocimiento practicado a favor del menor R.J.M; no obstante, la jurisprudencia y legislación admiten que el reconocimiento, como cualquier acto jurídico, puede ser inválido por adolecer de defectos sustantivos o estructurales; e.3.- El Tercer Pleno Casatorio ha establecido la obligación de todos los jueces de descubrir el petitorio implícito que se pueda desprender de los hechos expuestos en la demanda, a fin de que se de una efectiva solución a los procesos de familia, lo cual, si bien implica una flexibilización del principio de congruencia, sin embargo, nos permite proteger otros derechos fundamentales; e.4.- En el presente caso se ha acreditado mediante dos pruebas de ADN que el demandante no es padre biológico del menor R.J.M.T., habiéndolo reconocido en la creencia de que si lo era, lo cual atenta contra su derecho de identidad y su derecho de conocer a sus padres, como se ha explicado anteriormente; e.5.- Siendo así, se evidencia que es físicamente imposible que el demandante sea el padre del menor R.J.M.T., por lo que el acto del reconocimiento (partida de nacimiento) constituye un imposible físico; además, al ser contrario a la realidad el reconocimiento practicado por el demandante, se está afectando el derecho fundamental del menor R.J.M.T. a conocer su verdad biológica, por lo que dicho reconocimiento es contrario al orden público constitucional; e.6.- De todo lo dicho, se debe tener presente que si bien el demandante interpone una demanda de impugnación de paternidad, no obstante, de los fundamentos de hecho se puede desprender que lo que en realidad estaría cuestionando es la validez del reconocimiento practicado en favor del menor R.J.M.T., siendo éste su petitorio implícito, por lo que habiéndose establecido que el objeto del citado reconocimiento es físicamente imposible y que se estaría atentando contra el orden público constitucional, es evidente que procede la declaración de nulidad por estas causales; e.7.- Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se debe tener presente que además de lo establecido por el Tercer Pleno Casatorio, ya el artículo 220 del Código Civil establece la facultad del Magistrado de declarar una nulidad de un acto jurídico de oficio, siempre y

cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes, por lo que teniendo en consideración que el acto de reconocimiento del menor R.J.M.T. realizado por el demandante está incurso en dos causales de nulidad y que ambas causales de nulidad han sido alegadas fácticamente desde la demanda, por lo que han sido materia de contestación por la demandada, se deberá declarar fundada la demanda y en consecuencia nulo el reconocimiento efectuado por el demandante”.

Esta sentencia fue apelada pero únicamente en el extremo que exoneraba del pago de costos y costas, razón por la que la Segunda Sala revocó dicho extremo y declaró que la sentencia era con costos y costas.

En esta sentencia se establece expresamente que el reconocimiento de paternidad es irrevocable por lo que el cuestionamiento judicial de la paternidad realizado por quien practicó el reconocimiento no debería prosperar; sin embargo, se hace alusión a la jurisprudencia y doctrina nacional en donde se determina que este reconocimiento es un acto jurídico y por tanto su validez puede ser cuestionada como cualquier otro acto jurídico.

Es interesante ver cómo es que los jueces tienen que interpretar las normas para lograr el objetivo que es la defensa del derecho a conocer a sus verdaderos padres, más aún si tenemos en cuenta que se habla de que un reconocimiento de paternidad que no corresponde a la verdad biológica estaría incurso en dos causales de nulidad: la de imposibilidad física y la de ir en contra el orden público constitucional.

El razonamiento es interesante, incluso utilizando herramientas tan novedosas como el petitorio implícito contenido en el tercer pleno casatorio y la nulidad de oficio del artículo 220 del Código Civil; sin embargo, si utilizamos este razonamiento ello implicaría que en todos los casos en los que difiera la realidad biológica con la realidad jurídica siempre se debería declarar la nulidad del reconocimiento, por cuanto una nulidad es insubsanable.

Otro aspecto a resaltar es que el análisis ha estado centrado en la validez del reconocimiento de la paternidad, pero no se ha analizado si este proceso afecta o beneficia al niño involucrado, tampoco se ha escuchado al menor por lo que se desconoce su opinión.

4.12.- Caso Cano vs. Espinoza/Eyzaguirre¹⁵⁶

El Sr. Cano y la Sra. Espinoza mantuvieron una relación sentimental aproximadamente desde el año 1998 hasta el año 2010; relación que, por diversas razones, se veía interrumpida en algunos periodos pero se reanudaba casi de inmediato, por lo que ambas partes mantuvieron relaciones sexuales hasta que en el año 2010 la Sra. Espinoza le comunicó al Sr. Cano que estaba embarazada, pero al no estar segura de que él fuera el padre, acordaron hacerse el examen del ADN cuando naciera el niño, no obstante, sin que se realice esta prueba, el 2 de mayo de 2011 nació el niño F.M. y de inmediato fue reconocido por la Sra. Espinoza y su actual pareja, el Sr. Eyzaguirre.

¹⁵⁶ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02095-2011-0-0401-JR-FC-04 del 26 de mayo del 2014.

En el año 2011, el Sr. Cano se realiza el examen del ADN y éste concluye que el padre biológico del niño F.M. es él, por lo que cuestiona judicialmente el reconocimiento de la paternidad realizado por el Sr. Eyzaguirre, siendo amparada su demanda por cuanto:

“de la legislación y jurisprudencia antes señalada tenemos que el reconocimiento es irrevocable, es decir, el demandado Eyzaguirre no puede revocar el reconocimiento realizado a favor del menor F.M.E.E.; no obstante, la jurisprudencia y legislación admiten que el reconocimiento, como cualquier acto jurídico, puede ser inválido por adolecer de defectos sustantivos o estructurales; e.3.- El Tercer Pleno Casatorio ha establecido la obligación de todos los jueces de descubrir el petitorio implícito que se pueda desprender de los hechos expuestos en la demanda, a fin de que se de una efectiva solución a los procesos de familia, lo cual, si bien implica una flexibilización del principio de congruencia, sin embargo, nos permite proteger otros derechos fundamentales; e.4.- En el presente caso se ha acreditado mediante la prueba de ADN que el demandante es padre biológico del menor F.M.E.E., quien ha sido reconocido por los demandados, lo cual atenta contra su derecho de identidad y su derecho de conocer a sus padres, como se ha explicado anteriormente; e.5.- No obstante que los demandados han afirmado desconocer la validez de los resultados de ADN admitidos como prueba presentada por el demandante, esta prueba no ha sido objeto de tacha conforme lo dispone el artículo 300 del Código Civil, por lo que mantiene su validez probatoria; asimismo no pasa desapercibido por este Despacho el comportamiento de los demandados, quienes no han cumplido con gestionar la prueba de ADN que ofrecieron como prueba, comportamiento que debe ser valorado; e.6.- Siendo así, se evidencia que es físicamente imposible que el demandado H.F.E.E. sea el padre del menor F.M.E.E., por lo que el acto del reconocimiento (partida de nacimiento) constituye un imposible físico; además, al ser contrario a la realidad el reconocimiento practicado por el demandante, se está afectando el derecho fundamental del menor F.M.E.E. a conocer su verdad biológica, por lo que dicho reconocimiento es contrario al orden público constitucional; e.7.- De todo lo dicho, se debe tener presente que si bien el demandante interpone una demanda de impugnación de paternidad, no obstante, de los fundamentos de hecho se puede desprender que lo que en realidad estaría cuestionando es la validez del reconocimiento practicado en favor del menor F.M.E.E., siendo éste su petitorio implícito, por lo que habiéndose establecido que el objeto del citado reconocimiento es físicamente imposible y que se estaría atentando contra el orden público constitucional, es evidente que procede la declaración de nulidad por estas causales; e.7.- Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se debe tener presente que además de lo establecido por el Tercer Pleno Casatorio, ya el artículo 220 del Código Civil establece la facultad del Magistrado de declarar la nulidad de un acto jurídico de oficio, siempre y cuando se haya respetado el derecho de defensa de las partes, por lo que teniendo en consideración que el acto de reconocimiento del menor F.M.E.E. realizado por el demandado Eyzaguirre está incurso en dos causales de nulidad y que ambas causales de nulidad han sido alegadas fácticamente desde la demanda, por lo que han sido materia de contestación por la demandada, se deberá declarar fundada la demanda y en consecuencia nulo el reconocimiento efectuado por el demandante”

Esta sentencia establece, expresamente, que el reconocimiento de paternidad es irrevocable, por lo tanto, la pretensión impugnatoria de paternidad no debería prosperar; sin embargo, se hace alusión a la jurisprudencia y doctrina nacional en donde se determina que el reconocimiento es un acto jurídico y por tanto su validez puede ser cuestionada como cualquier otro acto jurídico.

Es interesante ver cómo es que los jueces deben interpretar las normas legales para lograr el objetivo que es la defensa del derecho a conocer su realidad biológica; no obstante, como ya mencionamos anteriormente, si utilizamos este razonamiento ello implicaría que en todos los casos en los que difiera la realidad biológica con la realidad jurídica siempre se debería declarar la nulidad del reconocimiento, por cuanto una nulidad es insubsanable.

Otro aspecto a resaltar es que el análisis ha estado centrado en la validez del reconocimiento de la paternidad, pero no se ha analizado si este proceso afecta o beneficia al niño involucrado, por cuanto, de los hechos de la demanda se puede concluir que el Sr. Cano no busca que se respete el derecho a la verdad biológica del niño F.M., sino más bien, lo que pretende es que se reconozca su derecho a la paternidad, todo ello por el engaño de la Sra. Espinoza; sin embargo, aquí el Sr. Eyzaguirre reconoce al menor como hijo suyo y casi de inmediato, dicho reconocimiento es impugnado, es decir, no hubo tiempo para que el menor desarrolle lazos afectivos con su presunto padre, lo que hubiera sido interesante que forme parte del análisis del juzgador, más aún si tenemos en cuenta que por la corta edad del menor no se podía conocer su opinión.

4.13.- Caso Gutierrez vs. Nieva/Gutierrez¹⁵⁷

El Sr. Gutierrez contrajo matrimonio civil con la Sra. Nieva con fecha 25 de marzo de 1993, ante la Municipalidad Distrital de Yanahuara; debido a los conflictos surgidos entre los cónyuges, el Sr. Gutierrez fue demandado dos veces por alimentos, la primera vez (14 de marzo de 2000) para que se fijen los mismos y la segunda vez (10 de octubre del 2005) para que sean aumentados; por lo que a efecto de que esta situación no se tornase permanente, llegó a un acuerdo con la Sra. Nieva en virtud al cual le entregaría la suma de US \$ 20,000.00 (VEINTE MIL Y 00/100 DÓLARES AMERICANOS), así, con fecha 27 de abril de 2000, mediante Transacción Extrajudicial elevada a Escritura Pública, le entregó dicho monto y otros conceptos adicionales; manifestando además que “la demandada declara formalmente encontrarse separada de hecho del recurrente” y que ambos señalan que darán trámite a su divorcio en la vía de proceso sumarísimo; en este sentido, el Sr. Gutierrez y la Sra. Nieva interpusieron demanda de Separación Convencional y Divorcio Ulterior, y el 30 de noviembre del 2006 se declara judicialmente que ambos cónyuges se encuentran separados.

El 14 de mayo de 2007 la Sra. Nieva viajó a la ciudad de Lima (domicilio del Sr. Gutierrez) y mantuvo relaciones sexuales con él, quedando embarazada, por lo que desconoció la Transacción y propuesta de convenio, aprobada judicialmente, inscribiendo a la menor como hija del Sr. Gutierrez, basándose en que ambos siguen siendo cónyuges y al haber nacido dentro del matrimonio se presume que el Sr. Gutierrez es el padre, para,

¹⁵⁷ TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 3 de junio del 2013.

posteriormente, demandarlo por alimentos e incluso denunciarlo penalmente por el delito de omisión a la asistencia familiar.

El Sr. Gutierrez interpone una demanda de negación de paternidad, la misma que fue declarada INFUNDADA por cuanto:

“por un lado, la parte demandante no ha probado fehacientemente la existencia de una separación judicial entre las partes ni la fecha en que ésta quedó consentida a fin de verificar si la carga probatoria se invierte hacia la demandada conforme a la previsión del artículo 370 del Código Civil; sin embargo existen indicios que valorados en su conjunto, permiten colegir razonadamente al Despacho que habría existido una cohabitación entre el actor y la demandada al rededor del mes de mayo del dos mil siete, esto es en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento de la hija”.

Esta sentencia fue anulada por la Sala Civil debiéndose emitir una nueva sentencia, la cual ampara la demanda afirmando que:

*“e.1.- La filiación es la más importante relación de parentesco, por ello, el marco normativo, doctrinario y jurisprudencial citado anteriormente han reconocido el derecho del niño a conocer a sus padres, derecho que está vinculado al derecho a la identidad. En ese sentido, lo que se busca es que cada ser humano ostente la filiación que realmente le corresponde por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial o convivencial. Conforme a lo dicho anteriormente, es evidente que este derecho de los hijos a conocer a sus padres está íntimamente vinculado con la defensa de sus intereses, por cuanto, conociendo a sus padres el menor podrá ejercer los derechos que le corresponden, como solicitar alimentos, cuidados, buenos ejemplos, etcétera; e.2.- Por otro lado, tenemos que nuestro Código Civil establece que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo cuando está judicialmente separado durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; la carga de la prueba obliga al marido a presentar solamente la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento, **correspondiendo a la mujer probar en este caso haber cohabitado en ese período o las causales de improcedencia descritas en el artículo 366 del mismo cuerpo legal**; lo que interpretado por la doctrina señalada anteriormente significa que cuando existe separación judicialmente establecida, el marido sólo debe acreditar que la sentencia judicial que los declara separados sea anterior a los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo, para que su demanda de negación de paternidad sea declarada fundada; por el contrario, si la mujer busca que la demanda sea declarada infundada, debe acreditar que durante los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo ha cohabitado con el marido a pesar de estar judicialmente separadas; e.3.- En el caso de autos, obra la copia certificada de la sentencia judicial de separación de cuerpos, la misma que es de fecha treinta de noviembre del dos mil seis, asimismo, se ha acreditado que el cuatro de febrero de dos mil ocho nace la menor G.J.S.G.N., es decir, el demandante habría acreditado la existencia de una sentencia judicial de*

separación de cuerpos, asimismo, que la menor nació casi quince meses después de dicha separación, por ende, el demandante ha cumplido lo que establece la norma para que la demanda de negación de paternidad sea declarada fundada; **e.4.-** Por su parte, la **demandada** contradice lo dicho por el demandante afirmando que **la menor es fruto de las relaciones sexuales que mantuvieron** en un viaje que hizo a la ciudad de Lima en mayo del año dos mil siete, para probarlo adjuntó como prueba copia simple de su boleto de viaje de ida, más no el de retorno, copia simple de una factura por concepto de alojamiento en un hotel por una sola noche, las declaraciones testimoniales de Elsa y Enma respecto del dinero que le envió el demandado para sus gastos de embarazo y alumbramiento y un CD que contiene la grabación de una conversación que sostuvo con el demandado antes de dar a la luz a la menor (de la cual se desprende que la demandada exige el cumplimiento por parte del demandante de diversos pedidos en relación a su embarazo no obstante el demandado **condiciona el cumplimiento de aquellos pedidos a la realización de una prueba del ADN con la menor, pedido que es aceptado por la demandada**), de todo lo dicho queda claro que la demandada no ha cumplido con la carga de la prueba que le obliga el inciso 3 del artículo 363 del Código Civil, por cuanto sus medios probatorios no están destinados a demostrar la cohabitación con el demandante por los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento de la hija, sino más bien, están destinados únicamente a demostrar la supuesta existencia de relaciones sexuales entre ella y el demandante en una sola noche, en este sentido, a criterio de este Magistrado, no ha logrado desvirtuar que ha existido una separación judicialmente declarada anterior a los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento de la hija, tampoco ha probado que en este mismo periodo ha cohabitado con el demandante, e incluso, no ha probado la existencia de cohabitación por ningún periodo, razones por las cuales se debe declarar fundada la demanda por esta causal, peor aún si se tiene presente que los medios probatorios ofrecidos por la demandada no acreditan de manera fehaciente la existencia de relaciones sexuales en la fecha del viaje a la ciudad de Lima por cuanto en el CD de audio no se establece una fecha exacta, y la copia del pasaje y de la boleta de venta no se puede presumir este extremo; **e.5.-** Por otro lado, de la legislación y jurisprudencia antes señalada tenemos que una de las causales que contempla nuestra legislación para que el marido niegue la paternidad del hijo de su mujer, es la demostración a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental, causal que nos trae el problema de cómo determinar el vínculo parental si una de las partes no desea someterse a esta prueba de ADN. Al respecto se debe tener presente que cuando es el padre el que se niega a someterse a una prueba de ADN, es indispensable valorar su conducta a efectos de proteger los derechos que están en juego, en este caso, la libertad personal y el derecho a conocer la identidad de su progenitor; sin embargo, cuando es la madre quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético, es innegable pensar que dicha actitud se desprende de un temor a que sea descubierto el verdadero nexos biológico, debiendo considerarlo, **junto a otros elementos de juicio**, como una causa de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre; **e.6.-** En el caso de autos, el **demandante** alega que la menor G.J.S.G.N., **no es su hija**

biológica y para demostrarlo ha ofrecido se practique una prueba de ADN, prueba que no se ha podido llevar a cabo en la Audiencia de pruebas ni en la Audiencia especial de toma de muestras fijadas por el juzgado debido a la inasistencia injustificada y reiterativa de la parte demandada quien tampoco cumplió con llevar a la menor, a pesar de las constantes notificaciones y apercibimientos que se le hicieron, por el contrario, se advierte que el proceso se ha visto obstruido y dilatado por sus diversas actuaciones destinadas a prolongarlo a través de recursos de apelación que fueron desestimados en su totalidad; **e.7.-** En este sentido, tenemos que la demandada afirma que la menor es hija del demandante; sin embargo, ha obstruido y dilatado el presente proceso con recursos impugnatorios carentes de fundamentos, asimismo, a pesar de haberse comprometido a someterse a la prueba de ADN (en el audio que ella misma ha aportado como medio de prueba) hasta el momento no ha cumplido, conducta que nos hace obtener la certeza sobre la existencia de un temor a que sea descubierto el verdadero vínculo biológico que sería contrario a sus intereses, de otra forma no tendría porqué negarse a colaborar con el proceso, más aún cuando el resultado positivo de dicha prueba le favorece a ella como a la menor, en este sentido, si bien la demanda no puede ser amparada por la causal contenida en el inciso 5 del artículo 363 del Código Civil (referida a la demostración que la menor no es hija del demandante con la prueba de ADN); no obstante, haciendo efectivo los apercibimientos decretados en autos y por ende, valorando la conducta obstruccionista y dilatoria de la demandada, así como la negativa injustificada a someterse a la prueba de ADN y estando al principio del interés superior del niño en lo que corresponde al derecho a conocer a sus padres biológicos, este Juzgador considera que se debe declarar fundada la demanda de negación de paternidad interpuesta por el demandante”¹⁵⁸.

Sentencia que fue CONFIRMADA por la Primera Sala Civil estableciendo que:

“**3.5)** Que compulsado el caudal probatorio respecto a la alegación de la demandada de que cohabitaron durante el período de la concepción, tenemos la copia del boleto de viaje a nombre de la demandada, del catorce de mayo de dos mil siete de fojas cuarenta y cuatro, copia de la factura emitida por el hotel Rizzo del dieciséis de mayo de dos mil siete de fojas noventa y cinco, los mismos que por sí no prueban que el demandante haya tenido relaciones sexuales con la demandada en la fecha probable de la concepción, a que se refiere el inciso 2 del artículo 363. **3.6)** Que en cuanto a que el demandante ha pagado los gastos del alumbramiento, ello tampoco prueba que el demandante haya aceptado la paternidad de la menor, toda vez que como se desprende del audio de fojas noventa y ocho el mismo que no tiene data, se escucha la voz de los interlocutores, una mujer (debe ser la demandada) exigiendo un seguro ante su embarazo y la proximidad a su alumbramiento, y la voz del demandante (reconocido en el acta de continuación de audiencia) pidiendo reiteradamente favor a que aceptara un seguro particular ante las exigencias de esta, cabe mencionar que allí también se increpa el delito de bigamia en el que habría incurrido el demandante, lo que hace posible presumir que el ahora demandante se haya

¹⁵⁸ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 25 de agosto del 2014.

encontrando en una situación de convenir con el pago de los gastos de alumbramiento ante la imposición de la demandada, pues efectivamente el demandante se encontraba casado por segunda vez con doña Cortez (fojas cuarenta y seis), en tanto que de los términos de la transacción de fojas siete y siguientes celebrada entre la demandada y el apoderado del demandante, se transa sobre futuros alimentos para la demandada en la suma de \$ 20,000.00 (veinte mil dólares americanos) cuya entrega está supeditada a la interposición de la demanda de separación convencional y su concurrencia a la audiencia, razones por las que la prueba de esta parte no produce certeza a este colegiado sobre las supuestas relaciones sexuales habidas en la fecha probable de la concepción. 3.7) Finalmente respecto a la falta de sometimiento de la madre de la menor a la prueba del ADN, teniendo en cuenta los apercibimientos prevenidos mediante resoluciones de fojas cuatrocientos setenta y siete y cuatrocientos noventa y uno, el Juez A quo mediante resolución número cincuenta y siete de fojas quinientos catorce, ha hecho efectivo el apercibimiento sobre la presunción y conducta procesal de las partes, que sólo debe tomarse como una prueba más y no la determinante para decidir la litis, por lo tanto de conformidad con el artículo 282 del Código Procesal Civil, el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, todo lo cual ha sido evaluado por el Juez A quo en la recurrida, por cuanto la demandada ha sido renuente a concurrir a la prueba del ADN, a lo largo del proceso”¹⁵⁹.

El Sr. Gutierrez buscaba que se ampare su pretensión impugnatoria de su paternidad por cuanto había sido demandado por alimentos, e incluso, existía una liquidación pendiente de pago que originó que sea denunciado penalmente por el delito de omisión a la asistencia familiar, es decir, su pretensión no se interpuso con la finalidad de que la niña conozca su verdad biológica, sino que su pretensión estaba centrada en defender sus intereses particulares, por cuanto, de ampararse la pretensión impugnatoria de paternidad, el proceso penal que se le había instaurado podría ser archivado debido a que no se puede condenar por omisión a la asistencia familiar a quien no es familiar de la menor.

La Sra. Nieva no quiso practicarse el examen del ADN, ni tampoco permitió que se practique dicho examen a su menor hija, lo que demuestra que estaba conforme con la presunción de paternidad que origina el matrimonio, sin importar si esta presunción coincide o no con la verdad biológica.

De lo dicho queda claro que ninguno de los dos adultos partícipes de este proceso defendía el interés de la niña, debido a que el proceso judicial fue instaurado y prolongado en el tiempo pensando en los intereses de los adultos, por ello hubiera sido interesante que el juzgador analice el interés de la niña y cómo se vería afectado o amparado con el resultado del proceso, es decir, en qué le beneficiaba o perjudicaba el conocer su verdad biológica o que se mantenga su filiación.

Sin embargo, es interesante verificar cómo se ha analizado la normatividad civil para determinar que cuando existe una declaración judicial de separación de hecho entre los

¹⁵⁹ PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Jueza Superior ponente: VALENCIA DONGO). Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 15 de abril del 2015.

cónyuges, no basta mantener relaciones sexuales para acreditar la paternidad, sino que es necesario acreditar una cohabitación efectiva, carga de la prueba que recae en la esposa.

4.14.- Caso Quintanilla vs. Mercado y otros¹⁶⁰

Con fecha 30 de marzo del 2001, el Sr. Quintanilla contrajo matrimonio con la Sra. Mercado en la Municipalidad de Yanahuara y producto de sus relaciones conyugales, procrearon a su hija C.A.Q.M., nacida el 18 de setiembre del 2001.

Durante los nueve años de vida conyugal existieron diversas desavenencias que llevaron a que con fecha 31 de marzo y 18 de julio del 2008, suscribieran un documento de separación de hecho y su correspondiente modificatoria, en los cuales decidieron separarse de hecho en forma indeterminada. Con fecha 9 de mayo del 2009, iniciaron ante la Notaría Pública del Dr. Javier Rodríguez Velarde los trámites para obtener la separación convencional y disolución de su patrimonio, trámites que se vieron suspendidos porque a mediados del mes de junio del 2009 se reconciliaron, regresando su esposa nuevamente a vivir con él en el mismo domicilio a partir del 14 de agosto del 2009. Con fecha, 30 de diciembre del 2009, su esposa dio a luz en el Hospital Central de Essalud al niño M.M. y el 22 de enero del 2010 por ante la Municipalidad Distrital de Yanahuara, el Sr. Quintanilla decidió reconocer al niño M.M. como consta en el acta de nacimiento. En el mes de abril del año 2010, tuvo una discusión grave con su esposa, quien le increpó que él no era el padre de su hijo, que su padre era el Sr. Siveroni, agregando que prefería irse con él y divorciarse del Sr. Quintanilla. Efectivamente, la Sra. Mercado reconoció que durante la relación de enamoramiento, llegó a un entendimiento y comprensión con el Sr. Siveroni y producto de ella, sostuvieron relaciones íntimas llegando a procrear al niño M.M. Debido a una discusión con el Sr. Siveroni, la Sra. Mercado halló en su esposo la posibilidad de reconciliarse y recobrar su matrimonio, llegando luego a volver a vivir con él sin pensar que en esos momentos se hallaba embarazada del Sr. Siveroni; cuando supo que estaba embarazada no le dijo a su esposo que este no era el padre del niño, llegando a ocultarle la verdad originando que el Sr. Quintanilla reconociera la paternidad de su hijo.

Enterado de la verdad, el Sr. Quintanilla cuestiona judicialmente su paternidad, demanda que fue amparada por cuanto:

“DÉCIMO.- 10.1. No se encuentra ya DUDA en la filiación biológica del niño M.M.Q.M., pero si es necesario, y conveniente para él, que esa realidad biológica, sea también reconocida legalmente. 10.2. Nos encontramos frente a un caso de impugnación de PATERNIDAD MATRIMONIAL en la modalidad de negación de paternidad, la cual es permitida a tenor de lo establecido en el inciso 5 del artículo 363, por cuanto, El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 5 Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. 10.3. Para esta acción la titularidad corresponde al marido, conforme al artículo 367 del

¹⁶⁰ PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 2903-2010 del 5 de marzo del 2012.

cuerpo de leyes ya citado. La acción se interpone contra el hijo y la madre, no habiéndose considerado necesario nombrar un curador procesal para el niño puesto que no se ha advertido oposición entre los intereses del niño y sus padres biológicos. **DÉCIMO PRIMERO.- 11.1.** Pese a lo precisado en el considerando anterior, no dejamos de lado que en el artículo 364, precisa que: La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. El término concedido por ley para la impugnación ha sido sobrepasado largamente, pues el nacimiento del niño se produjo el treinta de diciembre del dos mil nueve, mientras que, la demanda fue interpuesta el treinta y uno de agosto del dos mil diez (fojas diez). **11.2.** Sin embargo, la Juzgadora no puede ignorar que la norma mencionada (artículo 364 del Código Civil) establece un plazo reducido y perentorio, pues a decir del doctor Cornejo Chávez cualquier impugnación habrá de perjudicar al hijo; pero en casos como el presente existen criterios jurisprudenciales que propugnan opiniones diferentes respecto al plazo con que se cuenta para accionar una impugnación. “En este sentido, la Sala Especializada de Familia (Exp. N° 860-2002, Lima, Impugnación de Reconocimiento de Paternidad) consideró que a partir del 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 que se practique la prueba del ADN, por lo que se DECLARA NULO el auto que falla improcedencia de la demanda. Esta resolución fue elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social (Consulta 2858-2002, Lima), con la finalidad de que se pronuncie sobre si el control difuso de la Constitución realizado por la Sala de Familia, respecto a 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”. **11.3.** Si bien es cierto la jurisprudencia citada, fue dada para un caso de filiación extramatrimonial, no se deja de lado que también estamos ante un término (noventa días) para un proceso que también es de impugnación y en el cual también está en juego el derecho a la identidad de un niño. **DÉCIMO SEGUNDO.- 12.1.** No resulta pues, una innovación el control difuso e inaplicación al caso concreto del artículo 364 del Código Civil, pero es necesario fundamentar el criterio de la Juzgadora. **12.2.** Comenzaremos citando el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, que establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. **12.3.** Al haberse acreditado que el demandante Quintanilla, figura en la partida del niño M.M.Q.M. como padre de este, habiéndolo declarado como hijo suyo, sin serlo, tenemos que de no resolver el presente proceso y declararlo improcedente simplemente por haberse vencido el plazo establecido en el artículo 364 del Código Civil se vulneraría **el derecho a la identidad del niño establecido en artículo 2, inciso uno de la Constitución Política del Perú.** Toda persona tiene derecho a la identidad, lo cual no solo implica tener un nombre, debe considerarse que “parte inherente de la personalidad es la identidad; no se concibe persona alguna sin su identificación particular para ejercer sus derechos y cumplir sus

obligaciones. El sujeto ha de resultar diferenciado de los demás, ha de poder separarse del conjunto, para expresar de manera individual sus propósitos. La identidad constituye un bien jurídico que deslinda al individuo de las cosas y de quienes lo rodean. Este derecho permite al sujeto valorar su personalidad, calcular las posibilidades del obrar con autonomía". Este, además de ser reconocido en la Constitución Política del Estado, se encuentra consagrado en el Código Civil en el artículo 19; y, en la Convención de los derechos del Niño en sus artículos 7 y 8. **12.4.** La identidad diferencia a cada persona de los demás seres humanos (en el caso de autos de los demás niños y adolescentes y por tanto no puede permitirse que en perjuicio del propio niño se tenga por padre a quien no lo es y menos aún si sus padres biológicos a la fecha han declarado vivir juntos y tener bajo su cuidado al niño según se ve de fojas ciento diez). Según Carlos Fernández Sesarego 'ser uno mismo y no otro' o 'soy el que soy y no otro'. Este derecho, al igual que otros, **tiene un mismo fundamento que es la dignidad personal, cuyo reconocimiento también tiene rango constitucional al establecer la Carta Magna en el artículo 1** que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. **12.5.** Como se dijo, el derecho no termina solo con el nombre, sino que implica, además que el niño conozca sus orígenes reales (siempre que ello sea posible) y lleve en todo caso, los apellidos que corresponden a esa filiación, no trastocada por presunciones o falsas declaraciones como la efectuada por tercera persona. **12.6.** El no tomar en cuenta el derecho a la identidad iría en contra del interés superior del niño establecido en el artículo tres de la Convención sobre los Derechos del Niño y recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes que a la letra establece: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos" Además no puede dejarse de lado que el artículo 8 de la misma Convención precisa como otro derecho el de preservar su identidad, nombre y relaciones familiares, por lo que entendemos que estas últimas no pueden ser trastocadas a simple gusto de los padres o de terceros y tampoco el niño puede asumir consecuencias del actuar irresponsable de alguno o de los dos padres y menos si con esto se perjudicará al niño. **12.7.** Que estando a lo expuesto en los considerandos de esta sentencia la Juzgadora concluye que resulta inevitable la aplicación del control difuso en el caso de autos, por lo cual el proceso debe ser elevado en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en caso de no ser impugnada, en aplicación del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408 del Código Procesal Civil. **DECIMO TERCERO.- 13.1.** Al declararse fundada la demanda, no debe, ni puede, dejarse al niño M.M.Q.M. sin apellido paterno y sin quien figure como padre en su partida, pues ello lo perjudicaría, menos aún si **en este proceso se ha determinado que su verdadero padre es el demandado Siveroni**, ello con la contestación de la demanda de fojas cuarenta y siete, (que se toma como declaración asimilada a tenor de lo establecido en el artículo 121 del Código Procesal Civil) en la cual el propio Siveroni y, la madre del niño, doña Mercado han manifestado que es cierto que la demandada tuvo una discusión con el demandante y producto del

grave altercado le dijo que él no era el padre de su hijo M.M.Q.M., que su verdadero padre era el co demandado Siveroni, que es cierto que los co demandados sostuvieron entre los meses de abril del dos mil ocho a mediados del dos mil nueve una relación de enamoramiento, habiendo sostenido relaciones sexuales y producto de ellas procrearon a su menor hijo M.M.Q.M.; esto también fue manifestado por los mismos padres a fojas ciento diez, durante la audiencia realizada, prestándose especial atención a lo manifestado por don Siveroni, quien narra que el niño lo reconoce como padre y que “tiene un cien por ciento de seguridad que el menor es su hijo”.

13.2. *Estando a lo manifestado debe aplicarse en forma extensiva lo establecido en la Ley 28439 al modificar el artículo 171 del Código de los Niños y Adolescentes, puesto que en la última parte se precisa. “Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso. Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada”. Es imperativo actuar así para no perjudicar al niño M.M.Q.M., pues de no establecerse lo referido a su verdadero progenitor, este proceso simplemente no prosperaría, no dejándose de lado que la Corte Suprema de Justicia en la Casación 2112-2009-Callao ha precisado “el razonamiento del Colegiado Supremo se circunscribía únicamente a dilucidar ese caso concreto y específico en atención del interés superior del niño, para establecer cuál de las partes (si quien se atribuía la paternidad o quien aparecía reconociendo e inscribiendo el nacimiento), era el verdadero padre biológico de la menor. Como puede advertirse nos encontramos ante una situación totalmente distinta, pues en autos no se persigue establecer quien es el verdadero padre menor, sino establecer que el demandante no es el padre, lo cual de ninguna manera beneficiaría al menor, sino, por el contrario, le perjudicaría, pues, vería afectada su identidad con respecto a la rama paterna, sin que exista oportunidad de dilucidarse en este proceso quien es su verdadero progenitor”.*

Como se puede apreciar, esta sentencia refleja el pensamiento de muchos magistrados, para los cuales el problema de las restricciones legales para el cuestionamiento de la paternidad ya ha quedado superado por la jurisprudencia, sea por control difuso o porque se utiliza figuras jurídicas de nulidad o anulabilidad, en este sentido, podemos concluir que el articulado del ordenamiento civil referido a las restricciones del cuestionamiento de paternidad por irrevocabilidad de reconocimiento o caducidad, no son aplicadas en varios pronunciamientos judiciales.

Entrando al fondo del asunto tenemos que el Sr. Quintanilla fue engañado, por cuanto él regresó con su esposa pensando que iban a retomar su relación pese a la separación que se había realizado anteriormente, sin embargo, la Sra. Mercado no le hizo saber que el hijo que estaba esperando era del Sr. Siveroni, hasta que por el calor de una fuerte discusión, ella misma le confiesa la verdadera paternidad de su hijo, razón por la cual el Sr. Quintanilla busca impugnar la paternidad del menor M.M.

Por otro lado, la Sra. Mercado mantuvo engañado a su esposo, por cuanto tuvo una fuerte discusión con el Sr. Siveroni y si no hubiera sido por esa discusión, posiblemente no

hubiera sido necesario engañar al Sr. Quintanilla, en otras palabras, ella generó la disconformidad en la paternidad de su menor hijo y ahora acepta la verdadera paternidad e incluso promueve la desconfianza del Sr. Quintanilla porque ya se había reconciliado con el Sr. Siveroni, con quien incluso se fue a vivir, razón por la cual, consideramos que este comportamiento no tiene en ningún momento como fundamento el interés superior del niño.

Sin embargo, debemos resaltar que en este caso el juzgador, si bien no motivó de manera expresa cuál era el beneficio del niño, no obstante, buscó que no solo se pierda la paternidad, sino que se declare su verdadera paternidad, con el afán de que el menor no se vea perjudicado, lo cual demuestra un serio problema que muchas veces vemos en los procesos de cuestionamiento de paternidad, en los que se dice que se actúa en virtud del interés del niño y por ello se ampara la demanda para que el niño conozca su verdad biológica; no obstante, en muchos de estos procesos sólo se impugna la paternidad pero no se establece la filiación correcta, lo que nos lleva a reflexionar que se estaría analizando de manera abstracta el interés del niño, cuando se debería exponer de manera concreta en qué beneficia o perjudica el cuestionamiento de la paternidad.

Otro aspecto a resaltar es que se ha conocido la opinión del impugnante, de la madre y hasta del padre biológico, pero en ninguna parte se ha motivado el por qué no es necesario conocer la opinión del menor, sobre todo porque es él quien va a cambiar de paternidad.

4.15.- Caso Salas Vs. Laura/Barrios¹⁶¹

El Sr. Salas sostuvo una relación convivencial desde el 15 de junio del 2009 al 25 de octubre del mismo año con la Sra. Laura, pero al separarse, la Sra. Laura se dio cuenta que estaba embarazada y como empezó a convivir con el Sr. Barrios, éste se comprometió a casarse con ella y a reconocer a la menor en gestación como si fuera su hija biológica.

En el año 2011 el Sr. Salas se entera de que tenía una hija, por lo que cuestiona judicialmente la paternidad del Sr. Barrios, la misma que es declarada FUNDADA por cuanto:

*“c) Que, como se desprende de la partida de nacimiento de fojas tres, la menor L.X.B.L., fue reconocida por Barrios en calidad de hija extramatrimonial; sin embargo fluye de los resultados de la prueba de ADN de fojas doscientos diecisiete, evacuados por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público que en realidad esta es hija biológica de don Salas, lo cual por la naturaleza de la prueba científica efectuada determina que quien reconoció a la demandante como padre biológico en su partida de nacimiento no es tal. d) Por tanto, habiéndose determinado la existencia de una **“verdad material”**; esto es, que L.X.B.L. no es hija biológica de Barrios, a fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la identidad de la indicada menor, atendiendo a que conforme lo dispone el artículo III del Código Procesal Civil, el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su*

¹⁶¹ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03806-2011-0-0401-JR-FC-01 del 7 de enero del 2014.

finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia, en aplicación contraria de lo señalado por el artículo 200 del Código Procesal Civil, corresponde ampararse la pretensión. e) En consecuencia corresponde dejar sin efecto el reconocimiento de paternidad efectuado por el demandado Barrios en la partida de nacimiento número 68146652 asentada ante la Municipalidad Provincial de Arequipa, debiendo disponerse la emisión de una nueva partida de nacimiento de conformidad con el artículo 44 literal q) y artículo 55 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley 26497 y artículo 387 el Código Civil, modificado por la Ley 29032”.

En esta sentencia ya no se hizo mayor esfuerzo argumentativo sobre la no aplicación de la irrevocabilidad del reconocimiento o el exceso en el plazo de caducidad, creemos que esto se debe a que la jurisprudencia de manera uniforme se pronuncia sobre el fondo y no aplica las restricciones legales para el cuestionamiento de la paternidad.

Por otro lado, el Sr. Salas no ha convivido con la menor L.X.B.L. por lo que no se ha generado ningún vínculo filial con ella, pero a pesar de ello, decide impugnar la paternidad del Sr. Barrios, por cuanto es él quien desea hacerse cargo de la menor debido a que es el padre biológico, en este sentido, no queda claro (y hubiera sido interesante si el juzgador lo aclaraba) si el Sr. Salas defiende el interés de la menor o su interés de ser padre.

Lo dicho anteriormente nos sirve para demostrar que en este caso tampoco se ha realizado un análisis concreto sobre el interés de la niña, por cuanto, de manera abstracta se cree que en todos los casos es mejor para el niño, niña y adolescente el conocer su verdad biológica, sin motivarse en el caso concreto si esta verdad biológica es beneficiosa o perjudicial, tan es así que no se cree conveniente saber cuál es la opinión del menor.

4.16.- Caso Cancino Vs. Soberon/otros¹⁶²

El 23 de julio de 1992 la Sra. Soberón alumbró a R.R.P.S., siendo el menor reconocido por el Sr. Perea, quien es esposo de la Sra. Cancino y medio hermano materno de la Sra. Soberon; posteriormente, la Sra. Soberón recurre al Municipio de Yanahuara con el fin de sentar una nueva partida de nacimiento consignando como padre del menor al Sr. Monje.

La Sra. Cancino solicita la anulación de la primera partida, indicando que su esposo no es padre del menor y el padre biológico es el Sr. Monje, no obstante, realizada la prueba de ADN entre el demandado Monje y R.R.P.S., esta concluye que el codemandado “*Monje, no es padre biológico de R.R.P.S.*”.

La demanda fue declarada IMPROCEDENTE por cuanto:

“e) Valoración: *En base a lo anteriormente desarrollado tenemos que: e.1.- De la legislación, doctrina y jurisprudencia analizada, se puede desprender que la pretensión de anulabilidad del acto jurídico no puede ser alegada por personas distintas a aquellas a las que han participado en el negocio jurídico, más aún si se tiene presente que los actos jurídicos anulables pueden ser confirmados; e.2.- En el caso de autos la demandante Cancino, interpone*

¹⁶² JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03837-2009-0-0401-JR-FC-01 del 16 de julio del 2014.

demanda sobre anulación del reconocimiento de paternidad efectuado por su esposo Perea a favor de R.P., hijo de su hermana materna Soberón, por causal de error esencial, de conformidad con el artículo 221, inciso 2 del Código Civil; es decir, lo que evidencia que dicha demandante no tiene legitimada para obrar debido a que no ha participado en el acto jurídico cuya anulabilidad alega, por lo que su demanda debe ser declarada improcedente; e.3.- Sin perjuicio de lo dicho anteriormente se debe tener presente que en la demanda y subsanación de la misma se ha establecido que se está solicitando como pretensión principal “la anulabilidad del reconocimiento de paternidad efectuado por PEREA por la causal de error esencial, a favor del menor R.R.P.S.”; sin embargo, como pretensión accesorio se está solicitando “la nulidad del acto de reconocimiento”, es decir, la demandante solicita la anulabilidad y nulidad de un mismo acto jurídico, lo cual evidencia que existe una indebida acumulación de pretensiones, por cuanto, un acto jurídico no puede ser nulo y anulable al mismo tiempo, ya que una acción excluye a la otra, en este sentido, este argumento se aúna a la declaración de improcedencia de la demanda; e.4.- No obstante que la presente demanda debe ser declarada improcedente por falta de legitimidad para obrar y por indebida acumulación de pretensiones, se debe tener presente que no pasa desapercibido por este Juzgado que, por la flexibilización de los principios procesales contenida en el Tercer Pleno Casatorio, se podría analizar el fondo del asunto si fuera manifiesto que el reconocimiento contenido en la partida de nacimiento materia de impugnación es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, por cuanto se hubiera acreditado fehacientemente que R.R.P.S. es hijo biológico de MONJE, tal y como se alega en el escrito de demanda, sin embargo, realizada la prueba de ADN entre Soberón, su hijo y Monje, se ha demostrado que este último no es el padre biológico del, hasta ese entonces, menor de edad; por lo que, al no haberse probado el hecho que sustentaba la demanda y que podría haber legitimado que este Despacho flexibilice los principios procesales y se pronuncie sobre el fondo, la demanda debe ser declarada improcedente, peor aún si se tiene presente que R.R.P.S. ya ha alcanzado la mayoría de edad, por lo que él está legitimado para accionar e impugnar el reconocimiento realizado a su favor”.

Hasta antes de esta sentencia hemos visto que los impugnantes son los esposos o convivientes engañados y los padres biológicos, no obstante, en este caso tenemos que es la esposa de la persona que ha reconocido como padre al, en ese entonces, menor de edad R.R.P.S., lo que definitivamente demuestra que su interés no es el de velar por el respeto a la verdad biológica del menor, sino por el de que sus hijos no compartan los alimentos ni la herencia con quien consideran no es hijo del Sr. Perea, razones por las cuales incluso el ordenamiento legal no otorga legitimidad a este tipo de demandantes.

4.17.- Caso Pinto Vs. Pauca¹⁶³

El Sr. Pinto mantuvo una relación de enamorados con la Sra. Pauca y cuando esta resultó embarazada, en la creencia que el menor era hijo suyo (por versión de la propia Sra. Pauca), procedió a reconocerlo el 28 de abril del año 2010.

¹⁶³ JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03949-2011-0-0401-JR-FC-02 del 10 de enero del 2014.

Producto de algunos comentarios sobre la paternidad del menor junto a la Sra. Pauca se realizó una prueba del ADN cuyo resultado arrojó que no es el padre, es ahí en donde la Sra. Pauca le confiesa que, efectivamente, a pesar que el menor no era su hijo biológico le dijo tal cosa para que proceda a reconocerlo, de lo cual se encuentra arrepentida.

El Sr. Pinto interpone demanda de impugnación de paternidad, la cual fue declarada FUNDADA por cuanto:

*“habiéndose determinado la existencia de una **“verdad biológica real”**; esto es, que Pinto no es hijo biológico de A.R.P.H., a fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la identidad del indicado menor, atendiendo a que conforme lo dispone el artículo III del Código Procesal Civil, el juez deberá asumir que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia, en aplicación contraria de lo señalado por el artículo 200 del Código Procesal Civil, corresponde ampararse la pretensión. h) En consecuencia corresponde dejar sin efecto el reconocimiento de paternidad efectuado por el demandado Pinto en la partida de nacimiento número 68282785 asentada ante la Municipalidad Provincial de Arequipa, debiendo disponerse la emisión de una nueva partida de nacimiento de conformidad con el artículo 44 literal q) y artículo 55 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley 26497 y artículo 387 el Código Civil, modificado por la Ley 29032”.*

Nuevamente vemos que la reacción del Sr. Pinto es producto del engaño al que fue sometido, asimismo, la Sra. Pauca no le importó la verdad biológica del menor, sino que lo que buscaba era que el Sr. Pinto reconozca a su menor hijo y el juzgador se pronuncia de manera exclusiva en base a los resultados de la prueba del ADN, con lo cual, al igual que en todos los casos antes señalados, aquí tampoco se ha analizado de manera concreta el interés del niño, porque no se ha analizado si ésta impugnación de paternidad perjudica o beneficia al niño.

4.18.- Caso Guerra Vs. Medina¹⁶⁴

El Sr. Guerra, aproximadamente en el mes de diciembre del año 2003, conoció a la Sra. Arce, progenitora del menor E.A.M.A., iniciando una relación amorosa, la que conllevó luego a mantener relaciones sexuales con la misma, entre los meses de enero a marzo del año 2004, sin embargo, dicha relación se tornó incompatible, razón por la cual, decidieron terminarla desconociendo sobre el embarazo de la Sra. Arce y por tanto el Sr. Guerra se alejó sin tener conocimiento ni del embarazo ni de la gestación.

En el mes de septiembre del 2010, un mes antes del fallecimiento de la madre del niño, la misma le hace saber que E.A.M.A. es su hijo, indicándole que el Sr. Medina no era el padre biológico, siendo ello corroborado cuando se entrevistó con éste último, quien le refirió que el niño sí era su hijo biológico y que lo había reconocido en razón a que creía que era su hijo, puesto que también había sostenido relaciones sentimentales y sexuales con doña Arce.

¹⁶⁴ PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 04067-2010-0-0401-JP-FC-01 del 16 de agosto del 2012.

Por esta razón el Sr. Guerra inicia una demanda de impugnación de paternidad la cual es declarada FUNDADA por cuanto:

“SEXTO.- 6.1. Como ya se expresó, en autos ha quedado acreditada con la partida de nacimiento de fojas dos, la existencia del niño E.A.M.A., quien nació el once de noviembre del dos mil cuatro, contando a la fecha con siete años, hijo de quien en vida fuera la Sra. Arce, apareciendo allí como su padre el demandado Medina, habiendo sido declarado como tal tanto por el supuesto padre como por la madre. **6.2.** Se ha realizado la prueba de ADN, tanto al demandante, al demandado, así como al niño E.A.M.A., habiéndose establecido que el demandante Guerra es padre biológico del niño E.A.M.A., ello según la prueba del **ácido desoxirribonucleico** (frecuentemente abreviada como **ADN**) que obra a fojas ciento noventa y siete y siguiente, además a fojas ciento noventa y cinco y ciento noventa y seis aparece la misma prueba del **ácido desoxirribonucleico** (ADN) que acredita que el demandado Medina no es el padre del niño, haciéndose presente que las muestras para la realización fueron tomadas durante la audiencia que aparece a fojas ciento ochenta y dos y siguiente y que, los resultados no fueron observados por ninguna de las partes, de modo tal, que la paternidad del demandante respecto del niño ha quedado demostrada plenamente. **SÉPTIMO.- 7.1.** No se encuentra ya DUDA en la filiación biológica del niño E.A.M.A., pero si es necesario, y conveniente para él, que esa realidad biológica, sea también reconocida legalmente”.

Sentencia que es elevada en consulta y la Cuarta Sala Civil la aprueba por cuanto:

“4.2.1. De la partida de nacimiento de fojas dos, se advierte que el menor E.A.M.A. ha nacido el once de noviembre del dos mil cuatro, y fue reconocido por la Sra. Godoy y el Sr. Medina; sin embargo, con la prueba de Ácido Desoxirribonucleico - ADN de fojas ciento noventa y cinco y ciento noventa y seis se ha acreditado que el Sr. Medina no es el padre, sino, con el informe pericial de Ácido Desoxirribonucleico - ADN de fojas ciento noventa y siete y ciento noventa y ocho se ha acreditado que el padre biológico del menor E.A.M.A. es el Sr. Guerra, prueba que ha sido debidamente actuada en la audiencia de pruebas. **4.2.2.** En tal sentido, el reconocimiento efectuado por el demandado el Sr. Medina no establece la verdadera filiación biológica con el menor antes referido. **4.2.3.** Siendo así, es correcto que el Juez de origen haya declarado que el Sr. Medina no es el padre biológico del menor E.A.M.A., sino el padre biológico del citado menor es el Sr. Guerra”¹⁶⁵.

Doña Arce mantuvo oculto que el menor E.A.M.A. era hijo del Sr. Guerra, pero antes de morir, cuando el menor ya contaba con seis años de edad, le confiesa que él es el padre, por lo que el Sr. Guerra inicia el proceso de impugnación de paternidad.

El Juzgado acepta la demanda y la Sala Superior la aprueba por cuanto consideran que hay que respetar la verdadera filiación, no obstante, debemos tener en cuenta que el menor E.A.M.A. contaba con ocho años de edad cuando se emitió la sentencia de primera

¹⁶⁵ CUARTA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior ponente Zamalloa Campero). Expediente N° 04067-2010-0-0401-JP-FC-01 del 8 de marzo del 2013.

instancia, es decir, durante ocho años había llamado papá al Sr. Medina, su estabilidad familiar tenía como base a este señor, a ello se suma que a muy temprana edad ha perdido a su madre, por lo que el único soporte familiar que le quedaba era a quien llamaba padre, sin embargo, gracias a la prueba de ADN, este menor debe perder no solo a su madre, sino también a quién consideraba su padre, lo que demuestra que no se ha analizado el interés del niño en el caso concreto, sino que se alega, de manera abstracta, que la verdad biológica siempre beneficia dicho interés.

Finalmente, tampoco se ha escuchado la opinión del menor que va a perder su filiación.

4.19.- Caso Quispe Vs. Quispe¹⁶⁶

En el año 1993, cuando la Sra. Quispe retornaba a su domicilio, fue sorprendida por un sujeto desconocido, del cual fue víctima de violación sexual, quien consumado el acto sexual se dio a la fuga no pudiendo ser capturado. Producto de dicha violación nace el menor Y.R.Q.M. quien fue reconocido por la señora Quispe, pero sin su conocimiento, también su padre, el Sr. Quispe, lo reconoció como hijo suyo, por lo que al momento de solicitar su documento nacional de identidad del menor la RENIEC se negó a inscribirlo por cuanto manifestaba que la Sra. Quispe había cometido incesto, a pesar de que el menor utilizaba ambos apellidos de la Sra. Quispe, razón por la cual interpone demanda de impugnación de paternidad, la cual fue declarada FUNDADA por cuanto:

“con el reconocimiento efectuado por el demandado, el adolescente Y.R.Q.M., resulta siendo no solo su nieto, sino también su hijo y al parecer ello así, resulta siéndole más desfavorable aunque solo figuraba los apellidos de su madre, pues estamos ante una sociedad que recrimina duramente el incesto... resulta claro, pues, que con el reconocimiento así efectuado y que no corresponde a la realidad, aun dada la buena fe con la que fue realizada por el demandado, se está perjudicando no sólo a la madre del niño, sino primordialmente a éste”.

En este caso, se ha analizado el bienestar del niño, es decir, no solo se ha resuelto en base a las conclusiones del examen del ADN, sino que también se ha señalado que si bien no se conoce al verdadero padre y tampoco hay la posibilidad de conocerlo, no obstante, se debe amparar la demanda por cuanto, a pesar de la buena fe del Sr. Quispe, debido a que es más perjudicial para el menor mantener la filiación actual, por cuanto ello conllevaría a que la sociedad considere que el menor es fruto del incesto (relaciones sexuales entre padre e hija) lo que podría traer un rechazo y hasta discriminación en su contra, por ello, se ampara la demanda. Además, en cuanto a los alimentos, los abuelos vienen apoyando al menor, situación que no se va a modificar con la declaración de impugnación de paternidad.

4.20.- Caso Callpa Vs. Ponce/Otros¹⁶⁷

El Sr. Callpa conoció a la Sra. Ponce en el año 1995, siendo su amigo hasta que en el año 1996 fueron enamorados y luego de haber mantenido relaciones sexuales procrearon

¹⁶⁶ TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01079-2011-0-0401-JR-FC-03 del 15 de marzo del 2012.

¹⁶⁷ CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01125-2010-0-0401-JR-FC-04 del 9 de marzo del 2012.

al menor B.L., a quien no pudo reconocer por cuanto había extraviado su documento nacional de identidad, regresando a Lima a seguir trabajando sin poder retornar por mucho tiempo e incluso perdió contacto con la Sra. Ponce.

En el año 2010, encontró a la Sra. Ponce y le exigió ver a su hijo, dándose con la sorpresa que ella se había casado con el Sr. Ticona y que éste había reconocido como hijo suyo al menor B.L. el 19 de diciembre de 1999, debido a lo cual interpone demanda de impugnación de paternidad, la cual es declarada FUNDADA por cuanto:

“resulta innecesario analizar las otras pruebas ofrecidas por el demandante, al haber quedado establecido con plena certeza que el adolescente B.L. es su hijo, a lo que se agrega que los dos codemandados adultos han asentido la demanda conviniendo en que sea declarada fundada... en el presente caso se accede a la pretensión por ser el propio padre biológico quien reclama la paternidad entendiéndolo que el menor no se perjudicaría con la declaración judicial sobre la verdad de su origen y de su identidad biológica, ya que al ser su padre natural el demandante se entiende que éste ha accionado con el evidente propósito y voluntad de asumir todos los deberes y obligaciones que la paternidad impone”.

Sentencia que es elevada en consulta y aprobada por la Tercera Sala Civil, por cuanto:

“a.- Que habiéndose actuado el medio probatorio del análisis de ADN, el cual obra en copia a folio doscientos treinta y tres, se aprecia de su conclusión, que existe una probabilidad del 99,999351154517 % de que el demandante Callpa, sea el padre del menor B.L.T.. Por tanto, siendo esta la prueba cuyo resultado importa mayor valor probatorio en el caso submatéria, la actuación de otros medios probatorios de menor valor, resulta innecesaria; máxime si se aprecia que la prueba pericial de ADN realizada, ha quedado consentida. Por otro lado, en virtud del principio de economía procesal, el Juez debe dirigir el proceso tendiendo a reducir los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran (CPC: Título Preliminar: artículo V); lo que lo faculta, a prescindir de algún medio probatorio innecesario, si con los ya actuados, basta para expedir sentencia, como en el caso de autos”¹⁶⁸.

Este caso me parece que es sumamente ilustrativo del problema sobre el cual estamos discutiendo, debido a que después de analizar los casos encontrados tenemos que la mayoría no han sido interpuestos por el interés del menor, sino más bien, han sido interpuestos a fin de garantizar derechos individuales (salvo aquellos supuestos en los que los impugnantes son los hijos mayores de edad), sin embargo, en el presente caso tenemos que además de esta realidad, el Sr. Callpa sabía que tenía un hijo, pero con la excusa de que perdió su DNI se desapareció catorce años, en los cuales no se hizo responsable de los alimentos de su hijo y ni siquiera lo reconoció, por ello, la Sra. Ponce y el Sr. Ticona, al contraer matrimonio deciden darle estabilidad al menor y el Sr. Ticona lo reconoce como hijo suyo, con lo cual, durante catorce años, el menor ha tenido un ambiente familiar y es considerado hijo matrimonial, no obstante, además de lo difícil que

¹⁶⁸ TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior ponente señor: Zamalloa Campero). Expediente N° 01125-2010-0-0401-JR-FC-04 del 21 de agosto del 2012.

es la adolescencia, el citado menor también tendrá que enfrentarse a que la persona que lo abandonó catorce años ha regresado y reclama su paternidad.

Ahora bien, el Juzgado asegura que la demanda no perjudicará al adolescente por cuanto si el Sr. Callpa está buscando que se reconozca su paternidad es porque quiere hacerse cargo de todas sus necesidades, no obstante, se debe considerar que él se desapareció durante catorce años, por lo que era imposible que el adolescente B.L. pueda resistir catorce años sin alimentos, en este sentido, quien se los brindó fue el Sr. Ticona y fue éste quien además le brindó el cariño de un padre durante todo su desarrollo, por lo que considero que el juez y los jueces superiores analizaron únicamente el interés superior del niño de manera abstracta y sin determinar, conforme el caso concreto, si este nuevo reconocimiento afectaría la estabilidad emocional del adolescente.

Finalmente, resulta muy grave que los jueces decidan sobre la paternidad de un adolescente y ni siquiera le pregunten a él qué es lo que desea, por lo que al parecer no se ha abandonado la idea de que los adolescentes continúan siendo tratados como objetos de derechos y no como sujetos de derechos.

V.- ¿QUÉ NOS MUESTRAN ESTAS SENTENCIAS ANALIZADAS?

De todas las sentencias analizadas se puede concluir, en líneas generales, lo siguiente:

a) En ninguno de los procesos se ha preparado al niño, niña o adolescente para perder su paternidad. Se ha discutido lo que se ha considerado como mejor para ellos, y se ha decidido el derecho que debe primar, sin pedirles su opinión y sin brindarles la atención psicológica ni protección necesaria ni antes, ni durante, ni mucho menos después del proceso. Cabría tener en cuenta también que el determinar la no filiación de una persona que hasta entonces era jurídicamente su hijo/a no debería, en caso de carecer de otro progenitor, privarlo de su deber humanitario de proveerle, en tanto resulte necesario y posible, de los ingresos económicos para la satisfacción de sus necesidades por lo menos durante un tiempo determinado a fin de que la búsqueda de su verdadero progenitor no perjudique su subsistencia, tal y como lo desarrollaremos al momento de plantear nuestra propuesta.

b) Ante la discusión sobre si la filiación jurídica debe primar sobre la filiación biológica, en buena parte de los casos se decidió por la primacía de esta última frente a cualquier restricción legal. Sobre el particular, si bien como ya se ha referido, consideramos importante para el niño, niña y adolescente conocer su verdadera historia genética, lo expuesto debe tener en consideración la opinión de éstos respecto a si desea conocer su verdad biológica y si quisiera mantener su calidad de hijo respecto de a quien siempre ha considerado como padre (en este caso, teniendo como regla que su padre legal también lo considere como hijo).

c) En todos los casos analizados se tuvo en cuenta el interés de las partes en conflicto (madre, padre legal y padre biológico), pero, en líneas generales, puede afirmarse que en los casos no se analizó el interés concreto del niño/a y adolescente y por consiguiente la protección de sus derechos. Lo expuesto resulta grave dado que, el principio del interés superior se encuentra expresamente reconocido por el artículo 3 inciso 1 de la Convención sobre derechos del niño y en el artículo IX del Título Preliminar del Código del Niño y el Adolescente.

Por todo lo expuesto resulta indispensable buscar alternativas de solución que incluyan la opinión de los niños/as y adolescentes, además, es necesario incidir en la obligación de las y los jueces de familia de analizar cada caso en concreto y no limitarse a discusiones teóricas abstractas, porque ello conllevaría que se esté descuidando la función tuitiva que les ha sido encomendada.



CAPÍTULO III UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

I.- EL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL Y LA FUNCIÓN DE LOS JUECES DE FAMILIA

El Tercer Pleno Casatorio Civil abrió una puerta importante para definir la función tuitiva del Juez de Familia, aunque sólo se restringió al ámbito procesal.

La Corte Suprema comenzó su análisis afirmando que existen tres principios procesales que son de suma importancia en la actividad judicial: los de congruencia, preclusión y eventualidad procesal. Estos principios obligan a que el juzgador analice únicamente el marco fáctico y petitorio propuesto por el demandante y el demandado en los actos postulatorios. Sin embargo, refiere que para el ámbito de familia estos principios deben flexibilizarse, porque aquí se analizan conflictos sumamente personales por lo general no pueden ser expuestos fácilmente. El juez debe resolver el conflicto de intereses porque solo así dará efectividad a los derechos materiales tan trascendentes que se discuten en este tipo de procesos, sobre todo cuando se trata de niños, niñas y adolescentes¹⁶⁹.

Es por esta razón que se estableció como precedente judicial vinculante que:

“1. En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho”.

Notemos que nuestra Corte Suprema reconoce las facultades tuitivas de los jueces de familia, además, refiere que esas facultades tuitivas deben ser ejercidas para proteger a la parte perjudicada, debiendo brindar una protección reforzada al niño, a la madre, al anciano, a la familia y, por supuesto, al matrimonio.

Desarrollando los alcances de esta función tuitiva tenemos que el artículo X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece que:

“El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

¹⁶⁹ SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (Ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo). CASACIÓN N° 4664-2010-PUNO del 18 de marzo del 2011, fundamentos 13 al 17.

Según SOKOLICH ALVA, la razón legal de esta norma es que:

“el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde en el reconocimiento expreso del derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral”¹⁷⁰.

Es por ello que cuando el Tercer Pleno Casatorio señala que en los casos en los que se discutan problemas familiares se deben adaptar los principios y leyes procesales (flexibilización), lo que en realidad está tratando de decirnos es que la naturaleza de estos procesos es diferente a la de otros procesos en los cuales se pueden aplicar las leyes procesales de manera rígida, pero aquí lo que se busca es brindar una solución rápida y eficaz al problema humano que se ha generado.

Por otro lado, se debe tener en consideración que el artículo 136 del Código de los Niños y Adolescentes establece que:

“El Juez es el Director del proceso; como tal, le corresponde la conducción, organización y desarrollo del debido proceso. El Juez imparte órdenes a la Policía Judicial para la citación, comparecencia o detención de las personas. Los servicios del Equipo Multidisciplinario de la oficina médico-legal, de la Policía y de cualquier otra institución para el esclarecimiento de los hechos apoyan la labor jurisdiccional”,

Lo que, necesariamente, debe ser concordado con el artículo 177 del citado cuerpo civil, el mismo que a la letra dice:

“En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente. El Juez adoptará las medidas necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. El Juez está facultado en estos casos incluso para disponer el allanamiento del domicilio”.

Lo expuesto demuestra de manera manifiesta la función tuitiva del juez de familia para aquellos procesos en los que se discutan derechos de los niños/as y adolescentes, por cuanto aquí el juez no es un mero espectador, sino que es quien controla y dirige el proceso judicial, e incluso, se le otorga las facultades de dictar medidas de protección de oficio a favor de la parte agraviada sin necesidad de pedido de parte pudiendo disponer el allanamiento de domicilios sin que sea solicitado y con el afán de proteger a las niñas y los niños.

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que:

¹⁷⁰ SOKOLICH ALVA, María Isabel (2013). La Aplicación Del Principio Del Interés Superior Del Niño Por El Sistema Judicial Peruano. Publicado en: VOX JURIS ISSN: 1812-6804 Volumen 25, Número 1: 2013. Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. Perú, p. 85.

*“En dicho contexto, conviene subrayar que **el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado**”¹⁷¹. (las negritas son nuestras)*

En otras palabras, la Corte Suprema ha referido en el Tercer Pleno Casatorio que el juez tiene una función tuitiva cuando estamos frente a un proceso en el que se discuten problemas o conflictos familiares, por ello, es que autoriza a que se flexibilice los principios procesales e incluso, obliga a que se busque los petitorios implícitos.

Sin embargo, cuando estamos frente a casos en los que el conflicto afecta no solo a los miembros de una familia, sino que esos miembros de la familia son niños/as y adolescentes, la función tuitiva del juez debe orientarse no sólo a flexibilizar normas procesales, sino a que tratemos el proceso con un enfoque humano, tan es así que se otorga al juzgador la potestad de emitir medidas de protección de oficio a favor de estos menores, relegando la actuación de parte y evidenciando la necesidad de tutela.

Es en este mismo sentido que nuestro más alto tribunal, interpretando la Constitución, ha reconocido la función tuitiva del juez de asuntos de familia, sustentado en el principio de la protección del Interés del Niño, ampliando la flexibilización establecida en el Tercer Pleno Casatorio de normas procesales a cualquier tipo de normas con el fin de lograr lo que es más beneficioso para los niños/as y adolescentes, además, cuestionada la paternidad de un niño, se debe analizar lo que le es más favorable, pero este análisis no puede realizarse en abstracto y tampoco puede ser igual para todos los casos, porque si así lo realizamos ¿No estaríamos incumpliendo la función tuitiva que hemos desarrollado en este punto?

La situación se agrava en los procesos en los cuales podría existir un conflicto entre derechos fundamentales de las partes, situación ante la cual correspondería resolver en base a la ponderación, por lo que debemos de analizar esta posibilidad en las líneas siguientes.

II.- FILIACIÓN Y CONFLICTO DE DERECHOS. HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE SOLUCIONES RAZONABLES Y PROPORCIONALES.

Independientemente de que, como se ha buscado proponer, la solución de cada proceso se lleve a cabo sobre la base del respeto irrestricto al interés concreto del niño/a y adolescente y del resguardo de sus derechos fundamentales, no puede negarse la existencia de situaciones en las que podrían presentarse conflictos entre los derechos fundamentales del niño con los del impugnante (como puede ser el caso del esposo engañado que, de manera justificada, quiere impugnar su paternidad para salvaguardar la propiedad de su patrimonio y su integridad psicológica).

¹⁷¹ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXP N ° 04058 2012-PA/TU del 30 de abril del 2014, fundamento 25.

En estos casos, al igual que en el resto de situaciones en los que se encuentra de por medio un conflicto entre derechos fundamentales de las personas involucradas, debería solucionarse mediante la denominada ponderación de derechos, que por cierto viene siendo reconocida, desde hace mucho tiempo atrás, por el Tribunal Constitucional peruano, por el derecho comparado e, inclusive, por los tribunales internacionales de protección a los derechos humanos.

Sin embargo, en todos los procesos y en virtud del uso obligatorio del ya referido interés superior del niño/a y adolescente, resulta importante encontrar, dentro de lo posible, el resguardo del derecho a la identidad de los niños/as y adolescentes que en estos procesos de impugnación podrían verse perjudicados.

2.1.- Cuestión preliminar: ¿Dónde está el conflicto de derechos?

En la segunda mitad del siglo XX, ya se empieza a mencionar a la verdad biológica como parte del derecho de familia, influyendo de manera determinante la institución jurídica de la filiación.

La defensa de la realidad biológica fue promovida por los progresos científicos en el ámbito del estudio del ADN, porque con ellos se comenzó a tener la certeza tanto en la determinación de la filiación como en la supresión de realidades jurídicas disconformes con la realidad biológica. Por lo general no hay necesidad de indagar la maternidad de un niño/a o adolescente, debido a que el alumbramiento genera certeza en la vinculación madre e hijo; sin embargo, es la determinación del padre la que en la generalidad de casos no podía ser determinada con la misma certeza que la maternidad, por lo que se debía que acudir a las presunciones legales.

Los progresos científicos aseguraron la certeza en la determinación de la realidad biológica originando que los tribunales comiencen a desarrollar el derecho de los hijos de conocer esa realidad biológica, por lo que poco a poco se ha ido dejando de lado las llamadas presunciones legales y hoy en día, como hemos demostrado con el análisis de las sentencias judiciales, hay la necesidad de evitar las restricciones para la indagación de la paternidad, por cuanto se considera que, para los niños, la verdad biológica será siempre más beneficiosa que vivir engañados sobre su origen biológico¹⁷².

Pero, ¿Este derecho a la verdad biológica está contenido en alguna norma jurídica?

El Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles reconoce que los niños deben ser inscritos seguidamente de su nacimiento, brindándoles un nombre y una nacionalidad (artículo 24). La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que las personas deben contar con un nombre propio que contenga los apellidos de sus padres. No obstante, será la legislación la que desarrolle este derecho (artículo 18).

En lo que respecta a la Convención de Derechos del Niño se tiene que existe un reconocimiento expreso a la necesidad de la inscripción del nacimiento y asignación de un nombre seguidamente al nacimiento del niño y si fuera viable, se debe garantizar el

¹⁷² CORRAL TALCIANI, Hernán. INTERESES Y DERECHOS EN COLISIÓN SOBRE LA IDENTIDAD DEL PROGENITOR BIOLÓGICO: LOS SUPUESTOS DE LA MADRE SOLTERA Y DEL DONANTE DE GAMETOS. *Ius et Praxis* [online]. 2010, vol.16, n.2, pp. 57-88. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200003>. [2016-01-04]

derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7). Se suma a lo dicho que también se prescribe que todos los niños gozan del derecho a respetar la identidad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin interferencias ilícitas (artículo 8). En este sentido, como ya hemos analizado, hay quienes afirmaban que el derecho a la verdad se basa en la identidad por lo que estamos frente a un derecho fundamental.

Así por ejemplo, en el CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL SALVADOR sentenciado en el año 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionó la verdad biológica con la identidad, con lo cual le dio el carácter de fundamental, tal y como lo veremos a continuación:

*“La Corte observa que toda persona tiene derecho a la identidad, el cual constituye un derecho complejo, que por un lado presenta un aspecto dinámico, cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única. La identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca una multiplicidad de elementos y aspectos que exceden del concepto estrictamente biológico, y que corresponde a la “verdad personal” y biográfica del ser humano. **Estos elementos y atributos que componen la identidad personal comprenden aspectos tan variados como el origen o la “verdad biológica”, el patrimonio cultural, histórico, religioso, ideológico, político, profesional, familiar y social de una persona, así como otros aspectos más estáticos referidos, por ejemplo, a los rasgos físicos, el nombre y la nacionalidad**”¹⁷³. (las negritas son nuestras).*

Es desde esta sentencia en que la Corte Interamericana reconoce a la verdad biológica como parte de la identidad, dándole el carácter de derecho fundamental. No obstante debemos tener en cuenta que el derecho a la identidad no ha sido reconocido en algún artículo de la Convención Americana, sin embargo, consideramos que no hay duda de que este derecho es un derecho humano, tan es así que el Comité Jurídico Interamericano nos dice que:

“Es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana (...) e incluye el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho relativo a la protección de la familia”¹⁷⁴

En este mismo entendido, como ya se ha mencionado, nuestro Tribunal Constitucional peruano también ha realizado un desarrollo de la identidad señalando que está prevista en el artículo 2 inciso 1 constitucional), concibiéndolo así:

¹⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL SALVADOR. SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 2005. Fundamento 132.

¹⁷⁴ COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1 del 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), del 10 de agosto de 2010.

*"el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, **herencia genética**, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)¹⁷⁵" (las negritas son nuestras).*

De todo lo dicho es evidente que a pesar de que no existe ningún ordenamiento jurídico nacional o internacional que haya reconocido de manera expresa al derecho a la verdad biológica, nuestros tribunales y la doctrina le han asignado el carácter de fundamental por formar parte del derecho fundamental a la identidad.

Ahora bien, queda la duda si es que solo la verdad biológica deriva del derecho a la identidad o es que los vínculos jurídicos y de hecho también generan una identidad, para ello debemos acudir al contenido esencial.

El Tribunal Constitucional ha establecido que parte de los atributos esenciales de la persona es la identidad, la que garantiza a todo ser humano sea reconocido estrictamente por lo que es (aspecto objetivo) y por el modo como es (aspecto subjetivo). Permite además su individualización conforme a determinados rasgos distintivos, como sus nombres, seudónimos, características genéticas o corporales, etc., que son de naturaleza esencialmente objetiva; pero también con aquellos otros que se desarrollan a través de la conducta y vivencias de cada persona, como podría ser el pensamiento, la cultura, la moral, la reputación, entre otros. En tal sentido, la identidad de una persona no se asocia únicamente a determinados elementos objetivos sino también a una multiplicidad de aspectos, que, llegan a ser igual o más importantes que los primeros¹⁷⁶.

El Tribunal Constitucional en el EXP N° 2273-2005- PHC/TC ha referido que:

“La identidad... no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona, como puede ser su filiación biológica. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos. Es por ello, que queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras, pero ello no significa que esta distinción puede ser efectuada únicamente por datos tan elementales como el nombre o las características

¹⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP N° 2273-2005- PHC/TC del 20 de abril del 2016, fundamento 21.

¹⁷⁶ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera). EXP. N. 0 06233-2013-PA/TC, del 7 de enero del 2016, fundamento 7.

físicas (por citar dos ejemplos), por cuanto existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias. El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inediatista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas”¹⁷⁷.

Ahora bien, siguiendo al maestro FERNÁNDEZ SESSAREGO tenemos que nos dice que la identidad es un aspecto fundamental de la persona, siendo de tanta importancia como la vida y la libertad, asimismo, esta identidad es la forma de ser de cada persona proyectada a la realidad social¹⁷⁸.

Por ello, al igual que SILVERINO BAVIO, entendemos que la identidad es el derecho a ser lo que nuestra libertad nos permita y a ser visto por la sociedad como quienes somos; es decir, cada persona puede edificarse a sí misma ante la sociedad. El contenido esencial de la identidad es brindar la posibilidad de edificar la forma de cómo un individuo quiere que la sociedad lo reconozca, por ello, se dice que una persona no puede ser vista como un agregado de características singulares e independientes, sino que se trata de un todo indivisible. Negar a la persona su identidad constituye una afectación grave en su esencia, porque se estaría negando el ser mismo de la persona¹⁷⁹.

Por todo lo dicho resulta evidente que los vínculos biológicos constituyen el contenido esencial de la identidad, porque gracias a ellos se podrá conocer su historial genético. Sin embargo, la vinculación fáctica y jurídica también forman vínculos afectivos con el paso del tiempo, por lo que esta edificación afectiva que realiza cada niño, niña o adolescente con quien biológicamente no es su padre, pero que afectivamente si lo es, también forma parte de la identidad.

Conforme lo hemos desarrollado anteriormente, la familia era concebida como un grupo vinculado jurídica o sanguíneamente; no obstante, la existencia de uniones de hecho, de familias reconstituidas o de familias de crianza, entre otros, nos demuestra que ya no podemos limitar o restringir el concepto de familia a la existencia de un vínculo sanguíneo o jurídico, sino que el concepto de familia se ha ampliado a vínculos afectivos, psicológicos y hasta de asistencia mutua y permanente, es decir, hoy hablamos de la existencia de una identidad familiar, por lo que familia serán quienes crean serlo y sean reconocidos como tal.

Teniendo en cuenta ello, en el problema materia de análisis no podemos decir que se deba utilizar el test de proporcionalidad al momento de definir si optamos por la verdad biológica o la estabilidad familiar, por cuanto no se trata de dos derechos fundamentales contrapuestos, sino que estamos frente a dos aspectos de un mismo derecho

¹⁷⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP N° 2273-2005- PHC/TC del 20 de abril del 2016, fundamentos 22 y 23.

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2015). Derecho a la identidad personal. Segunda Edición. Editorial del Instituto Pacífico. Perú, pp. 105 – 121.

¹⁷⁹ SILVERINO BAVIO, Paula (2010). El derecho ante la diversidad; la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. Publicado en IUS ET VERITAS. Número 41. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú, p. 52.

fundamental cuyo aparente conflicto debe resolverse teniendo en consideración lo más favorable para el niño/a y adolescente según las circunstancias concretas.

Estando a lo señalado anteriormente, en este punto materia de análisis lo que buscamos es presentar una herramienta más que el juzgador puede considerar al momento de resolver el conflicto, ya no solo centrando su atención en el niño/a y adolescente, sino también analizando los derechos de los demás individuos que forman parte del proceso, tal y como planteamos a continuación.

2.2.- El Test de Proporcionalidad

Nuestro Tribunal Constitucional, al igual que otros tribunales, viene utilizando el test de proporcionalidad para buscar una solución para el conflicto entre derechos reconocidos por la Constitución, en tal sentido, a continuación presento una recopilación de las sentencias más importantes dictadas por nuestro máximo Tribunal, no con el afán de analizar al detalle el funcionamiento y la utilización del citado test (por cuanto ese no es el objetivo de este trabajo), sino que el objetivo es mostrar cómo se lo viene aplicando para que así podamos utilizarlo, de existir algún conflicto de derechos entre los niños/as y adolescentes y las demás partes del proceso.

El Tribunal Constitucional nos dice que el test de proporcionalidad debe utilizarse cuando es necesario evaluar la adopción de alguna medida o ley que restrinja un bien constitucional para satisfacer otro¹⁸⁰, por cuanto es el límite de los límites de los derechos fundamentales¹⁸¹. Inicia su análisis afirmando que en el artículo 200 de la Constitución Política de 1993 se ha incluido a los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁸², como una forma de control de las restricciones a los derechos fundamentales realizados por el legislador (cuando se analiza la constitucionalidad de una Ley), o por el Estado (cuando se analiza la constitucionalidad de un acto administrativo o reglamentario) para satisfacer a otros derechos fundamentales¹⁸³.

¹⁸⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Presidente; BardelliLartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma), EXP. N.º 0016-2002-AI/TC del 30 de abril del 2003, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma). EXP. N.º 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003 y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma). EXP. N.º 0018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004.

¹⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXP. N.º. 00017-2008-AI/TC del 15 de junio del 2010, fundamento 32.

¹⁸² "... Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo".

¹⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 54. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez), EXP. N.º. 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre del 2006, fundamento 31.

Asimismo, nos dice que por el principio de razonabilidad la restricción de un derecho necesariamente debe tener su justificación en la satisfacción de otro derecho igualmente valioso. Desde esta perspectiva, es razonable, y por ende constitucional, la restricción de un derecho fundamental cuando se busca satisfacer otro derecho fundamental. En otras palabras, el Tribunal Constitucional busca rechazar la arbitrariedad en la intervención (restricción) a los derechos fundamentales. Por otro lado, el principio de proporcionalidad es visto como un parámetro de la relación idónea que debe existir entre el medio utilizado y la finalidad perseguida; relación que no solo debe verse de manera aislada, sino que debe analizarse en forma conjunta para encontrar el “medio menos gravoso” para conseguir el fin¹⁸⁴. Es decir, cuando queremos aplicar el principio de proporcionalidad lo que en realidad estamos plasmando es un balance entre las restricciones y las satisfacciones; por lo que una medida es proporcional cuando con un mínimo de restricción de un derecho logran alcanzar un máximo de satisfacción de otro derecho¹⁸⁵.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Así, el primer paso para verificar la proporcionalidad de una medida es analizar si ésta es idónea o, mejor dicho, si ésta medida es adecuada para alcanzar la finalidad propuesta¹⁸⁶, por ello, en los expedientes 00815-2007-PHC/TC, 1209-2006-PA/TC y 579-2008-PA/TC el Tribunal ha referido que:

“Es decir, este subprincipio determina que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. Para satisfacer este subprincipio debe apreciarse claramente la relación entre los efectos fácticos logrados con dicha medida y si estos conducen efectivamente hacia la optimización de los bienes constitucionales supuestamente tutelados. Solo así se podrá determinar la relación de causalidad entre la medida de intervención y los bienes constitucionales que se pretende proteger”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXP. N.º 045-2004-PI/TC del 29 de octubre del 2005, fundamentos del 21 al 30.

¹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 55.

¹⁸⁶ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz), EXP. N.º 00815-2007-PHC/TC del 7 de diciembre del 2009, fundamento 11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 56. PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda y con los votos singulares de los Magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen). EXP. N.º 579-2008-PA/TC del 5 de junio del 2008, fundamento 25.

¹⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo) EXP. N.º. 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero del 2005, fundamento 63. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia sentencia, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez, adjuntos) EXP. N.º. 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre del 2006, fundamento 32.

Por otro lado, en los Expedientes 00034-2004-PI/TC y 0012-2006-PI/TC nos dice que:

“...debe distinguirse entre el objetivo inmediato y la finalidad mediata de la medida. El objetivo inmediato es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende lograr a través de la restricción o limitación del derecho. La finalidad mediata está referida a la protección u optimización del derecho, principio o bien constitucional que se logra con la realización del objetivo inmediato. Esta finalidad justifica normativamente en abstracto la legitimidad del objetivo de la medida restrictiva. Por ello, la ausencia de finalidad constitucionalmente válida determina la invalidez de la medida interventora en el contenido del derecho fundamental”¹⁸⁸.

Una vez que la medida restrictiva ha logrado superar el análisis de la idoneidad, el siguiente paso es verificar si ésta medida restrictiva resulta necesaria, es decir, debemos comprobar si no existe una alternativa menos gravosa que pudo ser acogida por el legislador o la administración pública. Aquí la comparación se realiza entre medio-medio, es decir, por la idoneidad hemos comparado el medio elegido y la finalidad esperada, en cambio, por la necesidad comparamos el medio elegido con otros medios hipotéticos que se hubieran podido utilizar para alcanzar la misma finalidad¹⁸⁹. Por lo que debemos preguntarnos si hay otra u otras medidas que logren la misma finalidad que la medida que estamos sometiendo al test, pero que en estas medidas la restricción al derecho fundamental sea menor. Este análisis parte de la idea que existe más de una posibilidad de alcanzar el mismo fin, por lo que se debe identificar todo este abanico de posibilidades y escoger aquella en la cual se satisfaga de la misma manera a un derecho fundamental pero que, en contraposición, se restrinja lo menos posible otros derechos fundamentales. Una medida será innecesaria cuando existen otras medidas que podrían alcanzar la misma finalidad sin sacrificar de manera desmedida a otro derecho fundamental¹⁹⁰.

Finalmente, después de haber superado con éxito los pasos previos (idoneidad o adecuación y necesidad), el último paso que debe recorrerse es el de la proporcionalidad propiamente dicha, el cual, a criterio del Tribunal significa que:

¹⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXP. N.º. 00017-2008-AI/TC del 15 de junio del 2010, fundamento 33.

¹⁸⁹ PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda y con los votos singulares de los Magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen). EXP.N.º 579-2008-PA/TC del 5 de junio del 2008, fundamento 25. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 56. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini; Bardelli Lartirigoyen; Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXP. N.º. 003-2005-PI/TC del 9 de agosto del 2006, fundamento 71.

¹⁹⁰ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz), EXP. N.º 00815-2007-PHC/TC del 7 de diciembre del 2009, fundamento 11. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda).

“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁹¹.

Se debe tener en consideración que el Tribunal Constitucional también ha utilizado este subprincipio con la variante de *“prohibición o interdicción de exceso”¹⁹².*

Para hacer más racional la aplicación de este subprincipio, el Tribunal Constitucional nos dice que debemos encontrar los grados o intensidades de afectación o niveles de satisfacción. En tal sentido se debe buscar la valoración de las intensidades, las cuales pueden catalogarse en grave, media o leve. Por lo que la restricción a un derecho fundamental puede decirse que es grave, media o leve y en contraposición la satisfacción a otro derecho fundamental puede también catalogarse en elevada, media o débil¹⁹³.

2.3.- ¿Cuáles son los derechos que podrían estar en conflicto?

El objetivo de este punto es mostrar algunos de los derechos fundamentales que podrían entrar en conflicto con los derechos de los niños/as y adolescentes, a fin de que en cada caso concreto se analice la viabilidad de la aplicación del test de proporcionalidad para establecer el grado de satisfacción o intensidad de la afectación que se está brindando a cada uno de los derechos con la solución elegida por el juzgador.

Para cumplir con el objetivo trazado, recordemos que en el caso *Torocahua vs. Delgado*, el hermano del Sr. Torocahua era el padre biológico de la niña V.K.T.D., producto de las relaciones sexuales sostenidas con la Sra. Delgado. Por lo que el Sr. Torocahua impugnaba su paternidad y su hermano buscaba que se lo declare padre.

En el caso *Taype vs. Huancoccallo*, el Sr. Taype mantuvo relaciones sexuales con la Sra. Hancoccallo, por lo que esta última le informa que estaba embarazada, ante lo cual el Sr. Taype reconoce a su hija y le brinda los respectivos alimentos; sin embargo, al reclamarle del porqué la menor estaba descuidada, la Sra. Hancoccallo le confiesa que no es su hija, con lo cual el Sr. Taype impugna su paternidad.

En el caso *Vargas vs. Condori*, tenemos que la Sra. Ticlla inscribe el nacimiento de su menor hija K.A. señalando como padre de la menor al Sr. Condori, quien, posteriormente, la reconoce como hija suya, por lo que a partir de esa fecha se llamó a la menor como K.A.C.T.; sin embargo, el 12 de febrero de 1997, la Sra. Ticlla y el Sr. Vargas inscriben

¹⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 25. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXP. N.º 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006, fundamento 56. SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz), EXP. N.º 00815-2007-PHC/TC del 7 de diciembre del 2009, fundamento 11.

¹⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini; Bardelli Lartirigoyen; Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXP. N.º 003-2005-PI/TC del 9 de agosto del 2006, fundamento 69.

¹⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXP. N. 0045-2004-PI/TC del 29 de octubre del 2005, fundamento N 35.

como hija suya a la niña K.A.V.T, es decir, a partir de este momento la menor cuenta con dos partidas de nacimiento, por lo que el Sr. Vargas cuestiona judicialmente la paternidad de la niña.

Como se puede apreciar de estos casos, que son una muestra de lo que comúnmente ocurre en los procesos de cuestionamiento de paternidad, hay una persona que impugna su paternidad porque por diversos motivos ya no desea seguir figurando como padre del niño/a o adolescente y, en algunos supuestos, hay otra persona que desea que se establezca su paternidad biológica con el niño/a y adolescente. Esto nos hace reflexionar sobre la existencia o no de un derecho a ser padre o en sentido contrario, la existencia o no de un derecho a dejar de figurar como padre.

Si bien no existe un derecho fundamental que expresamente se refiera al derecho a ser padre o a no serlo, nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00007-2006-PI/TC nos ha manifestado lo siguiente:

“45. El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

“A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad” (énfasis añadido).

46. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que desarrollo y bienestar, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.

47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad”¹⁹⁴.

Con esta sentencia se tiene que el Tribunal Constitucional nos muestra que, a pesar de no estar expresamente consignado en nuestra Constitución de 1993, por la cláusula abierta contenida en el artículo 3 se puede considerar que el libre desarrollo de nuestra personalidad es un derecho implícito de carácter fundamental, ello es importante, por cuanto en la sentencia EXP. N.º 01126-2012-PA/TC, el mismo tribunal ha referido que:

¹⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez), Expediente N° 00007-2006-PI/TC del 22 de junio del 2007, fundamentos del 45 al 47.

“20. Por ello, el Estado debe abstenerse de intervenir o evitar que su intervención afecte el libre desenvolvimiento de la personalidad e incluso el proyecto de vida de un ciudadano. En este contexto, resulta oportuno precisar que la decisión de un hombre y una mujer de traer al mundo una nueva vida humana es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, que no puede ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. Consecuentemente, todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales”¹⁹⁵.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional no solo ha reconocido que existe un derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además nos dice que por este derecho el Estado debe abstenerse de evitar (o interferir) el proyecto de vida de un ciudadano, por lo que traer, o no traer, un hijo al mundo forma parte de este derecho, en ese sentido, por extensión, ser o no ser padre forma parte de nuestro proyecto de vida y por ende, del derecho al libre desarrollo, el cual puede verse afectado con el proceso de cuestionamiento de paternidad, en este sentido, podría darse un conflicto entre la identidad del menor y el libre desarrollo de la personalidad del padre biológico o del padre no biológico, conflicto que debe ser resuelto en el caso concreto conforme al test de proporcionalidad.

Para analizar otro posible conflicto de derechos, debemos tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional peruano en el EXP. N° 05312-2011-PA/TC, en el que se ha declarado que:

“En este caso, la exigencia de una ley que autorice intervenciones en el ámbito protegido del derecho a la identidad genética no solo ha de reclamarse en nombre de una determinación clara y precisa sobre el órgano competente para autorizar una injerencia de tal envergadura, sino también con el propósito de que ella contemple las causas, condiciones y limitaciones con las que la toma de una muestra del ADN deba realizarse. La necesidad de contar con una precisión puntual sobre este tipo de cuestiones se deriva de una interpretación evolutiva del artículo 11.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige una protección reforzada de la ley contra las injerencias de las que el derecho a la intimidad genética pueda ser objeto. 26. Tal autorización legal no existe. Las mismas observaciones que realizó el representante del Ministerio Público en torno a la inexistencia de una regla que defina su competencia para ordenar una prueba como la que aquí se ha cuestionado, a propósito del derecho a la integridad física, son extensibles al caso del derecho a la intimidad genética. Una intervención estatal en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad solo es admisible, desde el punto de vista formal, si existe autorización legal para llevarla adelante. Cuando se carece de esta y, pese a ello, se ordena la injerencia, esta última deviene en una intervención injustificada del derecho y es, desde

¹⁹⁵ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), EXP. N.º 01126-2012-PA/TC del 6 de marzo del 2014, fundamento 20.

*ese punto de vista, incompatible con su contenido constitucionalmente garantizado. Así debe declararse*¹⁹⁶.

Como se puede apreciar, existe el derecho a la intimidad genética, el cual, también tiene el carácter de fundamental; ello significa que podemos negarnos a que se nos practique el examen del ADN para conservar nuestra intimidad genética, o, en todo caso, cuando por excepción se obligue la realización de este examen, tengo derecho a que se proteja los resultados.

Habiendo demostrado la existencia de este derecho fundamental a la identidad genética, considero oportuno que recordemos el caso Cancino Vs. Soberon/otros, por el cual la Sra. Soberón alumbró al niño R.R.P.S., siendo reconocido por el Sr. Perea, quien es esposo de la Sra. Cancino.

La Sra. Cancino solicita la anulación de la primera partida, indicando que su esposo no es padre del niño R.R.P.S. y que el padre biológico es el Sr. Monje, no obstante, realizada la prueba del ADN entre el demandado Monje y el niño R.R.P.S., esta concluye que el codemandado "*Monje, no es padre biológico de R.R.P.S.*", por lo que la demanda fue rechazada.

Este caso, si bien fue declarado improcedente, nos muestra que se ha realizado un proceso judicial en el que se ha puesto en disputa la verdad biológica de un niño; sin embargo, no lo realiza el presunto padre biológico ni el padre legal, sino que es la esposa de éste último la que interpone la demanda a la cual se le dio trámite llegándose a una sentencia en la que se descartó la paternidad del presunto padre biológico, pero no se descartó la paternidad del padre formal, presumimos, porque éste no quería practicarse el examen del ADN; por lo que se habría interferido en la intimidad genética de la Sra. Soberón, del niño R.R.P.S. y del Sr. Perea, por una imputación que al final fue descartada en parte. Este caso nos lleva a reflexionar que se podría haber realizado el test de proporcionalidad para analizar si era conveniente continuar con el proceso ante el conflicto entre la identidad y la intimidad genética.

Como se ha podido apreciar, sin perjuicio de que se deba aplicar el interés superior del niño/a y adolescente para buscar una solución a los procesos en los que participa un menor de edad; estando a que también se trata de un posible conflicto de derechos fundamentales es necesario considerar aplicar el test de proporcionalidad cuando los hechos lo ameriten.

III.- ASPECTOS A CONSIDERAR EN UNA SOLUCIÓN TUITIVA Y PROPORCIONAL

3.1.- La prueba plena del ADN en los procesos de filiación

El texto primigenio del artículo 402 del Código Civil de 1984 no contenía como causal para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial al examen del ADN, por lo que se declaraba la filiación si existía: prueba escrita indubitable de que el padre admitía su paternidad; posesión constante de estado de hijo extramatrimonial por lo menos hasta un año antes de la demanda; concubinato entre padre y madre en el periodo de la

¹⁹⁶ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez), EXP. N° 05312-201 I -PA/TC del 21 de julio del 2014, fundamentos 25 y 26.

concepción; violación sexual, raptó o retención de la madre en el periodo de la concepción y seducción, que conlleve promesa de matrimonio, en el periodo de la concepción.

De la exposición de motivos de este artículo se dice que el mismo contiene importantes innovaciones para la época (1984), por cuanto se mejoró la redacción de su antecesor (artículo 366 del Código Civil de 1936¹⁹⁷), se reguló la interrupción de posesión de estado hasta por un año y se flexibilizó el concepto de concubinato contenido en el artículo 326 de dicho cuerpo legal¹⁹⁸.

Sin embargo, no se ha realizado mención alguna al examen del ADN, por cuanto es recién con la reforma que introdujo la Ley N° 27048 (1999) que se incorpora al examen del ADN como una prueba para acreditar la paternidad extramatrimonial. No obstante, no se obligó a que los demandados se sometieran a este examen, estableciéndose que la negativa debe ser valorada junto a las demás pruebas actuadas y a la conducta procesal.

Al respecto debemos considerar que el primer proyecto legislativo para incorporar al examen del ADN en nuestro Código Civil fue presentado el 5 de febrero de 1997 por el congresista Jorge Salazar Vargas, quien afirmaba que el Código Civil de 1984 innovó al incluir al examen negativo de los grupos sanguíneos para excluir a la paternidad, innovación que se realizó porque los avances científicos de la época mostraban la seguridad de este tipo de pruebas. Sin embargo, en el momento en que se presentó dicho proyecto de ley, los avances científicos ya habían determinado que el examen del ADN tenía una validez indiscutible en la declaración judicial de paternidad, por lo que al existir una prueba científica que no sólo excluya la paternidad sino que la determine, se hacía necesaria su inclusión en el Código Civil¹⁹⁹.

Lo dicho anteriormente nos demuestra que el Código Civil de 1984 no consideró al examen del ADN como una prueba válida para comprobar la paternidad extramatrimonial, por cuanto en esa época los avances científicos sólo validaban al examen negativo de los grupos sanguíneos para excluir a la paternidad; no obstante, ya en 1997 el examen del ADN era reconocido a nivel mundial como una prueba plena para determinar la paternidad, por ello es que, 2 años después, se emite la Ley N° 27048.

La razón por la cual no se obligó al demandado, en un proceso de filiación extramatrimonial, a realizarse el examen del ADN y sólo se disponía la valoración de su negativa con los demás medios probatorios podemos encontrarla en el Diario de Debates

¹⁹⁷ Artículo 366.- La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada:

- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca;
- 2.- Cuando el hijo se halle en la posesión constante del estado de hijo ilegítimo del padre, justificada por actos directos de éste o de su familia;
- 3.- En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- 4.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción;
- 5.- En el caso de seducción de la madre, cumplida con abuso de autoridad o con promesa de matrimonio, en época contemporánea de la concepción, y siempre que para el segundo supuesto exista principio de prueba escrita.

¹⁹⁸ CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1988). Exposición de motivos y comentarios del Libro de Familia del Código Civil de 1984. Tomo IV. Compiladora REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L. Perú, pp. 519-520.

¹⁹⁹ SALAZAR VARGAS, Jorge. Proyecto de ley N° 2481/96-CR. Publicado en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/b285b732a9c7bb8b05257dab004c8aaa/\\$FILE/PL02481050297.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/b285b732a9c7bb8b05257dab004c8aaa/$FILE/PL02481050297.pdf) (Consultada por última vez el 17/03/2018).

del Congreso, cuando se discutía la aprobación de la hoy Ley N° 27048, sobretudo en la intervención del congresista ALIAGA ARAUJO quien refirió que:

“En el Perú, los institutos que realizan esta prueba son el Centro Médico Especializado en Genética, BioLinks, con un margen de certeza superior al 99,99% y un margen de negación de 100% de garantía. Si hablamos de probabilidades significa que el riesgo de no certeza en el caso de filiación positiva es de uno por cada diez mil. Asimismo, tenemos el Instituto de Genética Humana de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; a nivel internacional tenemos el Centro de ADN; y a partir de noviembre del presente año, también la División de Laboratorio Central de la Dirección Nacional de Criminalística de la Policía Nacional del Perú estará en condiciones de brindar el servicio de la prueba del ADN. Se le viene equipando actualmente y en noviembre de este año se pondrá al servicio de la gente que requiera hacerse esta prueba. Evidentemente, frente a todo ello, uno de los problemas fundamentales es el alto costo, que en los diferentes institutos nacionales y del exterior varía entre 900 y 1 500 dólares, motivo por el cual muy pocas familias podrían acceder a la misma, ya que el sector más afectado por el problema de hijos extramatrimoniales es aquél de bajos recursos económicos, resultándole imposible pagar dicha prueba. Si bien es cierto que la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú va a brindar el servicio, el valor de éste disminuirá aproximadamente en un 50%, pero no será gratis”²⁰⁰.

Es decir, el costo del examen del ADN era muy elevado en la época en que se discutía esta ley, por lo que se propuso que se cree un fondo especial para que estas pruebas puedan ser gratis, pero al no aceptarse la creación de este fondo, consideramos que se optó por no hacer obligatorio el examen del ADN por cuestiones económicas.

El 8 de enero del 2005 se publica la Ley N° 28457 por la cual se crea el proceso judicial de filiación de paternidad extramatrimonial, con esta ley se le otorga al examen del ADN la naturaleza de prueba plena, porque las conclusiones del examen son las que determinan si se declara fundada o no la demanda de filiación y si el demandado se niega a someterse al citado examen, se lo declara padre, autorizándose el auxilio judicial para la parte que no tenga los recursos necesarios para afrontar el costo del examen del ADN.

Es importante recordar lo dicho por CHAMORRO BALVIN, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la República de esa época:

“De acuerdo con los datos estadísticos con que cuenta la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, en el Perú hay aproximadamente un millón y medio de personas que no han sido reconocidas por sus padres. Sucede que el procedimiento de reconocimiento de hijo o filiación extramatrimonial es probablemente uno de los más obsoletos en cuanto a la probanza, además de ser uno de los más largos en cuanto al trámite procesal que requiere. En este momento, la filiación extramatrimonial se tramita como un

²⁰⁰ DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. 17a A SESIÓN (Matinal) JUEVES, 28 DE MAYO DE 1998: <
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/\\$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf)> (Consultada por última vez el 17/03/2018).

*proceso de conocimiento (...) Entonces, por tratarse de una tutela jurisdiccional de urgencia, se propone un procedimiento especial, dado que involucra a personas que nacen y tienen derecho a llevar el apellido que les corresponde*²⁰¹.

Lo que se puede resaltar de esta intervención, es la finalidad de darle el carácter de prueba plena al ADN, no es solo por el grado de certeza al momento de determinar la paternidad, sino que es debido a que existía un millón y medio de personas que no habían sido reconocidas por su padre, por lo que se les privaba de gozar de su derecho alimentario e incluso, de sus derechos hereditarios.

Entonces, tenemos que el Código Civil de 1984, acorde con los avances científicos de la época, no contempló al examen del ADN y se limitó a reconocer al examen negativo de los grupos sanguíneos para excluir a la paternidad; sin embargo, ya en 1997 el reconocimiento de la validez del examen del ADN, a la hora de determinar la paternidad, era evidente y por ello en 1999 se lo incluye en nuestro Código Civil a través de la Ley N° 27048; no obstante, consideramos que por su alto costo y por los pocos laboratorios que lo practicaban, no se contempló la obligatoriedad del presunto padre a someterse a dicha prueba.

En el 2005, teniendo como base el reconocimiento científico de la certeza de la prueba del ADN al momento de establecer la paternidad y estando a que ya se había implementado dicha prueba desde hace casi seis años, aproximadamente, se buscó dar solución al problema que generaba el millón y medio de personas que no habían sido reconocidas por su padre, es en ese contexto en que se convierte al examen del ADN en una prueba plena en la búsqueda de la paternidad extramatrimonial, por lo que el resultado de la misma o la negativa a practicarse dicha prueba son los que determinan el resultado del proceso, sin necesidad de mayor razonamiento jurídico.

A diferencia de lo expuesto anteriormente, en lo que se refiere al cuestionamiento de la paternidad, si bien es evidente que la precisión del examen del ADN sigue siendo la misma y que su utilización se ha masificado al punto que hoy es viable que el propio usuario pueda obtener las muestras genéticas en su casa, no obstante, su finalidad ya no sería la de brindar un padre al millón y medio de personas que carecía de declaración de paternidad, por el contrario, esta precisión y masificación del examen del ADN podría llevar a dejar sin efecto la paternidad que se ostenta tanto a nivel legal como social (en los hechos).

En virtud de lo señalado, si bien el carácter de prueba plena que se le al ADN en los procesos de filiación extramatrimonial resulta importante y vital para solucionar el problema de hijos/as sin padre, este carácter de prueba plena no puede tener la misma relevancia en los casos en que se cuestiona la paternidad, en los que, para la determinación de esta, no sólo resulta importante la paternidad genética.

Es por todo ello que considero que, en los casos de cuestionamiento de paternidad, no funciona el carácter de prueba plena del ADN y por ende, para amparar o rechazar una

²⁰¹ DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. 18.a B SESIÓN (Vespertina) Jueves 4 de noviembre de 2004: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257da b00574adc/\\$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257da b00574adc/$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf)> (Consultada por última vez el 17/03/2018).

demanda el examen del ADN será una prueba más y dependerá de aspectos distintos como los que detallamos a continuación.

3.2.- El Interés Superior del Niño como parámetro de la actuación judicial

El artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) nos detalla que:

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

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), en su artículo 3.1 ha puntualizado que:

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

Ya en el ámbito interno tenemos que el artículo 4 de nuestra Constitución Política (1993), expone que:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”.

Asimismo, el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes en su artículo IX expone que:

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Todas las normas jurídicas mencionadas anteriormente, nos permiten concluir que tanto en el ordenamiento internacional como en el nacional se impone que, cuando la medida (legislativa o judicial) vaya a recaer sobre una persona menor de edad, todas las autoridades estamos obligadas a actuar e interpretar la normatividad en función al interés del niño/a y del adolescente, el cual, siendo obligatorio, genera responsabilidad nacional e internacional en caso de incumplimiento. En este sentido, la función tuitiva del juez de familia está íntimamente relacionada con este principio, debido a que se debe proteger este interés superior.

Entonces, podemos afirmar que el interés superior del niño/a y del adolescente marca el rol tuitivo del juez de familia. Ahora bien, lo que debemos precisar es cómo concretizamos este interés superior en el caso, por cuanto no basta con mencionarlo de manera abstracta, sino que debe ser concretizado en la solución del caso.

3.3.- El interés superior del niño como cláusula general o como concreción a través de criterios normativos preestablecidos.

FARITH SIMON CAMPAÑA nos dice que el interés del niño/a y adolescente es un concepto jurídico indeterminado que contiene una cláusula general, porque con una fórmula muy descriptiva no podría conseguirse la protección necesaria, por ello se utiliza términos de enorme generalidad para que gradualmente, a través de las sentencias judiciales, se establezcan las pautas que nos sirvan para su definición y ejecución obteniendo con ello una gran flexibilidad para que el interés superior del niño pueda adecuarse a las distintas circunstancias y contextos; sin embargo, reconoce la autora que se pierde mucho en seguridad jurídica²⁰².

Complementando esta idea, ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ nos dice que esta cláusula general no puede interpretarse de manera rígida, estricta o inamovible porque ello estaría en contra de su finalidad, por esta razón, se debe interpretar de una manera dinámica, para que con cada caso se pueda ir construyendo lo que realmente es el *favor filii*²⁰³.

Confirmando lo dicho, vemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto lo siguiente:

*“la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”*²⁰⁴.

Para la Corte Interamericana el principio del interés superior del niño/a y adolescente está destinado a buscar la satisfacción plena de todos sus derechos, es decir, este principio no está orientado a proteger el mejor derecho o el más importante entre todos los derechos, sino que nos obliga a que, al resolver un proceso, el juez busque, en la medida de lo posible, la satisfacción de todos los derechos fundamentales del niño/a y adolescente, lo cual es importante, porque descarta de manera definitiva la presencia de un conflicto entre la identidad familiar y la identidad biológica, debido a que la orientación que le da la Corte al principio antes referido está en la satisfacción de ambos derechos y no en la primacía de uno de ellos.

En nuestro medio, el Tribunal Constitucional ha referido que el principio del interés del niño/a y adolescente no se limita a una obligación enunciativa, es decir, no es suficiente mencionarlo para que hayamos cumplido con nuestras responsabilidades, sino que es indispensable adoptar acciones concretas en todos los ámbitos. En consecuencia, de existir casos en los cuales los derechos de los niños/as y adolescentes deban restringirse en salvaguarda de otros derechos fundamentales, el Estado tiene responsabilidad si es

²⁰² SIMON CAMPAÑA, Farith (2015). INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva (A propósito de los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad en su aplicación). Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador, pp. 80-81.

²⁰³ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012). “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. Publicado en: *Educatio Siglo XXI* N° 30.2. Facultad de educación de la Universidad de Murcia. España, p. 92.

²⁰⁴ Caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del dieciséis de noviembre de dos mil nueve, párrafo cuatrocientos ocho.

que no busca, mediante acciones concretas, disminuir el perjuicio ocasionado hasta lo razonablemente posible²⁰⁵.

Sumado a lo dicho, el citado Tribunal menciona que este principio busca reconocer cierta superioridad valorativa de los derechos de los niños/as y adolescentes en aquellos procesos en los que sus intereses se encuentran comprometidos, lo que no es lo mismo que decir que existe una primacía absoluta que obligue a priorizar en todos los casos y sin ninguna distinción los derechos de los niños/as y adolescentes. Por lo que, de manera enunciativa, podemos decir que este principio se puede concretizar cuando: 1.- El texto de la norma legal tiene varias interpretaciones, por lo que en caso de duda sobre la aplicación de alguna de ellas, se debe optar por la alternativa que satisfaga mejor los derechos de los niños/as y adolescentes²⁰⁶; 2.- Por la vulnerabilidad de los niños/as y adolescentes (por inmadurez física o mental o inexperiencia) el Estado, la familia y la sociedad, están obligados a brindarles una atención prioritaria que implica la adopción de acciones específicas para alcanzar su desarrollo integral²⁰⁷; 3.- Se debe resolver conflictos en los que están involucrados los intereses de niños/as y adolescentes, evitando las generalizaciones por lo que se debe brindar especial atención a las características particulares de cada situación concreta²⁰⁸; 4.- Se trate políticas estatales debe considerarse prioritariamente a los niños/as y adolescentes²⁰⁹; 5.- Ante una discrepancia entre los intereses de los menores de edad y los intereses de sus progenitores o responsables legales, no se puede subordinar los intereses de los primeros en favor de los segundos, porque los menores de edad tienen la calidad de sujetos de derecho por lo que su dignidad no puede depender de la voluntad de sus progenitores o responsables²¹⁰; 6.- En la eventualidad de un conflicto entre el interés de una persona mayor de edad y un niño/a y adolescente, deben someterse los primeros frente a los segundos; precisamente por la capacidad restringida que tienen los niños/as y adolescentes de ejercer por sí mismos sus derechos más aún si consideramos que es poco probable que ellos puedan objetar una afectación de esos derechos²¹¹.

Con respecto a estos dos últimos puntos, se debe tener presente que si bien en la interpretación del Tribunal Constitucional peruano se hace ver que el interés del niño/a y adolescente debe prevalecer frente a otros intereses, ello no siempre es así. Cabe recordar que cuando se redactaba la Convención sobre los derechos del Niño se discutió

²⁰⁵ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos) EXP. N° 04509-2011-PA/TC del 11 de julio del 12, fundamentos del 11 al 15.

²⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EN SESIÓN DE PLENO JURISDICCIONAL (Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli) EXP. N° 0012-2010-PI/TC del 11 de noviembre del 2011.

²⁰⁷ PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani), EXPEDIENTE NÚMERO 00550-2008-PA/TC del 17 de septiembre del 2010, fundamentos del 12 al 16.

²⁰⁸ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz) EXP. N° 1817-2009-HC/TC del 07 de octubre del 2009, fundamentos del 4 al 20.

²⁰⁹ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli), EXP. N° 4646-2007-PA/TC del 17 de octubre del 2007, fundamentos del 43 al 45.

²¹⁰ PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SESIÓN DE PLENO CONSTITUCIONAL (Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani) EXP. N° 02132-2008-PA/TC del 9 de mayo del 2011, fundamentos del 5 al 11.

²¹¹ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Calle Hayen, Álvarez Miranda y Eto Cruz), EXP. N° 02079-2009-PHC/TC del 9 de septiembre del 2010, fundamentos del 8 al 13.

si el interés superior podría ser una “consideración fundamental” o una “consideración primordial”, optándose por esta segunda fórmula²¹² para darle mayor flexibilidad a la hora de interpretar los intereses en juego por cuanto otras partes podrían tener igual o superior interés, como por ejemplo puede ocurrir en el caso de emergencias médicas durante el nacimiento²¹³.

Por ello, cuando la Convención sobre los Derechos del Niño refiere que el interés superior es una “consideración primordial” está poniendo de manifiesto el carácter no absoluto de este principio, porque a pesar de su importancia intrínseca, puede verse enfrentado a otros intereses que en su caso puedan prevalecer sobre él²¹⁴, e incluso, a otros derechos fundamentales que obligasen a una adecuada ponderación entre ellos (como lo vimos cuando se analizó el test de proporcionalidad).

Por otro lado, nuestra Corte Suprema ha establecido que se debe entender por interés superior del niño/a y adolescente la necesidad de satisfacer plenamente todos sus derechos, garantizando su libre desarrollo a través de un nivel de vida adecuada; por lo que debemos descartar una interpretación aislada de las normas legales y, por el contrario, estamos obligados a buscar interpretaciones sistemáticas porque todas las normas aseguran una protección razonable si se aplican de manera simultánea²¹⁵. En este sentido, se recomienda la flexibilización del proceso para adaptarlo a la solución del problema humano que se tiene al frente, ello a fin de cumplir con las responsabilidades constitucionales de la judicatura²¹⁶.

De todo lo dicho podemos concluir que el interés superior del niño/a y adolescente, entre otros aspectos, significa que si tenemos alguna duda en la interpretación de una norma, la interpretemos de la manera que favorezca más al niño y al adolescente o a la satisfacción plena de sus derechos. Asimismo, este Interés obliga al Estado, a la familia y a la sociedad a brindar atención prioritaria a los niños/as y adolescentes a fin de garantizar su desarrollo integral.

En tal sentido, resulta claro que el padre y la madre o los responsables de su tutela, no deben supeditar la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños/as y adolescentes a su voluntad, por el contrario, deben buscar la satisfacción plena de estos derechos fundamentales. Y es que, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional:

“...parte de la esencia de este principio radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de

²¹² “Artículo 3 I. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una **consideración primordial** a que se atenderá será el interés superior del niño...”

²¹³ GARCÍA GUTIERREZ, Juan (2007). “Una vos para la infancia, génesis y desarrollo de la noción de “interés superior del niño””. En: Los derechos de los niños: responsabilidad de todos. Universidad de Murcia. Servicio de publicaciones. España, p. 181.

²¹⁴ CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011). La Convención sobre los derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos. Editorial Dykinson. España, p. 109.

²¹⁵ SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Ponce De Mier), CAS. N° 1621-2012-LIMA, publicada en la Separata Especial de Sentencias de casación del Diario Oficial El Peruano el 30 de abril del 2013, en las páginas 40453 y 40455.

²¹⁶ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente el señor Juez Supremo Ponce de Mier), CAS. N° 1597-2010-ICA, publicada en la Separata Especial de Sentencias de casación del Diario Oficial El Peruano el 31 de enero del 2013 en las páginas 38888 a 38889.

*quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos*²¹⁷.

Sin embargo, ello no debe considerarse como una prevalencia absoluta de los intereses de los niños/as y adolescentes frente a todos los intereses de las otras personas involucradas, sino más bien, que se debe analizar el caso concreto y buscar una solución proporcional.

En conclusión, podemos decir que el interés del niño/a y adolescente forma parte de una larga lista de conceptos jurídicos imprecisos, por los cuales se busca hacer referencia a situaciones cuya demarcación no se ha realizado legalmente porque se les encomienda a los jueces demarcarlos en los supuestos concretos al momento de emitir sus resoluciones. Se trata de un estándar jurídico (como la buena fe o la diligencia) o como diría BUSTAMANTE OYAGUE:

*“...de un concepto de valor o de experiencia referido a realidades que inicialmente no permiten una mayor precisión o concreción, pero que, trasladadas a situaciones específicas, a supuestos determinados, su aplicación conduce a una solución y no a otra: así, el poseedor actúa de buena fe o no, la decisión tomada por un padre es la que más convenía al hijo o no. El hallazgo de esa solución, la única adecuada, solo es posible al trasladar el concepto indeterminado, en la aplicación de la ley, a la realidad y circunstancias concretas del caso”*²¹⁸.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo se da en los procesos de tenencia en los que el juzgador debe valorar la conducta que presentan los progenitores con sus hijos, sin restringirse a cómo los trata, sino también en cómo realiza su tarea de crianza, cuidado, formación y educación de ellos, cómo se relaciona con ellos, todo lo que sea positivo a favor de los niños, lo que le sea favorable, debe ser considerado por el juzgador como parte del interés superior²¹⁹.

Hasta este momento hemos visto al principio del interés superior del niño como un principio que contienen una cláusula general que debe ser completada caso por caso; sin embargo, criticando la subjetividad de la misma y la afectación a la seguridad jurídica, surge la teoría de “La concreción del interés del niño a través de criterios normativos preestablecidos”²²⁰.

En nuestro caso tenemos que el Código de los Niños y Adolescentes está plagado de criterios normativos que pueden ayudarnos a concretizar el interés superior del niño, por ejemplo, el artículo 6 nos habla de que debemos respetar la identidad del niño y

²¹⁷ SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Calle Hayen, Álvarez Miranda y Eto Cruz), EXP. N° 02079-2009-PHC/TC del 9 de septiembre del 2010, fundamento 13.

²¹⁸ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2002). ¿EN QUÉ CASO EL JUEZ RESUELVE DAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS AL PAPÁ? EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS A FAVOR DEL PADRE. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 50 - Noviembre del 2002. Edición virtual.

²¹⁹ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2003). CASO EN QUE EL PADRE TIENE UN NUEVO COMPROMISO - CUANDO LA DEMANDA DE TENENCIA SOLICITADA POR LA ABUELA ES DESESTIMADA ¿A QUIÉN CORRESPONDE EJERCER LA TENENCIA? Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 54 - Marzo del 2003. Edición virtual.

²²⁰ SIMON CAMPAÑA, Farith (2015). Op. Cit., pp. 93-94.

adolescente, con lo cual, es evidente que una decisión judicial no puede ir en contra de esta identidad porque afectaría dicho interés superior, además, el artículo 8 nos dice que lo más beneficioso para el niño es estar con su familia, porque es ahí en donde recibirá la protección indispensable para alcanzar a plenitud el desarrollo de su integridad física y psíquica, por lo que separarlo de su familia conllevaría una afectación a su interés superior, finalmente, el artículo 9 nos habla de que los niños/as y adolescentes tienen el derecho a manifestar libremente su opinión, por lo que para conocer el interés superior debemos escuchar a los niños y adolescentes.

Todas estas normas y de seguro muchas otras que están no sólo en el citado cuerpo legal, sino también en el Código Civil y en otras leyes, pueden ayudar a que se concrete el interés superior del niño/a y adolescente; sin embargo, recordemos que en última instancia es el juez quien va a interpretar estas normas y de seguro en algunos casos fallará en contra de la opinión de los niños o tendrá que separar a éstos de sus familias por razones que precisamente se justifican en este interés, por ello, considero que para concretizar este principio no basta con aplicar criterios normativos, sino que es necesario buscar interpretaciones dinámicas que adecúen el principio al caso concreto, como ocurre en el técnica de la cláusula general, la cual no resta seguridad jurídica, por el contrario, al concretizar este principio se requiere una mayor carga argumentativa por parte del juzgador y por ende, una mayor garantía de la forma cómo se está aplicando el principio al caso concreto.

3.4.- Entre el objeto de derecho y el sujeto de derecho

El derecho familiar tradicional sujetó a los hijos a las decisiones de los padres anulando, de esa manera, cualquier intervención del niño/a o adolescente en temas que les repercutían directamente a ellos y no a sus progenitores. Así, los menores de edad eran concebidos como incapaces de expresar opiniones propias, de cultivar inclinaciones o tendencias, de profesar credos diversos a los de los padres²²¹.

Recordemos que autores como FICHTE referían que era absurdo considerar que los niños/as y adolescente tenían derechos, debido a que ellos no deben ser considerados como sujetos de derechos, ya que no tienen la libertad de decidir acerca de sí mismos y se encuentran bajo la tutela de sus progenitores²²².

Hoy en día esta concepción ha sido doctrinaria y legislativamente superada; sin embargo, en la práctica judicial, se los sigue tratando como personas que no son capaces de tomar decisiones, por lo que siguen siendo objeto de protección bajo una errónea interpretación del interés superior. Muestra de lo afirmado es que en ningún caso de los analizados para efectos de la presente tesis, se ha encontrado que se haya tomado en cuenta su opinión, a pesar de estar en disputa la determinación de su propia filiación.

Lo que al parecer ocurre es que aún no hemos comprendido que:

“...los niños, niñas y adolescentes son reconocidos como sujetos de derecho, lo que implica que han dejado de ser definidos por sus carencias,

²²¹ VEGA MERE, Yuri (2003). Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Editorial Normas Legales. Perú, p. 35.

²²² Citado por QUEROL FERNANDEZ, Francisco (2000). La filosofía del derecho de K. CH. F. KRAUSE. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta. Universidad Pontificia Comillas. España, p. 177.

*o por considerar a la niñez y la adolescencia como etapa previa a la vida adulta, sino más bien que se los reconoce como seres humanos completos, portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, más aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño*²²³.

En otras palabras, los niños/as y adolescentes no pueden ser tratados como simples entes en desarrollo que aún no pueden decidir sobre sí mismos, por el contrario, ellos son sujetos de derechos y, por ende, debe respetarse todos sus derechos, los que comprenden los referidos a una persona adulta y los propios de la niñez y adolescencia, es decir, ellos tienen una doble protección.

Por este motivo, no se puede decidir una causa sin escuchar a su principal protagonista, porque si no, además de lesionar su derecho de defensa, podríamos llegar al absurdo de que en nombre de este interés superior adoptemos acciones que afecten precisamente a quienes queremos proteger, ordenando incluso intervenciones corporales en contra de estos niños/as y adolescentes a pesar de que ellos hayan manifestado su deseo de mantener su identidad familiar tal y como está en ese momento, renunciando a su identidad biológica.

3.5.- La opinión del Niño, Niña y Adolescente en el ámbito judicial

El carácter de sujeto de derecho de los niños/as y adolescentes así como la teoría de la evolución de facultades viene, progresivamente, siendo reconocida no sólo a nivel legislativo sino también en la emisión de sentencias de tribunales con competencia internacional y nacional.

En lo que respecta al derecho comparado cabe mencionar una sentencia del 12 de febrero del 2005, en la que el Tribunal Constitucional Federal Alemán estimó que la obtención de evidencias biológicas debe contar con la anuencia del niño/a o adolescente, porque obtener dichas evidencias sin respetarse su voluntad afecta irremediablemente la denominada “autodeterminación informativa”, derecho que es concebido como parte del desenvolvimiento individual que comprende la potestad de disponer sobre su información personal y la publicidad de la misma; por esta razón, la intervención en dicha información debe contar con la autorización de quien es afectado o con la autorización legal. Además de lo dicho, el tribunal consideró que también es merecedor de tutela jurídica constitucional el derecho del progenitor de esclarecer su vinculación genética con su posible descendiente, por lo que se realiza la exhortación al poder legislativo para que desarrolle un proceso apropiado que busque descubrir únicamente la verdad biológica.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional de Alemania reflexionaba en la innegable importancia de la verdad biológica como parte de los derechos de los progenitores; sin embargo, confrontó este derecho con el derecho de los niños y adolescentes a querer mantener su filiación actual, por lo que el conocer la verdad no siempre tiene que concluir en la nulidad del reconocimiento. En respuesta a este encargo, en el año 2008 se publica la “*Ley para la clarificación de la paternidad independiente de un procedimiento de impugnación*”, por la que se establece que la búsqueda de la verdad biológica con fines

²²³ MINRYERSKY, Nelly (2009). Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”. Abeledo Perrot. Argentina, p.132.

filiatorios, no se puede realizar sin el consentimiento del padre, madre e hijo descartándose definitivamente a la intervención corporal de los niños y adolescentes²²⁴.

Esta sentencia nos muestra lo importante que es la opinión del menor en estos procesos de cuestionamiento de paternidad; sin embargo, como ya lo hemos referido anteriormente, casi nunca se toma en consideración su opinión, lo cual no solo genera sentencias injustas, sino que implica la vulneración de tratados internacionales y hasta de la propia Constitución, tal y como veremos a continuación.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 nos dice que:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

Asimismo, en el ámbito nacional tenemos que el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 9 refiere que:

“El niño y el adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.

Lo expuesto significa que en todos los asuntos en los que se discutan los derechos de niños/as y adolescentes, se debe escuchar su opinión. Aquí el criterio es unánime, por ende, no es necesario brindar una mayor motivación sobre este importante derecho. El problema sin embargo se presenta cuando, en la práctica, queremos valorar esta opinión, porque no existe ninguna ley o tratado internacional que nos defina cómo debemos valorarla.

En este sentido, el Código Civil, a pesar de que aún no considera al niño/a y adolescente como sujeto de derecho, sin embargo, nos puede brindar determinados aspectos para tener en cuenta sobretodo en lo concerniente a las edades referenciales que reflejan el grado de discernimiento. Así tenemos que se ha establecido la incapacidad absoluta para los adolescentes menores de dieciséis años²²⁵, además, nos dice que la capacidad de ejercicio restringida de los mayores de dieciséis años se transforma en capacidad de ejercicio plena por contraer matrimonio o por obtener un título oficial que autorice el ejercicio de una profesión u oficio, incluso, para personas mayores de catorce años se les reconoce capacidad de ejercicio desde el nacimiento de su menor hijo, obviamente, esta capacidad no es absoluta por cuanto está limitada para la realización de determinados actos (1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas. 2. Demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia,

²²⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (2010), Op. Cit., pp. 93-94.

²²⁵ Inciso 1 del artículo 43.

alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas. 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas. 5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas. 6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad. 7. Impugnar judicialmente la paternidad)²²⁶.

Estas normas nos dan una idea sobre el grado de discernimiento que considera el legislador para algunas edades; no obstante, consideramos que es necesario analizar otros aspectos y fuentes para llegar a una conclusión válida.

Para parte de la doctrina, el niño o adolescente debe ser oído/escuchado antes de adoptarse cualquier decisión sobre algún aspecto que lo involucre, siempre que por su edad y madurez de juicio pueda inferirse que tiene un criterio independiente y que su opinión y palabras pueden ser normalmente atendibles. La escucha del niño en una audiencia es la expresión del respeto a la personalidad del hijo. Si bien hay contrastes de matices en los términos de “escuchar” o “tomar en cuenta”, en ambos casos el juez debe oír y valorar la opinión del niño/a y adolescente. La diferencia está dada en que si el niño o niña tiene menos de doce años de edad, su opinión es valorada conjuntamente con todos los demás elementos que le permitan al juez discernir lo más beneficioso para él. En cambio, si tiene más de doce años de edad, el juez deberá darle un mayor peso en su toma de decisión a la opinión del adolescente, de ahí el término “tomar en cuenta”²²⁷, es decir, el juez deberá apreciar su grado de discernimiento, pues únicamente el discernimiento permitirá al declarante formarse un juicio interno y apreciar por sí mismo las consecuencias negativas y positivas que le acarrearán permanecer con uno de sus progenitores o irse a vivir con el otro progenitor. Esto tampoco quiere decir que la opinión de los niños de temprana edad (entre uno y seis años), esté totalmente excluida de la valoración del juez, al no tenerse el suficiente discernimiento por un tema de inmadurez, en todo caso podríamos obtener el parecer de estos pequeños infantes recurriendo al equipo multidisciplinario, es decir a través del auxilio de asistentes sociales y, principalmente, de profesionales psicólogos²²⁸.

De todo lo dicho podemos concluir que nuestro ordenamiento legal ha establecido que, antes de emitir un pronunciamiento judicial, el juez debe tomar en cuenta la opinión de los menores involucrados a fin de conocer cuál es su pensamiento (cuando tienen discernimiento) y sus sentimientos. No obstante, esta obligación no implica que necesariamente se tenga que citar al menor al Juzgado y escucharlo directamente, sino que su opinión puede ser conocida por las evaluaciones psicológicas o referenciales tomadas anteriormente, ya que obligar a un niño o niña a asistir a un Juzgado para que corrobore lo que ya declaró ante un psicólogo o ante el Ministerio Público podría generarle una afectación emocional innecesaria y atentatoria contra su interés superior. En este sentido, considero que las opiniones de las y los menores de edad son importantes, pero que no en todos los casos es necesario escucharla de manera directa, sino que se la

²²⁶ Artículo 530.

²²⁷ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. ¿EN QUÉ CASO EL JUEZ RESUELVE DAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS AL PAPÁ? EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS A FAVOR DEL PADRE. Op. Cit.

²²⁸ CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2011). ¿LA MADRE CRÍA, EL PADRE PROVEE?. Desterrando mitos respecto de la tenencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 159 - Diciembre del 2011. Edición Virtual.

puede conocer a través de las evaluaciones psicológicas o de las referenciales tomadas en sede fiscal.

Una vez conocida la opinión, se debe establecer el grado de discernimiento que ostenta, por cuanto, no podemos darle el mismo peso a la opinión de un niño que está en plena formación de su personalidad que a la opinión de un adolescente que está pronto a adquirir la mayoría de edad. En este sentido tenemos que, legislativamente, el adolescente mayor de catorce años de edad puede adquirir capacidad de ejercicio desde el nacimiento de su hijo, esto significa que el adolescente mayor de catorce años tiene discernimiento para actuar en estos supuestos de manera autónoma sin necesidad de representante legal. Esta facultad está aún más clara cuando se trata de un adolescente mayor de dieciséis años de edad, pudiendo inclusive adquirir la capacidad de ejercicio plena si contrae matrimonio o ya está habilitado para el ejercicio de una profesión u oficio.

En este sentido, podemos concluir que para los adolescentes de más de catorce años de edad y conforme se vaya acercando a los dieciocho años de edad, su opinión tendrá un peso casi determinante al momento de emitir un pronunciamiento judicial. Por otro lado, hasta los catorce años de edad, la opinión del niño o adolescente deberá ser valorada con otros medios probatorios, sobre todo las evaluaciones psicológicas, cuya finalidad no es otra que buscar respetar una decisión libre e informada del niño.

Retornando a nuestro tema de investigación, tenemos que en ninguna de las sentencias analizadas se ha valorado debidamente la opinión del niño/a y adolescente, lo que contraviene la legislación nacional e internacional, demostrando que aún mantenemos rezagos jurisprudenciales de la teoría del niño como objeto de tutela.

3.6.- No es suficiente conocer la opinión si esta no es libre e informada

Actualmente, conforme lo hemos demostrado en el análisis de las sentencias judiciales, cuando se cuestiona la paternidad de un niño, la plenitud de la prueba de la filiación extramatrimonial también se aplica a este tipo de procesos convirtiendo al examen del ADN en la única prueba a actuarse; la misma que requiere de una audiencia de toma de muestras genéticas en donde el menor de edad debe asistir junto a su padre formal, a la madre y en algunos casos junto al padre biológico, a quienes se les realiza el hisopado bucal y la toma de muestras de sangre.

En estas audiencias, lo común es ver el rostro de preocupación del menor de edad, e incluso, en algunas audiencias se niegan a que les extraigan las muestras de sangre, **pero son obligados por sus padres frente a los ojos de los jueces y fiscales de familia.**

Esta situación debe cambiar, porque no es posible que se les someta a toda esta tortura, vinculada al tema de su propia filiación, sin que se conozca su opinión o postura al respecto.

Por esta razón, considero que antes de realizar la toma de muestras el juez, en virtud de su función tuitiva, debe disponer la realización de una terapia psicológica en favor del menor de edad que va a perder su vínculo paternal, con lo cual se lo busca preparar para afrontar el proceso del cuestionamiento de la paternidad y para brindar un consentimiento informado sobre su deseo de continuar con la toma de muestras.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, el interés superior es un concepto abstracto que sirve como un estándar de actuación para todos los Magistrados; sin embargo, a pesar de que es de fácil percepción en cuanto a sus alcances o mandatos, nunca debe ser aplicado a situaciones abstractas, como lo que ocurre en los procesos de cuestionamiento de la paternidad, en donde el problema de discusión se centra en el supuesto conflicto que existe entre la identidad familiar frente a la identidad biológica, mirando el tema desde una perspectiva abstracta y no desde situaciones concretas.

Por lo dicho considero que el interés superior implica que necesariamente el juzgador deba escuchar la opinión del menor de edad que va a perder a su padre, pero al igual que cualquier persona mayor de edad, los niños/as y adolescentes deben estar debidamente informados sobre los alcances del proceso, sobre la toma de muestras para el examen del ADN y las consecuencias que se podrían derivar, es decir, no basta escucharlos, sino que por la función tuitiva del juez de familia, éste debe buscar que ellos presten un consentimiento informado en la realización de la toma de muestras.

Ahora bien, obtenido este consentimiento informado, el juzgador debe identificar en los hechos debidamente acreditados, qué es lo más beneficioso para el niño/a y adolescente, para que posteriormente privilegie su interés superior frente a la identidad biológica o a la identidad familiar.

3.7.- El estado de familia

En esta parte de nuestra propuesta debemos hacer referencia obligada a la CASACIÓN N° 950-2016 AREQUIPA²²⁹. Si bien no forma parte del periodo materia de investigación resulta necesario comentarla porque desarrolla parte de la propuesta de este trabajo de investigación. En este sentido se establece lo siguiente:

“QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala “La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente” así como del el examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: “A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada”, a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija. SEXTO.- De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente: “(...) que vive con sus hermanos ellos son cuatro (...) todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le

²²⁹ SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (ponente la Jueza Suprema señora del Carpio Rodríguez), CASACIÓN N° 950-2016 AREQUIPA publicada el 31 de agosto del 2017, pp. 95698 - 95701.

pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto; (...) ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver (...) ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. (...)”. De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno "Medina". SÉTIMO.- Es necesario resaltar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la litis, en clara materialización del principio del interés superior del niño. OCTAVO.- Así, las cosas, se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado Luis Alberto Medina Vega. Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. En consecuencia, en salvaguarda del derecho a la identidad de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, y en aras de su interés superior, corresponde estimar el recurso de casación por la causal sustantiva denunciada”.

Como se puede apreciar en esta sentencia, la Corte Suprema estaría cambiando su posición con respecto a la primacía de la filiación biológica y por el contrario, estaría asumiendo una posición a favor de la identidad familiar, afirmando que el cuestionamiento de la paternidad no prospera cuando se ha creado un estado de familia entre el padre legal y el menor de edad.

El estado de familia consiste en la existencia, con referencia a la situación familiar de una persona determinada (*status familia*), de aquellos tres requisitos que se denominan: *nomen, tractus, fama*, es decir, en llevar la designación que se utiliza para el resto de la familia, en ser relacionado como miembro de ella y en que esto haya ocurrido durante un determinado espacio de tiempo, que haya creado a su vez una situación de convencimiento general, que se conoce socialmente con la palabra fama²³⁰.

Como lo menciona DIAZ DE GUIJARRO, el estado de familia es:

“...un atributo de la personalidad humana que representa mucho más que una relación jurídica, pues constituye un emplazamiento que origina, por directa y espontánea gravitación, múltiples relaciones presentes posibles,

²³⁰ FERNANDEZ CLERIGO, Luis (1947). El derecho de la familia en la legislación comparada. Unión tipográfica Editorial Hispano-Americana. México, p. 196.

*inmediatas y mediatas, efectivas y en potencia. Y aún más, es fuente propia de derechos y obligaciones cuyo ejercicio está determinado por el interés familiar, valorado como medio de protección del interés individual dentro del núcleo y sobre la base de que su amparo satisfaga los fines familiares, por lo cual cede el interés individual en caso de colisión...*²³¹.

En tal sentido, en virtud de la función tuitiva de cada juez de familia, es necesario que se evalúe este estado de familia antes de resolver un cuestionamiento de paternidad, porque de haberse acreditado dicho estado de familia, el juzgador deberá merituar si conocer la verdad biológica del niño, niña y adolescente podría ser contraproducente para su desarrollo integral (sobretudo emocional o psicológico) o, incluso, podría permitir que conozcan su identidad biológica, pero declarando que dicha identidad biológica no tendrá efectos frente a la identidad familiar. En otras palabras, conocer la verdad biológica no debe significar que de manera automática el padre biológico asuma los derechos y obligaciones con respecto a su hijo biológico, por cuanto se puede conocer la verdad biológica y mantener la identidad familiar, todo ello en virtud del principio del interés superior.

3.8.- La prolongación de la obligación alimenticia

En el año 2015 se discutía en Colombia si en un proceso de filiación en el que se había dictado medida cautelar de alimentos se debía dejar sin efecto esta medida con el solo resultado negativo de la prueba del ADN, ante lo cual la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-258/15 estableció que:

*“3.1.1.4. Por eso, la facultad de suspender los alimentos decretados de manera provisional con base en un fundamento razonable de exclusión de la paternidad, remite al ejercicio de valoración probatoria que debe realizar el juez con base en los principios de la sana crítica y análisis en conjunto del material probatorio, porque lo cierto es que no puede imponerse la obligación derivada del vínculo filial como la de dar alimentos a quien no está llamado a proveerlos de conformidad con la ley”*²³².

Si bien una primera lectura podría llevarnos a concluir que la Corte se opone a que brinde alimentos quien ha resultado excluido de la paternidad por el examen del ADN; ello no es exacto, debido que, a pesar del examen del ADN, la Corte refiere que se deben valorar todos los medios probatorios antes de suspender estos alimentos provisionales, dejando abierta la posibilidad de que éstos subsistan si, de los demás medios probatorios, se acredita que es necesario para el menor. Así, en el Voto Aclaratorio de esta sentencia emitido por la Magistrada María Victoria Calle Correa, se tiene que:

“No debe soslayarse que la existencia de una prueba fundada que excluye al demandado de la paternidad no permite, sin embargo, establecer quién es el verdadero padre biológico, para en tal caso trasladar a este la obligación alimentaria. Así las cosas, al suspender la obligación de alimentos provisionales antes de proferir una decisión de fondo, la carga alimentaria

²³¹ DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Op. Cit., p. 383.

²³² SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Sentencia C-258/15. 6 de mayo del 2015.

recae en primer lugar sobre la madre cabeza de familia, la cual, según dice el artículo 43 superior, merece especial protección del Estado.

*Sobre esta base, estimo que la decisión de suspensión provisional de alimentos sólo puede declararse cuando: (i) entre los fundamentos razonables que tenga en cuenta el juez se cuente con una prueba antropoheredobiológica que excluya la paternidad; (ii) **en el caso concreto esté acreditada la existencia de otros medios para garantizar el derecho al mínimo vital del alimentado**; (iii) la obligación alimentaria no se haga recaer en exclusiva sobre la madre cabeza de familia” (la negrita es nuestra).*

Como se puede apreciar para dejar sin efecto los alimentos provisionales no basta la existencia del examen del ADN que excluya de paternidad, sino que además, el juez debe valorar si de los hechos probados aparece que el niño/a o adolescente tenga otros medios de subsistencia, es decir, que se garantice su derecho mínimo vital y, peor aún, que la obligación alimenticia no recaiga de manera exclusiva en la madre.

Si en el caso colombiano ya se dejó abierta la posibilidad de que a pesar de que exista una exclusión de paternidad por el examen del ADN, no obstante, se debe continuar con pensión alimenticia provisional; en el caso argentino considero que la cuestión es más expresa con respecto a la impugnación de paternidad. En efecto, nuestro análisis debe considerar el artículo 676 del Código Civil y Comercial de Argentina (2014), el cual establece que:

“Artículo 676. Alimentos La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Como se puede apreciar, para este dispositivo legal a pesar de no existir un vínculo sanguíneo o jurídico que una al cónyuge o conviviente con el hijo/a del otro cónyuge o conviviente, es su obligación brindar alimentos, aunque refiere que esta obligación es subsidiaria. Pero lo realmente trascendental de este artículo es que a pesar de que se culmine con el matrimonio o convivencia, la obligación alimenticia subsistirá como cuota asistencial y con una duración determinada para evitar un daño en el menor de edad.

Esta norma ha generado una importante jurisprudencia que está referida a la propuesta realizada, debido a que en el caso G. P. V. S. c/O. C. V. s/ordinario impugnación de paternidad (2017) se ha establecido que:

“1.- Vienen las presentes con el objeto de abordar el tratamiento del recurso de apelación que la parte actora deduce contra la Resolución obrante a fs. 48/50 vta. que admitió la impugnación del reconocimiento de su paternidad sobre la niña A.M.G.P., sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitrarán los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar

las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta... consideramos que el art. 676 del C.C. y C. (progenitores afines) luce aquí analógicamente aplicable, mas allá de los condimentos particulares que el caso que nos ocupa ofrece, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias (como podría ser aquí el mantenimiento de una obra social) para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura... El recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años.- 5.- Ello no empece claro está a resaltar que es la madre de la niña y el padre biológico de la criatura (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta.- Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atiende las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del art. 676 Cód. Civ. y Com. En orden a ello en la instancia de grado -donde se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello- oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.- 6.- Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado sin perjuicio de que la aclaración que se formula en el párrafo precedente especialmente sobre la duración de la medida”²³³.

Con ello se deja claramente establecido que aún en los procesos de cuestionamiento de la paternidad lo que debe primar es el interés superior del niño/a y adolescente. Si bien los alimentos tienen su sustento en la solidaridad familiar, cuando se es excluido de la paternidad por el examen del ADN y con sentencia judicial, los alimentos pasan a tener su sustento en la solidaridad humana, por lo que se debe mantener dichos alimentos como una cuota social transitoria, a fin de garantizar que la madre pueda buscar al padre biológico y así no perjudicar el sustento del menor de edad.

En el derecho nacional no hemos encontrado una norma igual a la del Código Civil y de Comercio de Argentina; sin embargo, tenemos que el inciso 2 del artículo 316 del Código Civil²³⁴ nos dice que es una obligación de la sociedad de gananciales el cumplir con la pensión alimenticia que uno de los cónyuges esté comprometido a pagar a favor de otros alimentistas, notemos que la sociedad de gananciales está formada por todos los bienes adquiridos dentro del matrimonio, lo que implica que uno de ellos, va a tener que soportar parte del peso económico de una pensión alimenticia sin tener ningún vínculo biológico, jurídico o social, peor aún si consideramos el caso de que el cónyuge que está directamente obligado a la pensión alimenticia decide no trabajar en actividades remuneradas, sino que realiza un trabajo doméstico no remunerado.

²³³ SALA III DE LA CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA (Dres. Virgilio Alejandro Galanti -Presidente-, Valentina Ramirez Amable y Andrés Manuel Marfil). G. P. V. S. c/O. C. V. s/ordinario impugnación de paternidad. 20 de febrero del 2017.

²³⁴ “**Artículo 316.-** Son de cargo de la sociedad: (...) 2.- Los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas (...)”.

Complementando lo dicho, el artículo 350 del Código Civil²³⁵ refiere que cuando se declara el divorcio sanción, si el cónyuge inocente no tiene bienes para atender su subsistencia, el cónyuge culpable debe brindar una pensión alimenticia. En otras palabras, con el divorcio se disuelve el vínculo jurídico que unía a los cónyuges, pero a pesar de ello, el legislador busca socorrer al cónyuge inocente y le asigna una pensión alimenticia sin la existencia de un vínculo jurídico que los una.

Lo dicho anteriormente nos podría llevar a concluir que esta pensión alimenticia tiene el carácter de sanción para el cónyuge culpable; sin embargo, ello no es así, debido a que este mismo artículo señala que cuando el ex cónyuge culpable del divorcio es indigente, debe ser socorrido por el ex cónyuge, aunque sea inocente del divorcio. En otras palabras, no hay vínculo jurídico que una a los ex cónyuges, tampoco es culpable del divorcio, pero debe socorrer a su ex cónyuge con una pensión alimenticia por el principio de solidaridad.

De todo lo dicho podemos concluir que en nuestro sistema legal se han introducido supuestos específicos en los cuales, a pesar de no existir vínculos biológicos o jurídicos, o, que estos últimos ya se hayan extinguido, el legislador otorga una prolongación del derecho alimentario en virtud del principio de solidaridad. En este sentido, conforme a la experiencia comparada de Colombia y Argentina, considero que se debe incluir la posibilidad de que habiéndose amparado la demanda en un proceso de impugnación de paternidad, el juez pueda regular de manera temporal la prolongación de una pensión alimenticia en favor del niño, niña y adolescente que haya perdido a su padre, por lo menos, hasta que se descubra su paternidad biológica.

²³⁵ **Artículo 350.-** Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer.

Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél.

El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente.

El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio.

Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias.

Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.

CONCLUSIONES

1.- En Grecia la institución familiar estaba ligada al patrimonio, en Roma se resaltaba la agrupación de personas en virtud de un jefe y en los pueblos germánicos se vinculaba al parentesco; pero es recién en la época medieval en donde su extensión se reduce, por lo que por siglos se sostuvo que la institución familiar se centraba en el matrimonio. No obstante, resulta claro que en la actualidad con las uniones de hecho, las familias monoparentales e incluso las técnicas de reproducción humana asistida se está cuestionando y poniendo en duda a estos conceptos tradicionales. Así, la protección de la institución familiar se ve en constante conflicto entre los vínculos biológicos, jurídicos y hasta afectivos.

Es en este contexto que los conflictos se vienen resolviendo de manera contradictoria entre los tribunales extranjeros. Así por ejemplo, se ha encontrado que, en algunos casos, en Argentina, Chile, Ecuador y Colombia se ha amparado la demanda de cuestionamiento de la paternidad, privilegiando a la verdad biológica o identidad genética; mientras que en otros casos, en estos mismos países se ha rechazado la demanda. En efecto, se han encontrado casos en los que, en la misma Argentina se privilegió el estado de familia del niño, en Chile la estabilidad emocional del niño, en España la seguridad jurídica y afectiva del niño y en Brasil la relación socioafectiva que ya ha formado el niño.

2.- El creciente respeto a la persona humana y a su dignidad hacen que diversas Cortes o Tribunales Constitucionales vayan identificando el derecho a tener una familia como derecho fundamental. Es importante referir que si bien la mayoría de casos están referidos a niños, niñas y adolescentes, la titularidad del mismo corresponde a cualquier persona. Asimismo, este derecho comprende, de un lado, una dimensión negativa que lleva a la prohibición para el Estado de interferir arbitrariamente en el derecho a disfrutar de una familia y, de otro, una dimensión positiva, por la que el Estado debe fomentar la primacía de la persona y de su unidad familiar, para lo cual está obligado a reconocer los nuevos lazos familiares, es así que el concepto tradicional de familia nuevamente se ve cuestionado, pero en esta oportunidad, desde el ámbito constitucional y del derecho internacional. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que el concepto de familia no puede restringirse a relaciones tradicionales surgidas por el matrimonio, e incluso, no se puede restringir a relaciones heterosexuales. Situación similar tenemos en nuestro país, en donde el Tribunal Constitucional ha manifestado que el derecho a tener una familia es un derecho constitucional derivado del principio - derecho de la dignidad de la persona humana y que el concepto de familia no puede restringirse a lazos biológicos o jurídicos, sino que prefiere ampliarlo a la existencia de un estado de familia, en donde haya una identidad familiar que sea estable y pública.

3.- Nuestro Código Civil de 1984 cuenta con normas muy restrictivas al cuestionamiento de la paternidad. Asimismo, establecen un plazo de caducidad muy corto tanto para la acción de contestación de paternidad como para la impugnación de paternidad, teniendo en cuenta la certeza filial sin haber considerado otras situaciones que pueden afectar aún más al niño, niña y adolescente. También declaran irrevocable el reconocimiento de paternidad y prohíben al esposo negar su paternidad si sabía que el hijo no era suyo. Se trata pues de normas restrictivas en las que el legislador pretende proteger al niño, niña y adolescente, porque si bien se reconoce la posibilidad de que haya discrepancia entre la filiación biológica y la filiación jurídica, se prefiere restringir el cuestionamiento de la paternidad para garantizar una certeza filiatoria. Sin embargo, en la actualidad resulta innegable que los contenidos de estos artículos requieren ser evaluados en el marco de

una reforma normativa, más aun habiendo transcurrido más de treinta años desde su emisión.

4.- En las sentencias de casación emitidas por la Corte Suprema desde el año 2010 hasta el año 2015 se ha podido observar la existencia de serias contradicciones. Si bien en la mayoría de ellas se han dejado de aplicar las normas del Código Civil restrictivas al cuestionamiento de la paternidad en virtud de la defensa irrestricta del derecho a la verdad biológica del niño, niña y adolescentes; también se han apreciado sentencias en las que se ha utilizado el principio de no ir en contra de los actos propios para defender a la filiación ya declarada. Es importante tener en cuenta que en las sentencias a favor de la verdad biológica y en las sentencias a favor de la filiación ya declarada se alega la defensa del interés superior del niño, niña y adolescente. Lo expuesto nos hace concluir que se está aplicando este principio de manera abstracta y sin tener en cuenta las características especiales de cada caso en concreto, lo que se corrobora en el hecho de que no se haya buscado escuchar a los menores de edad cuya paternidad está en disputa.

5.- De la revisión de las sentencias emitidas por la primera y segunda instancia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa durante los años 2010 a 2015 se tiene que, en todos los casos, se habría dejado de aplicar las normas restrictivas al cuestionamiento de la paternidad contenidas en el Código Civil de 1984, a fin de poder emitir pronunciamiento sobre el fondo. Sin embargo, si bien en la mayoría de sentencias se ha hecho prevalecer los resultados de la prueba del ADN para excluir la paternidad y defender la verdad biológica; existen sentencias en las que la demanda no fue amparada, sea porque se buscó privilegiar el estado de familia del niño, niña y adolescente, o porque este niño, niña y adolescente no quiso someterse a la prueba del ADN y el juez no estableció consecuencias negativas de esta conducta. Cabe sin embargo referir que las pocas sentencias que no ampararon la demanda fueron emitidas en primera instancia y declaradas nulas por la segunda instancia.

6.- Una solución adecuada debe tener en consideración que el Tercer Pleno Casatorio Civil establece que el juez debe tener una función tuitiva cuando se está frente a un proceso en el que se discuten problemas o conflictos familiares. Es por ello que autoriza a que se flexibilicen los principios procesales e incluso, obliga a que se busquen los petitorios implícitos. Sin embargo, cuando se está frente a casos en los que el conflicto afecta no solo a los miembros de una familia, sino que esos miembros de la familia son niños, niñas y adolescentes, la función tuitiva del juez debe orientarse no sólo a flexibilizar normas procesales, sino a que se trate el proceso con un enfoque humano, otorgando al juez de familia la facultad de dictar medidas de protección a los niños, niñas y adolescentes sin que haya pedido de parte. Cabe mencionar que el propio Tribunal Constitucional no solo ha reconocido la función tuitiva del juez de familia, sino que ha ampliado la potestad de flexibilización de las normas procesales a cualquier tipo de norma con el fin de lograr decidir por lo más favorable a los niños, niñas y adolescentes. Se debe otorgar un rol fundamental a los jueces de familia en el análisis de situaciones como éstas, modificándose las normas del Código Civil referidas al cuestionamiento de la paternidad buscando que esta regulación legal sea más básica y principista, en el marco de la constitucionalización del derecho y, por ende, en concordancia con el respeto de los derechos fundamentales.

7.- Otro aspecto que se debe tener en consideración para resolver el problema materia de investigación es que tanto la verdad biológica como la filiación social, afectiva o de crianza, forman parte de un mismo derecho fundamental que es el derecho a la identidad

de la persona menor de edad. En tal sentido, no existe en estricto un conflicto que pueda ser resuelto con el test de proporcionalidad, debiéndose atender más bien a aquella decisión que proteja este derecho de la mejor manera y de manera integral.

Sin embargo no se puede negar que este derecho fundamental a la identidad de los niños, niñas y adolescentes puede, en situaciones concretas, llegar a estar en conflicto con otros derechos fundamentales de los demás sujetos procesales. Tal podría ser el caso, por ejemplo, del conflicto con el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad de quien solicita que se lo declare padre o de quien solicita ya no seguir siendo considerado como tal, o, el conflicto con el derecho fundamental a la intimidad genética de quién ha reconocido al menor sin ser su padre biológico. En estos casos resultará necesario aplicar el test de proporcionalidad a fin de buscar una solución en la que no sólo se privilegie el interés superior del niño, sino que además sea proporcional a los derechos fundamentales de los demás sujetos procesales.

8.- Una adecuada solución al problema planteado debe considerar que el Código Civil de 1984, en su texto primigenio, no contempló a la prueba del ADN debido a que ésta no existía aun en el momento de su emisión. Es recién en 1997 cuando surgen los proyectos de reforma del Código Civil, y en 1999 se incluye a la prueba del ADN a través de la Ley N° 27048; pero, por su alto costo y por los pocos laboratorios que la practicaban no se hizo obligatorio su sometimiento. Ya en el año 2005, estando a que se había implementado dicha prueba desde hacía casi seis años, se buscó dar solución al problema que generaba el millón y medio de personas que no habían sido reconocidas por su padre. Es en ese contexto en que se convierte a la prueba del ADN en una prueba plena para determinar la paternidad en los procesos de filiación.

A diferencia de lo expuesto, en el cuestionamiento de la paternidad la finalidad de la prueba del ADN ya no sería la de buscar solución para el millón y medio de personas sin declaración de paternidad. Por el contrario, su finalidad sería la de desconocer la paternidad que se ostenta. En consecuencia, el carácter de prueba plena que se le da al ADN en los procesos de filiación es importante y vital para solucionar el problema antes descrito, pero este mismo carácter de prueba plena no se puede aplicar a los casos en que lo que se cuestiona es la paternidad, ya que se trata de finalidades totalmente diferentes. Por ello, en los casos de cuestionamiento de paternidad resulta necesario revisar en cada caso concreto, la protección de los derechos de las personas, y todos los medios probatorios existentes en el proceso.

9.- Tanto el ordenamiento supranacional como el ordenamiento interno han considerado que, en las discusiones sobre algún conflicto referido a un niño, niña y adolescente, los jueces deben, necesariamente, tener en consideración el principio del Interés Superior del niño, niña y adolescente, interés superior que, entre otros aspectos, significa que si tenemos alguna duda en la interpretación de una norma, la interpretemos de la manera que favorezca más al niño y al adolescente o a la satisfacción de todos sus derechos fundamentales. En tal sentido, resulta claro que el padre, madre o responsable de su tutela, no debe supeditar la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su voluntad, por el contrario, deben buscar la satisfacción plena de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. Lo expuesto sin embargo no debe considerarse como una prevalencia absoluta de los intereses y derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes frente a todos los intereses y derechos fundamentales de terceros. En efecto, existen casos de conflicto entre derechos fundamentales de las partes involucradas que deben ser solucionados a través del test

de proporcionalidad. En tal sentido, todos los jueces están obligados a aplicar el interés superior del niño, niña y adolescente, pero esta aplicación debe realizarse según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración aspectos como el grado de madurez del niño, niña o adolescente; la necesidad de atenciones y cuidados especiales; la situación concreta en que se encuentra y la afectación de otros derechos fundamentales.

10.- Una solución proporcional y tuitiva debe dejar de considerar al niño, niña y adolescente como objeto de tutela, debido a que esta concepción no sólo ha sido superada doctrinaria y legislativamente, sino que considerarlos de esta manera es encadenar a los hijos a las decisiones de los padres o a los criterios de los jueces, anulando su participación en temas de directo interés que preocupan más al propio menor de edad que al deseo de los padres o jueces. En este sentido, considero que la definición de sujetos de derecho conlleva un respeto irrestricto a los derechos fundamentales por lo que es necesario escuchar al niño, niña y adolescente para garantizar su derecho de defensa.

11.- El ordenamiento legal nacional e internacional ha establecido que, antes de emitir un pronunciamiento judicial, el juez debe tomar en cuenta la opinión de los menores de edad involucrados a fin de conocer cuál es su pensamiento y sus sentimientos. En este sentido, cuando en las sentencias encontradas no se ha tomado en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente, se contraviene la legislación nacional e internacional, demostrando que aún mantenemos rezagos jurisprudenciales de la teoría del niño como objeto de tutela. Por otro lado, se debe tener en consideración que los niños, niñas y adolescentes deben estar debidamente informados sobre los alcances del proceso, sobre la toma de muestras para la prueba de ADN y las consecuencias que se podrían derivar. En este sentido, no basta escucharlos, sino que por la función tuitiva del juez de familia, éste debe buscar, en el marco del principio de evolución de facultades, que los niños, niñas y adolescentes presten un consentimiento informado y además, debe buscar que estén psicológicamente preparados para afrontar esta nueva situación paternal.

12.- En virtud de la función tuitiva del juez de familia, es necesario que se evalúe el estado de familia antes de resolver un cuestionamiento de paternidad. Así, de haberse acreditado dicho estado de familia, el juzgador deberá merituar si conocer la verdad biológica del niño, niña y adolescente podría ser contraproducente para su desarrollo integral (sobre todo emocional o psicológico) y adoptar medidas para amenguar estos efectos.

Asimismo, estando a que en nuestro sistema legal se han introducido supuestos específicos en los cuales, a pesar de no existir vínculos biológicos o jurídicos, o, que estos últimos ya se hayan extinguido, el legislador otorga una prolongación del derecho alimentario en virtud del principio de solidaridad, también se debe incluir la posibilidad de que, ante un proceso de impugnación de paternidad, el juez pueda regular de manera temporal la prolongación de una pensión alimenticia en favor del niño, niña y adolescente que haya perdido su paternidad, por lo menos, hasta que se conozca su paternidad biológica.

13.- La identidad genética juega un papel fundamental, más aún ante los recientes avances científicos. Sin embargo, si bien en principio la regla debe ser el reconocimiento de filiación en base a la identidad genética, ella no es *per se* determinante de toda filiación, sino sobre todo: a) de aquella que permite establecer la paternidad en aquellos casos en que no se ha reconocido de manera voluntaria y se carece de progenitor, b) de aquellos

casos en que se busca garantizar la identidad genética y familiar cuando de facto se vienen ejerciendo (por ejemplo mujer separada de su marido que hoy vive con el padre de su hijo y con éste) y en los que formalmente la paternidad la tiene el esposo, se trata aquí de facilitar la adecuación legal a la real o social; o c) cuando el niño/a quiere conocer quién es su padre o madre (lo que no necesariamente tiene que implicar filiación, como ocurre en Brasil), en cuyo caso de lo que se trata es de garantizar el derecho fundamental a la identidad del niño, niña y adolescente.



BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR LLANOS, Benjamin (2008). La familia en el Código Civil Peruano. EDILEGSA E.I.R.L., Perú.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía (1994), Derecho de familia y sucesiones, Harla S.A., México.

BARBERO, Doménico (1967). Sistema del Derecho Privado. Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa – América. Argentina.

BORDA, Guillermo A. (1984). Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo II. Séptima Edición. Editorial Perrot. Argentina.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2002). ¿EN QUÉ CASO EL JUEZ RESUELVE DAR LA TENENCIA DE LOS HIJOS AL PAPÁ? EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS CRITERIOS A TENER EN CUENTA PARA EL OTORGAMIENTO DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS A FAVOR DEL PADRE. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 50 - Noviembre del 2002. Edición virtual.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2003). CASO EN QUE EL PADRE TIENE UN NUEVO COMPROMISO - CUANDO LA DEMANDA DE TENENCIA SOLICITADA POR LA ABUELA ES DESESTIMADA ¿A QUIÉN CORRESPONDE EJERCER LA TENENCIA? Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 54 - Marzo del 2003. Edición virtual.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “Causales de improcedencia de la acción contestatoria”, Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial”, Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

CALDERÓN BELTRÁN, Javier Edmundo (2011). ¿LA MADRE CRÍA, EL PADRE PROVEE?. Desterrando mitos respecto de la tenencia. Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 159 - Diciembre del 2011. Edición Virtual.

CARMONA LUQUE, María del Rosario (2011). La Convención sobre los derechos del Niño: Instrumento de progresividad en el derecho internacional de los derechos humanos. Editorial Dykinson. España.

CICU, Antonio (1930). La filiación. Traducido por GIMÉNEZ ARNAU, Faustino y SANTACRUZ TEIJEIRO, José. Revista de Derecho Privado. España.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1 del 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2 y 18.3.3, ratificada mediante resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), del 10 de agosto de 2010.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1988). Exposición de motivos y comentarios del Libro de Familia del Código Civil de 1984. Tomo IV. Compiladora REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L. Perú.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor (1998). Derecho familiar peruano. Tomo I. Novena Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2005). Derecho y derechos de la familia. Editorial Grijley. Perú.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). INTERESES Y DERECHOS EN COLISIÓN SOBRE LA IDENTIDAD DEL PROGENITOR BIOLÓGICO: LOS SUPUESTOS DE LA MADRE SOLTERA Y DEL DONANTE DE GAMETOS. *Ius et Praxis* [online]. 2010, vol.16, n.2, pp. 57-88. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000200003>. [2016-01-04]

DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. 17a A SESIÓN (Matinal) JUEVES, 28 DE MAYO DE 1998: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/\\$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf)> (Consultada por última vez el 17/03/2018).

DIARIO DE DEBATES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. 18.a B SESIÓN (Vespertina) Jueves 4 de noviembre de 2004: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/\\$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/3b073fcc8c17aebc05257dab00574adc/$FILE/SLO-1997-17A-2805.pdf)> (Consultada por última vez el 17/03/2018).

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique (1953). Tratado de Derecho de Familia. Tomo I. Tipografía Editora Argentina. Argentina.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y COMENTARIOS (1988). Tomo IV. Segunda Edición. Compiladora REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Grafotecnia Editores e Impresores. Perú.

FARIAS, Cristiano Chaves y ROSENVALD, Nelson (2010). Direito das Famílias, 2. ed. rev. ampl. e atual, Editora Lumen Juris, Brasil.

FERNANDEZ CLERIGO, Luis (1947). El derecho de la familia en la legislación comparada. Unión tipográfica Editorial Hispano-Americana. México.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2015). Derecho a la identidad personal. Segunda Edición. Editorial del Instituto Pacífico. Perú.

GARCÍA GUTIERREZ, Juan (2007). "Una vos para la infancia, génesis y desarrollo de la noción de "interés superior del niño"". En: Los derechos de los niños: responsabilidad de todos. Universidad de Murcia. Servicio de publicaciones. España.

GUTIERREZ ENRIQUEZ, M. Tatiana (2013). Tesis para optar el grado de magister en Derecho Civil. Asesor Dr. Leysser L. León Hilario. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5198/GUTIERREZ_E

[NRIQUEZ TATIANA NEGOCIOS JURIDICOS.pdf?sequence=7&isAllowed=y>](#)
(04/07/2018), pp. 50-51.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, en La Ley 08/10/2014.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. El nuevo derecho de familia: visión doctrinal y jurisprudencial. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez. Colombia (2010).

LÔBO, Paulo (2011). Direito civil. Familias. Cuarta Edición. Brasil. Editora Saraiva.

MADALENO, Rolf (2009). Curso de direito de família, 3. ed. rev., atual. e ampl., Brasil.

MARTÍN LÓPEZ, Enrique (2000). FAMILIA Y SOCIEDAD. Una introducción a la sociología de la familia. Instituto de Ciencias para la familia. Universidad de Navarra. Ediciones Rialp. S.A. España.

MENDIZABAL BERMUDEZ, Gabriela y ROSALES ZARCO, Héctor (2006). “La maternidad en el derecho de familia y de la Seguridad Social”. Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Tomo II. Coordinadora: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
MINRYERSKY, Nelly (2009). Artículo en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”. Abeledo Perrot. Argentina.

MONGE TALAVERA, Luz (2010). Plazo para interponer la acción contestatoria. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú.

MORALES HERVIAS, Rómulo (2007). Nuevas Perspectivas del Negocio Jurídico. Publicado en: Derecho & Sociedad. Asociación Civil. Año XVIII N° 28. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú.

MORALES HERVIAS, Rómulo (2014). “¿La impugnación o la invalidez de los negocios jurídicos unilaterales colegiales asociativos”. Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 190. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

MORALES HERVIAS, Rómulo (2014). “La desnaturalización de la categoría del negocio jurídico por obra y gracia del Quinto Pleno Casatorio Civil”. Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 192. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

PARRA BENÍTEZ, Jorge (2008). Derecho de Familia. Editorial Temis. Colombia.

PAVON, Cirilo (1946). Tratado de la familia en el derecho civil argentino. Tomo I. Editorial IDEAS. Argentina.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2003). DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ABORDAGEM PSICANALÍTICA. 2. Ed. Rev. Atual. Ampl. Del Rey. Brasil.

PLÁCIDO VILCACHAHUA, Alex (2010). “Impugnación del reconocimiento”. Publicado en: Código Civil comentado. Tomo II. Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

QUEROL FERNANDEZ, Francisco (2000). La filosofía del derecho de K. CH. F. KRAUSE. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta. Universidad Pontificia Comillas. España.

RAMIREZ JIMENEZ, Nelson (2014). "Impugnación de acuerdos: Comentarios a la sentencia del Quinto Pleno Casatorio". Publicado en: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 192. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac (2012). "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término". Publicado en: Educatio Siglo XXI N° 30.2. Facultad de educación de la Universidad de Murcia. España.

SALAZAR VARGAS, Jorge. Proyecto de ley N° 2481/96-CR. Publicado en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/b285b732a9c7bb8b05257dab004c8aaa/\\$FILE/PL02481050297.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/tradoc_condoc_1995.nsf/0/b285b732a9c7bb8b05257dab004c8aaa/$FILE/PL02481050297.pdf) (Consultada por última vez el 17/03/2018).

SCOGNAMIGLIO, Renato (2004). Contribución a la teoría del Negocio Jurídico. Edición, traducción y notas de LEÓN, Leysser. Editorial Grijley. Perú.

SEREJO, Lourival (2005). "O parentesco socioafectivo como causa de inelegibilidade", en: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família / Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), Sao Paulo, IOB Thomson.

SILVERINO BAVIO, Paula (2010). El derecho ante la diversidad; la transexualidad y el derecho a la identidad sexual en la jurisprudencia argentina. Publicado en IUS ET VERITAS. Número 41. Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.

SIMON CAMPAÑA, Farith (2015). INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: Técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva (A propósito de los conceptos jurídicos indeterminados y la arbitrariedad en su aplicación). Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador.

SOKOLICH ALVA, María Isabel (2013). La Aplicación Del Principio Del Interés Superior Del Niño Por El Sistema Judicial Peruano. Publicado en: VOX JURIS ISSN: 1812-6804 Volumen 25, Número 1: 2013. Editorial de la Universidad de San Martín de Porres. Perú.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1946). Derecho de familia. Editorial Nascimento. Chile.

SUAREZ FRANCO, Roberto (2001). Derecho de familia. Tercera edición. Tomo II. Editorial Temis S.A., Colombia.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Plazo para negar el reconocimiento. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2010). Reconocimiento como acto puro e irrevocable. En: Código Civil comentado. Tomo II. Editorial Gaceta Jurídica. Tercera Edición. Perú.

VEGA MERE, Yuri (2003). Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Editorial Normas Legales. Perú.

VEGA MERE, Yuri (2003). Las nuevas fronteras del Derecho de Familia. Editorial Normas Legales. Perú.

VIDAL RAMIREZ, Fernando (1988). Exposición de Motivos y comentarios al Libro II del Código Civil. Acto Jurídico. Código Civil. Tomo IV. Segunda Edición. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Grafotecnia Editores e Impresores. Perú.



SENTENCIAS ANALIZADAS

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jueces: Sergio García Ramírez, Alirio Abreu Burelli, Oliver Jackman, Antônio A. Cançado Trindade, Cecilia Medina Quiroga, Manuel E. Ventura Robles y Alejandro Montiel Argüello). CASO DE LAS HERMANAS SERRANO CRUZ VS. EL SALVADOR. Sentencia de 1 de marzo de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jueces: Cecilia Medina Quiroga, Diego García-Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Margarette May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet y Rosa María Álvarez González). CASO GONZALES Y OTRAS (“CAMPO ALGODONERO”) VS. MÉXICO. Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jueces: Diego García-Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco, Margarette May Macaulay y Rhadys Abreu Blondet). CASO ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Jueces: Roberto F. Caldas; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; Manuel E. Ventura Robles; Diego García-Sayán, Juez; Alberto Pérez Pérez, Juez, y Eduardo Vio Grossi). CASO DUQUE VS. COLOMBIA. Sentencia de 26 de febrero de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani), EXPEDIENTE NÚMERO 00550-2008-PA/TC del 17 de septiembre del 2010.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXPEDIENTE NÚMERO 04493-2008-PA/TC del 30 de junio del 2010.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani) EXPEDIENTE NÚMERO 02132-2008-PA/TC del 9 de mayo del 2011.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Álvarez Miranda y con los votos singulares de los Magistrados Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Calle Hayen). EXPEDIENTE NÚMERO 579-2008-PA/TC del 5 de junio del 2008.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma), EXPEDIENTE NÚMERO 0016-2002-AI/TC del 30 de abril del 2003,

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano,

Gonzales Ojeda y García Toma). EXPEDIENTE NÚMERO 0008-2003-AI/TC del 11 de noviembre del 2003.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma). EXPEDIENTE NÚMERO 0018-2003-AI/TC del 26 de abril del 2004.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXPEDIENTE NÚMERO 045-2004-PI/TC del 29 de octubre del 2005.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini; Bardelli Lartirigoyen; Vergara Gotelli y Landa Arroyo), EXPEDIENTE NÚMERO 003-2005-PI/TC del 9 de agosto del 2006.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXPEDIENTE NÚMERO 1209-2006-PA/TC del 14 de marzo del 2006.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez), EXPEDIENTE NÚMERO 00007-2006-PI/TC del 22 de junio del 2007.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vicepresidente; Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXPEDIENTE NÚMERO 00017-2008-AI/TC del 15 de junio del 2010.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo) EXPEDIENTE NÚMERO 00034-2004-PI/TC del 15 de febrero del 2005.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez), EXPEDIENTE NÚMERO 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre del 2006.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli) EXPEDIENTE NÚMERO 0012-2010-PI/TC del 11 de noviembre del 2011.

PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo). EXPEDIENTE NÚMERO 2273-2005- PHC/TC del 20 de abril del 2016.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Álvarez Miranda, Mesía Ramírez y Beaumont Callirgos) EXPEDIENTE NÚMERO 04509-2011-PA/TC del 11 de julio del 12.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (LANDA ARROYO, BEAUMONT CALLIRGOS Y ETO CRUZ). EXPEDIENTE NÚMERO 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre del 2007.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz). EXPEDIENTE NÚMERO 06572-2006-PA/TC del 06 de noviembre del 2007.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Miranda Canales, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez), EXPEDIENTE NÚMERO 05312-201 I -PA/TC del 21 de julio del 2014.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Urviola Hani, Vergara Gotelli y Calle Hayen) EXPEDIENTE NÚMERO 01905-2012-PHC/TC del 17 de octubre del 2012.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli y Calle Hayen, y el voto dirimente del magistrado Mesía Ramírez). EXPEDIENTE NÚMERO 00272 2013-PHC del 18 de marzo del 2014.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Calle Hayen, Álvarez Miranda y Eto Cruz), EXPEDIENTE NÚMERO 02079-2009-PHC/TC del 9 de septiembre del 2010.

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz), EXPEDIENTE NÚMERO 00815-2007-PHC/TC del 7 de diciembre del 2009.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA y GARCÍA TOMA). EXPEDIENTE NÚMERO 2868-2004-AA/TC del 24 de noviembre del 2004.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Beaumont Callirgos, Mesía Ramírez y Eto Cruz). EXPEDIENTE NÚMERO 00325-2012-PHC/TC del 29 de octubre del 2013.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Blume Fortini, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera). EXPEDIENTE NÚMERO 0 06233-2013-PA/TC, del 7 de enero del 2016.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Eto Cruz, Vergara Gotelli y Urviola Hani). EXPEDIENTE NÚMERO 04227-2010-PHC/TC del 06 de septiembre del 2011.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda). EXPEDIENTE NÚMERO 04058 2012-PA/TU del 30 de abril del 2014.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz). EXPEDIENTE NÚMERO 1817-2009-HC/TC del 07 de octubre del 2009.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli), EXPEDIENTE NÚMERO 4646-2007-PA/TC del 17 de octubre del 2007.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL DEL PERÚ (Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda), EXPEDIENTE NÚMERO 01126-2012-PA/TC del 6 de marzo del 2014.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (Vergara Gotelli, Álvarez Miranda y Urviola Hani) EXPEDIENTE NÚMERO 02892-2010-PHC/TC del 06 de diciembre del 2010.

SENTENCIAS DE CASACIÓN

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA (Ponente SANCHEZ-PALACIOS PAIVA). CASACIÓN N° 2655-2008 LIMA, publicada el 1 de febrero de 2010, pp. 27306 a 27309.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (ponente el señor Juez Supremo Calderón Puertas). CASACIÓN N° 3797-2012 AREQUIPA, publicada el 30 de setiembre de 2014, pp. 56829-56834.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente el Señor Castañeda Serrano). CASACIÓN N° 3801-2010 PUNO, publicada el 2 de diciembre de 2013, pp. 45307- 45313.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente el señor Juez Supremo Ponce de Mier), CASACIÓN N° 1597-2010-ICA, publicada en la Separata Especial de Sentencias de casación del Diario Oficial El Peruano el 31 de enero del 2013 en las páginas 38888 a 38889.

SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (ponente la Jueza Suprema señora del Carpio Rodríguez), CASACIÓN N° 950-2016 AREQUIPA publicada el 31 de agosto del 2017, pp. 95698 - 95701.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina), CASACIÓN N° 864-2014-ICA publicada el 30 de diciembre de 2014, pp. 59795 – 59797.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina). CASACIÓN N° 1602-2011 LIMA, publicada el 1 de octubre de 2012, pp. 37260-37261.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Cunya Celi). CASACIÓN N° 2245-2014 SAN MARTÍN, publicada el 30 de abril de 2015, pp. 61936-61938.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Pajares Paredes). CASACIÓN N° 2390-2004-ICA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 31 de julio del 2006, p. 16593.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Miranda Molina). CASACIÓN N° 968-2010-PIURA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 30 de enero del 2012, p. 33256.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Ticona Postigo). CASACIÓN N° 2112-2009 CALLAO, publicada el 1 de octubre de 2010, pp. 28523 a 28524.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema). CASACIÓN N° 2726-2012-DEL SANTA, publicada en la Separata del Diario Oficial El Peruano el 2 de enero del 2014, p. 46783.

SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA (Ponente Señor Ponce De Mier), CASACIÓN N° 1621-2012-LIMA, publicada en la Separata Especial de Sentencias de casación del Diario Oficial El Peruano el 30 de abril del 2013, en las páginas 40453 y 40455.

SALAS CIVILES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (Ponente el señor Juez Supremo Víctor Ticona Postigo). CASACIÓN N° 4664-2010-PUNO del 18 de marzo del 2011.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA

CUARTA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior ponente Zamalloa Campero). Expediente N° 04067-2010-0-0401-JP-FC-01 del 8 de marzo del 2013.

CUARTO JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01125-2010-0-0401-JR-FC-04 del 9 de marzo del 2012.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02424-2010-0-0401-JR-FC-02 del 12 de mayo del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00437-2011-0-0401-JR-FC-02 del 12 de mayo del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00269-2012-0-0401-JR-FC-04 del 7 de enero del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00845-2011-0-0401-JR-FC-02 del 17 de marzo del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01541-2011-0-0401-JR-FC-04 del 15 de mayo del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02095-2011-0-0401-JR-FC-04 del 26 de mayo del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 25 de agosto del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03806-2011-0-0401-JR-FC-01 del 7 de enero del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03837-2009-0-0401-JR-FC-01 del 16 de julio del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 03949-2011-0-0401-JR-FC-02 del 10 de enero del 2014.

JUZGADO DE FAMILIA TRANSITORIO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 13 de mayo del 2014.

PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 00984-2011-0-0401-JR-FA-01 del 7 de junio del 2012.

PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 2010-1340-0-0401-JR-FA-01 del 12 de marzo del 2012.

PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 2903-2010 del 5 de marzo del 2012.

PRIMER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 04067-2010-0-0401-JP-FC-01 del 16 de agosto del 2012.

PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Jueza Superior ponente: VALENCIA DONGO). Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 15 de abril del 2015.

SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente: Marroquín Mogrovejo). Expediente N° 01304-2013-0-0401-JR-FC-04 del 25 de marzo del 2015.

SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Marroquín Mogrovejo, Rivera Dueñas y Burga Cervantes). Expediente N° 001957-2010-0-0401-JR-FC-02 del 31 de enero del 2013.

SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente, Bustamante Zegarra). Expediente N° 02969-2010-0-0401-JR-FC-03 del 8 de mayo del 2012.

SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior Ponente: Bustamante Zegarra). Expediente N° 02424-2010-0-0401-JR-FC-02 del 8 de abril del 2015.

SEGUNDA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Bustamante Zegarra). Expediente N° 00845-2011-0-0401-JR-FC-02 Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 30 de septiembre del 2014.

SEGUNDO JUZGADO DE FAMILIA Expediente N° 001957-2010-0-0401-JR-FC-02 del 8 de agosto del 2011.

TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02969-2010-0-0401-JR-FC-03 del 23 de septiembre del 2011.

TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 02163-2008-0-0401-JR-FC-03 del 3 de junio del 2013.

TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA. Expediente N° 01079-2011-0-0401-JR-FC-03 del 15 de marzo del 2012.

TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Yucra Quispe). Expediente N° 00904-2011-0-0401-JR-FC-02 del 07 de abril del 2015.

TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA (Juez Superior ponente señor: Zamalloa Campero). Expediente N° 01125-2010-0-0401-JR-FC-04 del 21 de agosto del 2012.

SENTENCIAS DE ARGENTINA

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA – I DE ARGENTINA (Dr. Jorge D. PASCUARELLI, Dra. Cecilia PAMPHILE y Dra. Mónica MORALEJO - Secretaria). B., A. c/ G. V. C. s/ Impugnación Paternidad Extramatrimonial". Exp. N°. 172/09. 23 de agosto del 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA (Pettigiani, de Lázzari, Negri, Hitters, Kogan, Soria). Causa C. 97.295 del 21 de marzo 2012, fundamento II del Voto del señor Juez Eduardo Nestor de Lazzari.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA (Voto concurrente de los Sres. Barra y Fayt). C. 316:479 "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar" del 6 de abril de 1993.

SALA 1 DE LA EXCMA. CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA (Eduardo D. FERNÁNDEZ MENDIA y Dra. Elena Victoria FRESCO). FALLO: 16332/10: SORIA, Gastón Nicolás c/PEREZ EBERTS, Yesica Romina y PERALTA, Carlos Alberto s/Impugnación de paternidad y Filiación de 02 de septiembre del 2012.

SALA III DE LA CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ARGENTINA (Dres. Virgilio Alejandro Galanti -Presidente-, Valentina Ramirez Amable y Andrés Manuel Marfil). G. P. V. S. c/O. C. V. s/ordinario impugnación de paternidad. 20 de febrero del 2017.

SENTENCIAS DE COLOMBIA

SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia T-506/16 del 16 de septiembre del 2016.

SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia T-292/16. 2 de junio del 2016.

SALA CUARTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Antonio José Lizarazo Ocampo). Sentencia T-177/17. 24 de marzo del 2017.

SALA NOVENA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-955/13. 19 de diciembre del 2013.

SALA NOVENA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente Sr. Luis Ernesto Vargas Silva). Sentencia T-044/14 del 31 de enero del 2014.

SALA OCTAVA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Humberto Antonio Sierra Porto). Sentencia T-572/09 del 26 de agosto del 2009.

SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Sentencia C-577/11 del 26 de julio del 2011.

SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Sr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Sentencia C-258/15. 6 de mayo del 2015.

SALA QUINTA DE REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio). Sentencia T-071/12 de 15 de febrero del 2015.

SENTENCIAS DE CHILE

CUARTA SALA DE LA CORTE SUPREMA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE (Ministros: señor Sergio Muñoz G., señoras María Eugenia Sandoval g., Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., y señor Carlos Cerda F.). Rol 37792-2015. Sentencia del 24 de agosto del 2016. Fundamentos del 16 al 19.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Presidente Subrogante señor Juan Colombo Campbell, y por los Ministros señores, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander). Rol N° 1340-9 de 21 de septiembre de 2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Presidente, don Juan Colombo Campbell, y los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán y Francisco Fernández Fredes). Rol N° 834-07 de 13 de mayo de 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (Voto particular concurrente de los ministros señores Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José

Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino). Rol 1881 del 03 de noviembre del 2011.

SENTENCIAS DE ECUADOR

PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (Jueces: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, María del Carmen Maldonado Sánchez, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire). CASO N° 0561-12-EP, SENTENCIA N° 131-15-SEP-CC de 29 de abril del 2015.

PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR (Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Edgar Zarate Zarate y Patricio Pazmiño Freiré). SENTENCIA N.° 0001-11-SIN-CC. CASO N.° 0074-09-IN del 14 de abril del 2011.

SENTENCIAS DE BRASIL

1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS DE BRASIL (DES. GERALDO AUGUSTO). N° 1.0701.06.166161-0/001 de 04 de marzo del 2008.

OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DEL BRASIL (Des. Claudir Fidelis Faccenda). N° 70029363918 de 07 de mayo del 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS DE BRASIL (Des. Humberto Adjuto Ulhôa). N° 1999.06.1.003958-5 del 08 de mayo del 2009.