

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

LA INTANGIBILIDAD DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

DOS CARAS DE UNA MONEDA:

**IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD Y DECLARACIÓN DE
PATERNIDAD EN EL HIJO NACIDO DE MUJER CASADA**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta la Bachiller:

RUTH DEL SOCORRO RAMIREZ ZAPATA

Asesor:

DR. CÉSAR ERNESTO FERNÁNDEZ ARCE

Lima, Abril de 2018



A mis padres Piedad y Ramiro

A mi abuelo Manuel Antonio

A mis pequeños: Molly, Morocha, Maysuri, Monchy

Leo, Moru, Goyi y Peluche

RESUMEN

El tema analizado en esta Tesis, se centra en evidenciar el conflicto aparente entre la declaración de paternidad extramatrimonial y la impugnación de paternidad matrimonial que se origina en el establecimiento del origen biológico de una persona, en este caso, de los hijos extramatrimoniales habidos por mujer casada con tercera persona, para quienes el Código Civil establece que se le atribuye la paternidad al esposo de ésta, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte de él, siendo suficiente en el registro, que la madre lo inscriba como hijo de ambos.

Este ensayo pretende demostrar la carencia de regulación adecuada de nuestro ordenamiento para circunstancias en las que el hijo quiere impugnar su filiación matrimonial y que se le reconozca como hijo de su padre biológico y también para aquellas situaciones en las que el padre biológico quiere impugnar tal filiación establecida y reconocer a su hijo legalmente; y a quienes se le niega tal pretensión con el argumento legal de la norma sustantiva, que solo le concede legitimidad al esposo de la madre, sin importar que haya un padre con voluntad firme de formalizar y responsabilizarse por su paternidad, el cual está habilitado para cuestionar dicha presunción legal.

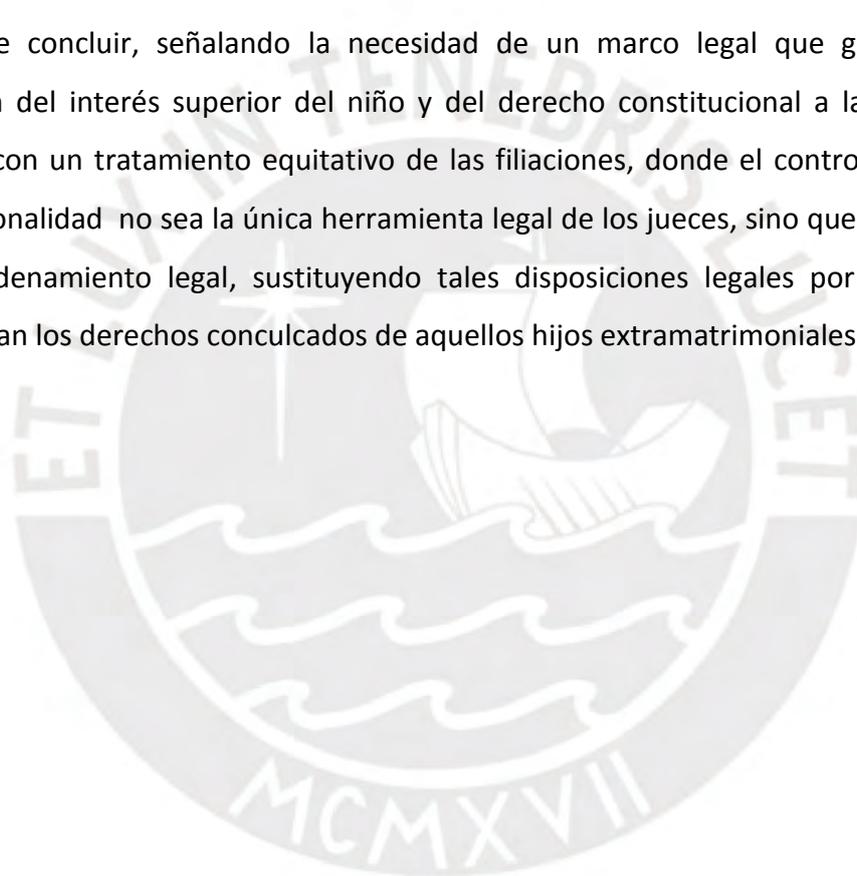
Del mismo modo, evidenciar la dificultad que encuentra la mujer casada en el Registro de Estado Civil e Identificación - RENIEC, para inscribir junto con el padre biológico a su hijo, permitiéndosele a la fecha, solo registrar a su hijo con los datos de su cónyuge, aun existiendo al momento de la inscripción, un vínculo matrimonial disuelto de parte de ella. Y también el inconveniente plasmado en las actas de nacimiento de años anteriores, en las cuales si bien aparecen los datos del padre biológico, solo le permitió suscribirla a la madre, generando a su vez un impedimento para individualizar al sujeto-padre a ser emplazado para el derecho alimentario que le corresponde al menor.

El objetivo principal es distinguir en el análisis casuístico, jurisprudencial, doctrinario, los aspectos comunes y divergentes de la restricción de acceso al derecho a la

identidad en la impugnación de paternidad matrimonial y declaración de paternidad, realizando un cruce normativo, para determinar los supuestos no considerados por la norma y proponer una posible solución al conflicto existente..

El método desarrollado es de índole sistemático, en el cual se identifican las normas existentes para el caso, los patrones que se siguen para la resolución de ese tipo de caso, la aplicación o inaplicación de la regulación, concluyendo con las recomendaciones que contribuyan al ejercicio pleno del derecho a la identidad.

Finalmente concluir, señalando la necesidad de un marco legal que garantice la protección del interés superior del niño y del derecho constitucional a la identidad filiatoria, con un tratamiento equitativo de las filiaciones, donde el control difuso de constitucionalidad no sea la única herramienta legal de los jueces, sino que emane del propio ordenamiento legal, sustituyendo tales disposiciones legales por otras que restablezcan los derechos conculcados de aquellos hijos extramatrimoniales.



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	06
CAPÍTULO 1.- DERECHOS DE REGISTRO.....	14
1.1. El derecho al nombre	
1.2. El derecho a la identidad filiatoria	
1.3. El derecho a la intimidad	
1.4. El derecho a los alimentos	
CAPÍTULO 2.- LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO.....	34
O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA	
2.1 La presunción de paternidad matrimonial	
2.2 La impugnación de paternidad	
2.3 La filiación o declaración de paternidad, la posesión de estado y su legitimación para interponerla como alternativa a la inacción o negativa del esposo	
2.4 Test de razonabilidad: Derechos de familia vs derechos individuales	
CAPÍTULO 3.- RECURSOS LEGALES- ANÁLISIS NORMATIVO.....	54
3.1 La alternativa legal según el Código Civil de 1984	
3.2 El sistema constitucional de filiación en la Constitución Política del Perú de 1993 y el Control Difuso	
3.3 El Código de los Niños y Adolescentes.	
3.4 La Convención sobre los Derechos del Niño.	
CAPÍTULO 4.- RENIEC Y EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DEL HIJO.....	73
O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA	
4.1 Procedimiento en el RENIEC del registro de hijo o hija de mujer casada	
4.2 Derechos que adquiere el hijo o hija respecto al padre biológico luego del registro	
4.3 La inactividad procesal del esposo (padre legal) y sus implicancias en la aceptación de la paternidad.	
CAPÍTULO 5.- JURISPRUDENCIA PERUANA Y COMPARADA SOBRE.....	83
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO O HIJA	
NACIDO DE MUJER CASADA	
5.1 Jurisprudencia Peruana sobre Filiación Extramatrimonial del hijo o hija nacido de mujer casada	
5.2 Jurisprudencia comparada sobre Filiación Extramatrimonial del hijo o hija nacido de mujer casada en Argentina	

CONCLUSIONES	96
RECOMENDACIONES.....	101
ANEXOS-CASUÍSTICA	106
BIBLOGRAFÍA	116



INTRODUCCION

La Filiación es definida como el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre y su madre. Este vínculo jurídico se establece a través del registro civil de nacimiento, que da lugar a la emisión de un documento llamado Acta de Nacimiento, que le permite al niño o a la niña definir su identidad, sus relaciones familiares, disfrutar de sus derechos y ser reconocido como parte de la sociedad. El Código Civil reconoce dos clases de filiación¹: **la filiación por naturaleza y por adopción**, siendo a su vez la filiación por naturaleza, matrimonial (cuando el padre y la madre están casados entre sí) y no matrimonial (cuando el padre y la madre no están casados entre sí, independientemente que alguno o ambos, estén casados con otras personas).

En la búsqueda del conocimiento del origen biológico como fin ulterior, surge un conflicto aparente entre la filiación de hijo extramatrimonial y la impugnación de paternidad matrimonial como dos caras de una misma moneda, pues ambos dan paso a la identidad del ser humano, existiendo como premisa el interés de establecer el verdadero origen de una persona.

Mientras en la filiación o declaración de paternidad extramatrimonial, no existe un vínculo legal entre los progenitores, sea que se trate de una unión de hecho² o de simple convivencia de dos personas libres o no de impedimento, debiendo uno de ellos, solicitarla judicialmente para su hijo; en la impugnación de paternidad matrimonial, si hay un vínculo legal entre dos personas, pero existe la disconformidad

¹ Paredes Gutierrez, Maximo. Informe Reniec 313-2017/GAJ/SGAJR/RENIEC. Lima.

² Ley 30007. Establece que la unión de hecho o concubinato deberá reunir los requisitos del art. 326 del Código Civil: 1) que sea una unión de hecho o convivencia voluntaria, realizada por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, 2) que haya durado por lo menos dos años continuos, para alcanzar finalidades y 3) cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. 17 de abril del 2013.

del esposo que busca demostrar que no es el padre. En este último escenario también surge el desacuerdo de una tercera persona, que desea demostrar que el progenitor es una persona distinta al cónyuge y al cual desea desvincular de dicha relación filial. En todos los casos, el fin que se persigue es dar paso a la identidad real de una persona.

Para este segundo supuesto de impugnación de paternidad matrimonial, la ley establece que el hijo que nace dentro de la vigencia del matrimonio, se presume hijo del esposo, por consiguiente si la madre, el hijo o el padre mismo aspiran al reconocimiento biológico, éste solo será posible si el esposo de la madre lo niega judicialmente y obtiene sentencia favorable.

Es, en este tipo de caso, que surgen expectativas de las partes involucradas, siendo una de ellas, cuando el hijo quiere impugnar su filiación matrimonial y que se le reconozca como hijo del padre biológico; y otra perseguida por el padre biológico, en la que éste quiere impugnar tal filiación y reconocer a su hijo voluntaria y legalmente.

Sin embargo, en ambas situaciones, la pretensión es denegada en base a lo regulado por el artículo 396° y 404° del Código Civil, que estipula que nadie, excepto el esposo puede impugnar la filiación matrimonial, es decir que se alude al único legitimado reconocido por el código sustantivo; señalándose además la privilegiada presunción matrimonial recogida en el artículo 361°: “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”; por consiguiente, al hijo que nace de una mujer casada, se le atribuye por disposición legal, la paternidad al esposo de ésta, sin necesidad de un reconocimiento expreso por parte de él, siendo suficiente en el registro, que la madre lo inscriba como hijo de ambos,

surgiendo un reconocimiento tácito por parte del esposo y a la vez una presunción de paternidad matrimonial.

Es evidente que existe una primera dificultad que nace de la ley. Se parte de una presunción de paternidad legal relativa, pero que determina de forma absoluta tal paternidad, la misma que sólo podrá ser variada mediante sentencia favorable de negativa de paternidad, dictada en un proceso judicial, iniciado solo a pedido del esposo, y dentro de los noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar o desde el día siguiente de su regreso, de acuerdo a lo establecido por el artículo 364° del Código Civil.

La norma resulta restrictiva, pues considera sólo al esposo con facultad procesal para impugnar la presunción de paternidad que por disposición legal le es atribuida, sin necesidad de un reconocimiento expreso por parte de él, impidiéndose que el hijo o quienes tuvieran legítimo interés, entre ellos, el presunto padre biológico o la madre, puedan cuestionar tal presunción, surgiendo una primera dificultad, a pesar de tratarse de una presunción legal relativa.

La segunda dificultad, se encuentra en el registro civil de nacimiento, que por cumplimiento de la norma, genera una inscripción con restricciones. Hasta julio de 2017, la madre tenía dos opciones, la primera era registrar al menor como hijo matrimonial, es decir declarando como padre a su cónyuge, y la segunda era registrarlo con el apellido del padre biológico, permitiéndosele, en esta última opción, el reconocimiento solo a ella, dando lugar a la generación de un acta de nacimiento firmada solo por ella. Sin embargo el RENIEC el 01 de agosto de 2017 emite una nueva disposición registral a través de la Directiva DI 415-GRC/032, por la cual la madre solo

puede optar por la primera opción señalada, lo que encontraba soporte en el artículo 362 del Código Civil, por el cual, aun apareciendo en el acta de nacimiento los datos del padre biológico y consignándose el nombre del menor con el apellido de su padre biológico, estos se tendrían por no puestos.

Dichas situaciones impuestas por la norma, no generan una presunción relativa sino más bien absoluta, que da lugar a un registro absurdo y la inseguridad en la identidad del niño, quien a pesar de tener un padre biológico y en muchos casos, de vivir con su padre, la ley señala como tal al esposo de su madre; y para todas aquellas inscripciones de nacimiento realizadas a partir de agosto del 2017, la situación es aún peor, debido a que dicho registro deja en el limbo los derechos del hijo, siendo el principal derecho afectado el de la identidad.

Este vacío en la legislación concerniente a la filiación del hijo de mujer casada, estaría creando una nueva versión de hijo alimentista (Artículo 415° del Código Civil). La interrogante que surge es a quien se le exigirían derechos como a los alimentos, según la ley al esposo de la madre; pero como puede iniciarse un proceso de alimentos si en la partida de nacimiento generada hasta antes de agosto de este año, aparece otra persona distinta al esposo; la madre tendría que solicitar previamente una rectificación judicial de los datos del padre para que proceda posteriormente un proceso de alimentos, o el cónyuge solicitaría previo al proceso de alimentos, la cancelación judicial de dicha acta de nacimiento para que se emita una nueva con sus datos en el rubro de “padre”, lo que dejaría, momentáneamente, sin identidad alguna al hijo de la cónyuge, debido a que con dicha cancelación de la partida de nacimiento corre la misma suerte el Documento Nacional de Identidad del menor, que pasaría a

invalidarse al quedar desvinculado del acta de nacimiento que fue cancelada por orden judicial. Por otro lado está el padre biológico, a quien tampoco podría demandársele por alimentos, pues en el acta registrada antes de agosto de este año, se le impidió realizar el reconocimiento y al no haber suscrito dicha acta, no existe filiación, y en el acta inscrita después de agosto, menos aún procedería la demanda de alimentos, pues sus datos ni siquiera aparecen en la partida de nacimiento. Son muchas las interrogantes sin respuesta por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En la práctica judicial, para casos que involucran al niño nacido de mujer casada con vínculo matrimonial existente o con vínculo disuelto después de la concepción del menor, los jueces han tomado la decisión de darle a la norma una salida por la puerta lateral, haciendo uso del control difuso, los jueces deciden la inaplicación de los artículos de la norma sustantiva que generan el impedimento, en aras del interés superior del niño, otorgándole la posibilidad a la madre o padre biológico del menor titular, de solicitar la filiación o declaración de paternidad del titular, obviando el proceso de impugnación de paternidad que le corresponde al marido de la madre. Esta discrecionalidad del juzgador, conlleva una importancia que trasciende en la vida del niño o adolescente nacido bajo esa circunstancia, pues le permite no solo el entroncamiento con su familia biológica sino de gozar de todos los derechos que le corresponden por ser hijo reconocido.

Según nuestro ordenamiento jurídico, un niño tiene derecho a vivir en un hogar en armonía y recibiendo el amor de sus padres. Pero bajo estas circunstancias, podría lograrse una convivencia de acuerdo a las aspiraciones legales en situaciones incómodas para aquél hijo que se encuentra viviendo con la madre, o con el padre

biológico sin su reconocimiento, o peor aún dentro del hogar matrimonial, pudiendo ser continuamente rechazado por el esposo de su madre por tener la condición de hijo producto del adulterio.

Este tipo de situación en la que se ve inmerso un menor nacido de una mujer casada, no pareciera estar conforme a derecho, pues se pone en evidencia que existe alguien obligado a mantener una filiación distinta a la de su identidad biológica, la cual además lo afecta en su dignidad.

Si partimos que el derecho es el conjunto de reglas y principios, pero orientado hacia la justicia, como valor supremo a alcanzar, entonces tales reglas y principios deben ser interpretados teniendo en cuenta su finalidad, cuyo núcleo se encuentra no solo en la norma suprema, como lo es la Constitución Política Peruana, sino también en una norma supranacional, como la Convención de los Derechos del Niño, tratado que nuestro país ha suscrito y que ha ratificado en el Congreso de la Republica, por tanto las normas que regula y bajo las cuales debemos regirnos, son de orden público, habiéndose comprometido a respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación, tomando todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación.

Nuestra Constitución Política de 1993, en su **artículo 1°** señala que: *la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado*; el **artículo 2°, inciso 1**, establece que toda persona tiene derecho: ***“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”***. Por su parte el **artículo 139° inciso 3**, *garantiza el derecho de todo ciudadano a la tutela*

jurisdiccional, que comprende el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de los derechos afectados o amenazados. Así también, el **Código de los Niños y Adolescentes** que en su artículo 6° establece que “el niño y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”, y finalmente la norma supranacional, la **Convención sobre los Derechos del Niño**, que refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia, al considerar al niño como individuo y miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo, y que coincide con nuestra norma suprema al propugnar un sistema de protección integral de la niñez. Tales reglas y principios deben ser entonces interpretados sin perder de vista su finalidad.

En esa línea de pensamiento, seguir afirmando que sólo el marido puede impugnar la presunción de paternidad matrimonial y dentro de un determinado plazo³, parece a todas luces contrario a lo que la Carta Magna establece como principios ordenadores de la identidad y filiación de las personas, así como de defensa de su dignidad humana, y también resulta contrario a lo previsto por el Tratado Internacional.

Si bien la comunidad y el Estado protegen a la familia, también lo hacen especialmente con el niño y/o el adolescente, en consecuencia, declarar de entrada, en cumplimiento de la ley, improcedente la demanda si ésta no ha sido iniciada por el esposo, es colocar en indefensión al menor y a quienes tuvieren legítimo interés en promover la búsqueda de su verdadera identidad, afectándolos en su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

³ Código Civil del Perú. Nov. 1984. Artículos 363°, 364°.

En tal sentido, la propia norma sustantiva debiera adecuar su contenido y considerar también como habilitados para proceder contra la legitimidad presunta de hijo concebido durante el matrimonio, al propio hijo y al padre biológico, es decir habilitarlos para que puedan impugnar la paternidad matrimonial y que puedan hacerlo en cualquier momento, evitando que el órgano jurisdiccional se vea obligado a inaplicar una norma para casos como el señalado.



CAPÍTULO 1.- DERECHOS DE REGISTRO

El sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia: la familia es una sola, sin importar su origen matrimonial o extramatrimonial (Constitución Peruana de 1993, artículos 4° y 5°).

Para el Código Civil, la familia tiene su origen en la institución del matrimonio y en caso de encontrarse en juego la unidad familiar, y surja un conflicto entre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de una persona, tendrá preferencia la presunción de paternidad matrimonial, fijándose automáticamente el status de hijo legítimo; siendo así, la familia, merecedora de protección por sobre la búsqueda y/o establecimiento de una filiación extramatrimonial, dejando en segundo plano el descubrimiento de la verdad biológica cuya finalidad es el acceso del menor a sus derechos y a efectivizar el deber de sus padres de prestarle asistencia integral, por lo que su status debiera establecerse con un reconocimiento voluntario o con la declaración judicial de paternidad.

Sin embargo, para el caso de un niño nacido de una mujer casada con vínculo matrimonial aún no disuelto o disuelto después de su nacimiento, surge antes o durante o de forma posterior al registro, una suerte de conflicto entre el derecho del menor a conocer a su padre (establecer el vínculo real) y el derecho a la intimidad del padre legal o presunto progenitor, para lo cual urge encontrar soluciones razonables para la controversia que emerja, más aun tratándose de la declaración de paternidad de ese menor nacido de una mujer casada, cuyo padre biológico o el propio titular no

podrían tomar ninguno de los dos caminos previstos por la norma sustantiva para la filiación extramatrimonial, debido a la existencia de la presunción de paternidad relativa (artículo 361° del Código Civil) y a la condición establecida en el Código Civil sobre el prerequisite de la negación de paternidad de parte del esposo (artículo 396° y 404° del Código Civil); por consiguiente para que se pueda ejercer un derecho de registro acorde con la realidad, debe buscarse vencer los obstáculos existentes; como resulta el ambicioso anhelo del presente desarrollo.

En tal sentido, el derecho de registro debe tener como premisa la unidad de las filiaciones, lo que daría lugar a que una realidad social establecida tácitamente, deba ceder ante una realidad biológica⁴, pues no se trata de intereses privados en juego sino de la existencia de un interés público, pero sobre todo del interés superior de un menor, el mismo que no solo le permitirá conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar los apellidos que le corresponden, pudiendo gozar y ejercer los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición, le señala el ordenamiento jurídico; viéndose reflejada toda esta situación en el registro o inscripción de un niño, con la emisión de una acta de nacimiento donde además de consignarse los datos de sus padres biológicos, es suscrita por ambos.

En consecuencia, el interés prioritario no debiera existir solo en las medidas o decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, sino concretizarse a través de la existencia de normas adecuadas a la realidad social que no limiten las decisiones de los operadores del derecho y menos aún que afecten directamente la inscripción del

⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El moderno tratamiento legal de la Filiación Extramatrimonial. Procreación asistida y socio afectividad. En razón de la Ley 28457 y la Acción intimatoria de Paternidad. Lima: Jurista Editores EIRL. 2da edición.

nacimiento de un menor, circunscribiendo el ejercicio de su derecho al nombre y a su identidad.

1.1 El Derecho al Nombre

El Código Civil, señala en su **artículo 19°**, que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Asimismo en sus artículos 23°, 24°, 25° y 26° contempla la inscripción del nombre y sus correspondientes apellidos, incluso que éste no sea usurpado como lo dispone en su artículo 28°.

El nombre es una manifestación de la identidad de una persona y junto con los apellidos individualizan a sus titulares⁵. En el nuevo texto⁶ del **artículo 20°** del Código Civil se establece la conformación del nombre, precisando que: ***“al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primer apellido de la madre”***, sin hacer distinción respecto al origen filiatorio del menor, sea matrimonial o extramatrimonial, prevaleciendo tanto el orden como el derecho al nombre completo del menor de edad.

El actual texto del **artículo 21°** del Código Civil, permite la consignación del nombre de la persona que la madre declare ante el registro como presunto progenitor, la misma que no genera vínculo de filiación con el titular de la inscripción, al disponer lo siguiente: ***“Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo***

⁵ RENIEC. Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Año X, N° 09, 2016.Pp. 24.

⁶ LEY N° 28720. Modificación de los artículos 20° y 21° del Código Civil. 2006.

matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento. Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos".

La posibilidad de permitir la declaración unilateral del dato de una tercera persona en calidad de presunto progenitor, obedeció al derecho de la persona de tener un nombre con los apellidos de sus progenitores, aun cuando uno de ellos no hubiera realizado el reconocimiento, y también para impedir la discriminación por el solo origen de la filiación.

En lo que respecta a nuestra Constitución Política, esta considera el derecho al nombre como parte del derecho fundamental a la identidad en su artículo 2°, inciso 1.

El Código de los Niños y Adolescentes también regula el nombre y dispone en su artículo 6, que: ***"El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad".***

El nombre de las personas nace con la inscripción en el Registro Civil, tal como lo señala la norma sustantiva⁷. Así también el Registro de Identificación y Estado Civil- RENIEC, respecto a la identidad, en el artículo 26° de su Reglamento D.S. 015-98-PCM, regula la existencia del Documento Nacional de Identidad (DNI), señalando que es un documento público personal e intransferible y que constituye la única cédula de Identidad Personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales; asimismo en el artículo 41° del Reglamento dispone que el registro del estado civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción, por consiguiente es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, ampara el derecho no solo al nombre sino a la identidad, pero sobre todo como preocupación fundamental el interés superior del niño, señalando, en su artículo 7° que: ***“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”***. Asimismo en su artículo 8°, determina que: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Los diversos Convenios Internacionales establecen que el derecho al nombre es un

⁷ Código Civil. Artículo 23°.

derecho humano, por lo que resulta inadmisibles que exista una persona que carezca de nombres.

Así también la doctrina por su parte, está acorde con lo previsto en el ordenamiento jurídico peruano, sosteniendo que el nombre, al ser un atributo esencial de la personalidad, es el medio probatorio de la identificación e individualización de una persona en la sociedad⁸.

Como se pone en evidencia, el derecho al nombre debe conllevar la posibilidad de ostentar dicho nombre respecto del cual la persona se sienta identificada y que le permita el pleno desarrollo de su personalidad, respetándose por tanto su dignidad.

El nombre adquiere así una trascendencia vital, pues una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas.

1.2 El Derecho a la Identidad Filiatoria

El derecho a la identidad tiene, en nuestro país, un reconocimiento constitucional, el mismo que se inicia jurídicamente con el registro del nacimiento y con la obtención posterior del Documento Nacional de Identidad, el cual a su vez tiene vinculación directa con la identificación de las personas. En tal

⁸ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. Pp. 110.

sentido, la inscripción en el registro resulta fundamental para el ejercicio de la gran mayoría de derechos civiles y sociales de la persona.

Es trascendental que se entienda que la identidad legal es el punto de partida para que se le reconozca a una persona su derecho a la ciudadanía y, por ello, es el derecho que permite el otorgamiento de otros derechos reconocidos por nuestra Constitución, como lo son los derechos sociales, a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda; así como los derechos políticos de participación para la elección o renovación de autoridades, de iniciativa legislativa, al referéndum y los demás que la Carta Política establece⁹.

La identidad a que se refiere el **inciso 1 del artículo 2°** de la Constitución, ocupa un lugar sustancial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es¹⁰; la identidad está constituida por diversos elementos tanto de carácter objetivo como de carácter subjetivo

Por su parte la filiación, es el vínculo jurídico entre dos personas sea por un hecho natural (filiación matrimonial o exmatrimonial) o por un acto jurídico (filiación por adopción), y sin importar el tipo, genera consecuencias jurídicas como el derecho a los alimentos, derecho sucesorio. Es un derecho que se encuentra inmerso dentro del derecho constitucional a la identidad, que no sólo se limita al nombre, a que los demás lo reconozcan a uno con individualidad

⁹ RENIEC. Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima, Julio 2010.

¹⁰ RENIEC. Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Año 1, N° 01, 2007.

propia, sino también el derecho de la persona de conocer a sus padres, sus orígenes, a sus antepasados y cuál es su entorno familiar real.

El estado filial implica una relación de parentesco que vincula a los padres con sus hijos, denominada relación paterno-filial. Sin embargo existe una distinción entre la relación de filiación natural (como hecho natural), según la cual toda persona tiene un padre y una madre y la filiación jurídica (como relación jurídica), regulada en el Código Civil.

Para determinar la filiación, la norma sustantiva tiene en cuenta el origen de la misma, es decir entre la filiación que tiene su origen en el matrimonio, filiación matrimonial, y la que tiene lugar fuera de éste, que el ordenamiento jurídico denomina filiación extramatrimonial.

En cuanto a la filiación matrimonial, esta es determinada por el ordenamiento jurídico peruano, estipulando que la paternidad viene impuesta por Ley, por la cual el hijo matrimonial es atribuido automáticamente al esposo a través de la presunción de la paternidad (padre es el que se demuestra con las nupcias)¹¹, no requiriendo, por tanto, de un acto expreso jurídico, unilateral y voluntario de atribución; sin perjuicio de impugnar la paternidad. Y en caso de estar en desacuerdo respecto a la paternidad matrimonial atribuida, la norma sustantiva también señala en el artículo 367°, como único titular de la acción al esposo de la madre.

¹¹ Varsi Rospigliosi, Enrique. Tratado de Derecho de Familia- Derecho de Filiación. Tomo IV. Gaceta Jurídica. Lima, 2013, P.p.131.

Respecto a la filiación extramatrimonial, ésta se establece por reconocimiento voluntario del padre biológico o por ser imputado vía una declaración judicial de paternidad. Es decir que para la atribución de este tipo de filiación si se requiere de una manifestación expresa, sea voluntaria o determinada por el órgano jurisdiccional. Para este tipo de filiación el Código Civil regula en su artículo 407° como titular de la acción al hijo o a la madre en su representación por minoría de edad.

Para el caso del hijo nacido de mujer casada, la determinación de paternidad, se regirá por las presunciones contenidas en los artículos 361° y 362° del Código Civil, que asumen la naturaleza taxativa, imposición que rige independientemente de la voluntad de las partes.

En consecuencia, la norma sustantiva asume una presunción reafirmadora de paternidad, por la cual el hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al esposo, y para el caso del hijo tenido por mujer casada se reputa del marido, no constituyendo un acto propio de la autonomía de la voluntad, motivo por el cual no puede ser modificada por acuerdo de los cónyuges o por acto unilateral de uno de ellos.

Por consiguiente cuando se registra a un menor se debe tomar en cuenta el estado civil de la madre y al acreditarse su estado civil de casada, obedecerá a un caso de filiación matrimonial que al demostrarse la maternidad, se manifiesta de inmediato la paternidad del esposo, por el principio de indivisibilidad de

paternidad matrimonial¹², no resultando aplicable la figura del presunto progenitor que permita declarar los datos de una tercera persona como padre del menor, toda vez que dicha declaración resulta aplicable solo para los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial.

La presunción legal es una ficción jurídica que implica la afirmación de una certeza establecida por Ley, de verificarse determinados presupuestos para ello. Por lo que no existe presunción legal en la filiación extramatrimonial, como si sucede en la filiación matrimonial; lo que se ha otorgado es una presunción de veracidad a la declaración de la madre en el registro de nacimiento, creándose la figura del presunto progenitor para los efectos que se consigne el nombre del señalado por la declarante en el rubro padre y se conforme la estructura del nombre del inscrito, lo que no le impide al aludido que se sienta afectado a iniciar la acción legal que corresponda.

En el Perú el derecho al nombre fue reconocido en la Constitución Política de 1979 en su artículo 2° numeral 1 y luego se recogió en el Código Civil en su artículo 19°. Posteriormente la Constitución de 1993, si bien no regula expresamente el derecho al nombre, lo que si consagra es el derecho a la identidad, el cual lleva inmerso el derecho al nombre, el derecho a conocer a sus padres y a llevar los apellidos de ellos.

¹² Paredes Gutierrez, Maximo. Informe Reniec 313-2017/GAJ/SGAJR/RENIEC. Lima P.p.02

De igual modo el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 6^o¹³, estableció lo referente al derecho a la identidad, el cual incluía el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

En ese sentido, la identidad personal está compuesta por un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad. La identidad personal se va desplegando en el tiempo, en el pasado, donde se encuentran sus raíces, pasando por el presente y proyectándose al futuro; por lo que al crearse y modificarse en el tiempo ya no es una identidad estática sino por el contrario resulta cambiante¹⁴.

Dichos atributos y características que configuran la personalidad pueden ser estáticos y dinámicos, llamados también de carácter objetivo y subjetivo; los primeros identifican de forma inmediata a la persona y están destinados a no cambiar¹⁵, tales como el nombre, la imagen, la filiación; y los dinámicos, que constituyen el patrimonio ideológico-cultural de la persona, tales como los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes. Al ser la identidad una proyección externa de la personalidad y la proyección social de una verdad individual, se hace necesaria una protección jurídica para que no se le imputen acciones no realizadas o para que no se le impida gozar, como resulta del caso, de la

¹³ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 6: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad”.

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. P.p. 113.

¹⁵ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. P.p. 110.

paternidad que le corresponde, lo que a su vez, le permite el pleno desarrollo de su personalidad.

El derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, en el punto de demandar la existencia de normas jurídicas que no obstaculicen y que por el contrario faciliten y garanticen que el menor se integre a la filiación, permitiéndole vincularse legalmente con su verdadera familia, es por ello que la identidad es entendida como una unidad compleja, que se debe preservar en el derecho.

El derecho del hijo a conocer su identidad de origen está por encima de otros derechos; al tratarse de un menor, el interés superior del niño debe prevalecer sobre el de un presunto progenitor, porque es un derecho trascendente. Ya sea para los casos de una declaración de paternidad extramatrimonial al no existir reconocimiento voluntario del padre biológico, donde debe prevalecer el derecho del menor a su identidad sobre el derecho de resguardar la intimidad del presunto padre; o sea para el caso materia de este análisis, por el cual aun existiendo la voluntad del padre biológico, surge un impedimento por estar condicionado a la caprichosa voluntad del cónyuge de accionar o no respecto a una negativa de paternidad, aun así deberá prevalecer.

Así también el ordenamiento legal debe reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, pues resulta evidente el legítimo interés del niño de conocer quiénes son sus padres, a su identidad, la misma que por estar ligada a las normas de rango constitucional que la tutelan, prevalece sobre las disposiciones que impidan al niño, el ejercicio

de la pretensión de reclamación o impugnación de su filiación, y que resultan incompatibles con su derecho a la identidad; en tal sentido, una situación contraria al interés de un menor, demanda no solo la existencia de normas que no obstaculicen el acceso a la filiación, sino la concretización de las mismas.

En esa misma dirección, la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado internacional de derechos humanos, refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia, al considerar al niño como individuo y miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo, y considerar también a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros; y a partir de ello, propugna un sistema de protección integral de la niñez¹⁶.

Por consiguiente, la identidad filiatoria no solo está compuesta del nexo biológico que nace en la procreación sino de aquellos lazos paterno filiales que son asumidos en forma recíproca entre padres e hijos como parte de las relaciones familiares; por lo que toda persona tiene el derecho de conocer y preservar su identidad biológica.

1.3 El Derecho a la Intimidad

Este derecho es la respuesta jurídica al interés de cada persona de conseguir un ámbito en el cual pueda desarrollar aquello que constituye su vida privada, sin la

¹⁶ Convención Internacional de los Derechos del Niño. 1989

injerencia de los demás. En ese sentido, la vida privada está integrada por aquellas actividades y actitudes que carecen de trascendencia social por estar vinculadas a la intimidad de la persona¹⁷.

Si bien existe un núcleo de la intimidad, el cual es objeto de tutela y que constituye el contenido mismo del derecho, donde se encuentran ciertos hechos que siempre y en cualquier caso deben ser considerados como reservados, también debe tenerse en cuenta que la noción de intimidad no puede desligarse de aquella que concierne al ámbito social, así como de sus alcances en el tiempo y el espacio.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, pero no es un derecho absoluto, está sujeto a límites razonables, que buscan proteger otro derecho fundamental o preservar otro bien reconocido constitucionalmente, y en razón de ello, dichos límites impiden que se ejerza de forma incondicional.

La intimidad personal y/o familiar se encuentra muy ligada a la identidad personal. Existe una gran inquietud por proteger este aspecto de la vida personal ligada a la esfera de la privacidad y a la vida íntima de la persona. Para un sector de la doctrina existen situaciones que pueden pertenecer a la vida privada como los orígenes familiares o cuestiones vinculadas a la filiación, que forman parte de la identidad de una persona y cuya exposición puede dañar la vida o posición social de esa persona; pero no puede dejarse de lado que al ser la noción de la intimidad dinámica, no es un derecho absoluto sino relativo, por lo que no es

¹⁷ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. P.p. 163.

tutelado sin límites, razón por la cual el derecho a la intimidad cede en ciertos casos de interés social o público¹⁸.

Los conceptos de intimidad e identidad están esencialmente vinculados en la medida que ambos se refieren a dos aspectos indisolubles de la personalidad. En lo que respecta a la identidad personal, el interés tutelado es el de su personalidad, que se manifiesta a través de conductas y actitudes proyectadas a hacia el mundo exterior, es decir se tutela la verdad personal, en cambio en la intimidad no importa el tema de la verdad, los intereses que tutela son diversos. La intimidad está relacionada con asuntos privados de la persona, y dichos asuntos son irrelevantes al interés público; la identidad personal en cambio, es un conjunto de conductas referidas a la actividad pública de la persona que contrariamente no pertenecen al mundo de la reserva, sino se somete al conocimiento de los demás¹⁹.

La constitución en su artículo 2°, inciso 5 y el Código Civil en su artículo 14°, respecto a la intimidad, señalan que cada persona tiene derecho a que dicha esfera sea respetada, la cual no puede ser puesta de manifiesto ante terceros sin el asentimiento del titular o herederos en caso de fallecimiento y de forma excluyente. Asimismo el código sustantivo prevé en su articulado 17 ° y 1985° para el caso de lesión al derecho señalado, la reparación del daño a la persona o daño no patrimonial.

¹⁸ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. P.p. 171.

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992. P.p. 181.

A pesar del contenido esencial que tienen los derechos fundamentales, cualquier injerencia dependerá de la actividad interpretativa que se realice en torno a un caso en concreto. En ese sentido, ante el surgimiento de contraproposición de derechos como el de la identidad y el de la intimidad, por tratarse de derechos fundamentales en conflicto, la solución no debe darse en base a la superioridad de uno sobre el otro, ni sobre la posibilidad del sacrificio de uno de ellos, sino debe aplicarse un sistema de ponderación, que tendrá en cuenta el principio de proporcionalidad, que a vez conlleva no solo la coexistencia de tres elementos: adecuación, necesidad y proporcionalidad, sino a discrecionalidad del intérprete de la norma que terminara aplicando el derecho²⁰.

Tomando como referencia el concepto de Identidad desarrollado por el profesor Fernandez Sessarego, como ese conjunto de atributos que pueden ser estáticos y dinámicos, estando inmerso en los primeros, la condición registral del individuo como el nombre, la filiación, y dentro de los segundos, los rasgos morales de la persona, entre otros, se podría concluir que este derecho tiene un contenido esencial que impediría la injerencia del juzgador, estableciéndose de ese modo, que el derecho a la verdadera identidad requiere de mayor protección que el derecho a la intimidad, por tener el primero un carácter de orden público y el segundo solo recaer en la esfera individual.

En tal sentido, el derecho del menor a que se declare su filiación biológica, o a que se establezca su identidad filiatoria, que implica además su reconocimiento de parte del Estado como sujeto de derechos dentro de una sociedad, debe

²⁰ RENIEC. Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Año 1, N° 01, 2007.P.p.21.

entenderse como un derecho prioritario y en el contexto del principio de interés superior del niño y del adolescente señalado en nuestra Carta Magna, como en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y también según lo dispuesto por una norma supranacional, como la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo tercero.

1.4 El Derecho a los alimentos

El derecho alimentario es el más elemental e importante de los derechos debido a que con el ejercicio de éste se prevé la propia existencia del menor.

De acuerdo a lo normado por el Código Civil en su **artículo 472°**, se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Este derecho-deber alimentario tiene como características que es inherente al apersona, que es variable, imprescriptible y recíproco²¹.

El derecho a los alimentos tiene como finalidad además de atender lo que es indispensable; tener en cuenta lo que se requiere para la educación, y la recreación del niño y del adolescente, que aseguren en su conjunto la plena satisfacción de sus necesidades básicas, y que permita su pleno desarrollo físico,

²¹ Código de los Niños y Adolescentes. Artículo 92°.

psíquico y emocional. Este derecho es requerido en muchos de los procesos de Filiación como una pretensión accesoria.

Este derecho se encuentra contemplado en la Carta Magna de nuestro país, dentro del capítulo de Derechos Sociales y Económicos, en su **artículo 6°**, que determina que: ***“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos...”*** Además señala que: ***“Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”***; asimismo el Código de los Niños y Adolescentes en su **artículo 93°** estipula que: ***“Es obligación de los padres prestar alimentos a sus hijos y en ausencia o desconocimiento de su paradero, prestarán alimentos en el orden de prelación los hermanos mayores de edad, los abuelos, ...”***.

El vacío existente en la legislación sustantiva, concerniente a la filiación del hijo de mujer casada, podría propiciar el surgimiento de una nueva versión de hijo alimentista. Y para estos casos la norma sustantiva en su artículo 415°, señala los derechos del hijo alimentista, y según la hipótesis fáctica de la norma, se necesitan dos supuestos básicos que acreditar para que opere el reclamo: las relaciones sexuales que hayan tenido la madre del hijo alimentista y el demandado, y que éstas hayan tenido lugar en la época de la concepción del menor.

Sin embargo, la incógnita que asoma es a quien se le exigiría dicho derecho, según la ley, al esposo de la madre, siempre y cuando su nombre aparezca en el rubro de padre en la partida de nacimiento del menor; pero si en vez de los

datos del esposo de la madre aparecieran los datos del padre biológico del menor, en ese caso la madre tendría que pedir, previamente, una rectificación judicial de los datos del padre que figura en el acta, para que sea factible el proceso de alimentos dirigido a su cónyuge, o en su defecto el marido de la madre, solicitaría la cancelación judicial de dicha acta de nacimiento, para luego solicitar la inscripción extemporánea de nacimiento, por la cual se emitiría una nueva acta con sus datos; pero, de realizarse esta acción de parte del esposo de la madre, traería como consecuencia que el menor se quede sin la posibilidad de poder identificarse ante entidad alguna, debido a que con la cancelación de la partida de nacimiento correría la misma suerte el documento nacional de identidad del menor, que pasaría a invalidarse al quedar desvinculado del acta que dio lugar a su existencia, produciéndose un doble perjuicio.

Por otro lado, el segundo emplazado en un proceso de alimentos, eventualmente sería el padre biológico; pero tampoco podría demandársele por alimentos, pues en el acta de nacimiento expedida hasta antes de agosto de este año, si bien aparecen sus datos, no le fue posible suscribirla por impedimento legal, motivo por el cual, bajo esas circunstancias, tampoco quedó establecida la filiación, condición principal que permite el emplazamiento para el cumplimiento del derecho alimentario.

Si bien existen estas dos situaciones y cada una conlleva sus propios requisitos y limitaciones, para el caso del hijo nacido de mujer casada, procesalmente considerado por muchos juzgadores como un hijo extramatrimonial, la obligación de prestarle alimentos como hijo extramatrimonial no reconocido, no

derivará de la certeza de paternidad, conforme lo señala el artículo 415° del código sustantivo, sino de la presunción respecto al hecho de las relaciones sexuales en la época de la concepción. En ese sentido, le sería de aplicación dicha institución de protección preventiva que contempla el Código Civil, la del hijo alimentista, derecho que si bien no genera el vínculo paterno filial si establece solo el derecho alimentario.



CAPÍTULO 2.- LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA

La filiación representa el vínculo jurídico que une a un niño a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Para establecer ese vínculo, que funda el parentesco, el derecho se apoya en ciertos elementos como: la verdad biológica, la verdad sociológica, la manifestación de voluntad del interesado; estableciéndose de forma automática para los hijos nacidos dentro de un matrimonio y subyaciendo para ellos la presunción de paternidad.

Todo lo contrario ocurre con los hijos extramatrimoniales para quienes no surge una filiación instantánea, es más se puede dar una filiación divisible, es decir cada uno puede establecer el vínculo de filiación que le une al niño en forma separada, pero la sola declaración sin suscripción de los datos del padre o madre no genera consecuencias jurídicas respecto del vínculo paterno o materno. En la filiación extramatrimonial a diferencia de la matrimonial no existe la presunción de paternidad, que constituye un efecto del matrimonio, por lo que para establecer, en estos casos, el vínculo de filiación es necesario que haya un acto voluntario de reconocimiento o una sentencia declaratoria de paternidad.

No obstante, la filiación de un hijo nacido de una mujer casada cuyo padre es un tercero distinto al esposo, no constituye una filiación extramatrimonial, pues el origen es matrimonial por las circunstancias. Para arribar a un resultado favorable en la investigación judicial de paternidad, la resolución declaratoria de paternidad debe

cumplir el prerequisite la sentencia judicial firme de negación de paternidad del cónyuge de la madre del menor.

El Código Civil dispone respecto a la filiación extramatrimonial, en el **artículo 373°** que el titular de la acción le corresponde al hijo.

Así también en su **artículo 386°** señala que son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Asimismo menciona en el artículo 387° que se prueba dicha filiación con el reconocimiento voluntario que se produce en el registro de nacimiento o en el que se realiza en forma posterior y se prueba también con la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad.

Sin embargo, la norma sustantiva regula también la filiación extramatrimonial del hijo nacido de una mujer casada, y señala en el artículo 396° que no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

De igual forma el Código Civil determina en forma clara en su **artículo 402°** los supuestos bajo los cuales procede la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, siendo uno de ellos la acreditación del vínculo parental entre el padre biológico y el hijo a través de la prueba genética con igual o mayor grado de certeza, pero también impone una limitación respecto a este inciso al cual no le resulta aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.

Y si bien señala en el **artículo 407°** como titulares de la acción de filiación al hijo o a la madre en su representación al ser menor de edad, nuevamente impone una limitación en el **artículo 404°**, al condicionar la admisión de la acción, para los casos en que la

madre estaba casada en la época de la concepción, que solo procede luego que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

Se deduce del articulado una limitación recurrente en el acceso a la filiación del hijo nacido de una mujer casada con un tercero, debido a que el esposo cuenta con una facultad discrecional otorgada por la norma, decisión unilateral que permitirá al menor establecer los vínculos jurídicos que emanan de sus vínculos de sangre.

2.1 La presunción de paternidad matrimonial

El **artículo 361°** del Código Civil señala que el hijo nacido durante del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

La norma sustantiva pone de manifiesto que para el caso del hijo nacido de una mujer casada con padre distinto al cónyuge, asume una determinante presunción de paternidad, y lo plasma también en el **artículo 362**, al continuar manteniendo dicha presunción a pesar del accionar de aquella madre que declara como padre biológico a persona distinta del marido en el momento del registro de nacimiento, estableciendo de hecho la presunción de filiación matrimonial.

Asimismo, el código sustantivo dispone en el **artículo 375°** que se prueba la filiación matrimonial con la partida de nacimiento, la partida de matrimonio de los padres por instrumento público o por sentencia judicial.

Por otro lado, respecto a dicha presunción matrimonial que es plasmada en la inscripción de nacimiento del menor, la Ley 28720²² que deroga el artículo 392° y modifica los **artículos 20° y 21°** del Código Civil, que establecían lo relativo a la constitución legal del nombre de la persona, obvia pronunciarse sobre la inscripción del nacimiento del hijo matrimonial, por lo que solo deja la posibilidad de optar por concordar los artículos 361° y 362° del Código Civil que establecen tal presunción legal de paternidad. En ese sentido la inscripción del nacimiento del hijo, cualquiera sea su circunstancia de nacimiento, puede ser hecha por cualquiera de los cónyuges, estableciéndose de ese modo, el nombre y el vínculo de filiación matrimonial.

Además, de la existencia de la presunción matrimonial, el Código Civil en su **artículo 363°** otorga otra concesión al presunto padre del menor nacido dentro de un vínculo matrimonial, y aquella está dada por la sola voluntad del cónyuge para accionar o no cuando considera que no hay vínculo parental. Dicha situación estaría tornando en absoluta la presunción de paternidad matrimonial, lo que ocasionaría que el derecho del hijo a su identidad quede supeditado al ejercicio previo del derecho del cónyuge de impugnar su paternidad. Este criterio restrictivo obedecería al interés de preservar el orden familiar y sobre todo el derecho a la intimidad del esposo por obvias razones de índole moral.

Y para aquellos casos, que motivan este análisis, puede corroborarse en **el artículo 396°** del Código Civil, que ante una coexistencia de filiaciones incompatibles,

²² LEY Nº 28720. Modificación de los artículos 20° y 21° del Código Civil. 2006

nuestro ordenamiento jurídico preferirá la filiación matrimonial a la extramatrimonial, al considerarla predeterminada. Sin embargo la realidad viene superando largamente a la norma sustantiva, pues los jueces hacen uso de su facultad discrecional, a través del control difuso de la constitucionalidad, inaplicando las normas adversas al menor y eligiendo la aplicación de las disposiciones de la propia Constitución y el cumplimiento de la norma supranacional como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño.

2.2 La impugnación de paternidad

La impugnación del reconocimiento de paternidad, puede ser por dos vías según la doctrina²³, y dichas acciones se efectúan respecto del reconocimiento constitutivo del título de estado o del que pretenda ser opuesto por el reconocente o por un tercero con legítimo interés, pudiéndose optar, según el caso:

- 1) **Por la acción de invalidez²⁴**: Surge por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos. Esta acción ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por algún vicio, sea a su eficacia constitutiva o estructural.

²³ PLÁCIDO V., Alex F. Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Pp. 177

²⁴ Código Civil. Artículo 219°, dispone una lista taxativa de las causales de nulidad del acto jurídico

2) Por la acción de impugnación²⁵: Se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico. Esta acción en cambio ataca su contenido, es decir el presupuesto biológico que determina el nexo biológico entre reconocente y reconocido.

La impugnación en nuestra norma sustantiva, está prevista en el Título I de Filiación Matrimonial como negación de paternidad y en el Título II de Filiación extramatrimonial como impugnación de reconocimiento y como negación de paternidad para el hijo nacido de mujer casada; para todos los casos el legitimado activo es un sujeto distinto.

En ese sentido, la impugnación de paternidad para el caso materia de este análisis tiene, según la norma²⁶, como único titular de la acción, al cónyuge. Es decir que solo el esposo puede ser juez de su propia paternidad²⁷; él y solo él, puede decidir la aceptación de la paternidad del hijo de su cónyuge y obviar el adulterio, bloqueando la posibilidad que un tercero pueda cuestionarlo, todo en aras de evitar una grave repercusión familiar que tendría si decidiera accionar con la negativa de paternidad.

²⁵ Código Civil. Título I de Filiación Matrimonial, Artículo °363, que contempla la negación de paternidad matrimonial. Título II de Filiación Extramatrimonial, Artículo 399°, que dispone la impugnación del reconocimiento.

²⁶ Código Civil. Artículo 367°.

²⁷ Placido V., Alex F. El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor o de los herederos de éste, en la investigación de la filiación. Lima, <http://dike.pucp.edu.pe>. P.p. 36.

El **artículo 363°** del Código Civil contempla una lista de supuestos por los cuales el esposo podrá presentar judicialmente una negativa de paternidad matrimonial o impugnación de paternidad matrimonial, y dentro de esas causales considera a la prueba genética del ADN u otra con igual o mayor grado de certeza.

Sin embargo, la norma a pesar de la lista taxativa de causales por las que puede declararse la paternidad extramatrimonial, y dentro de las cuales está el **inciso 6** que señala la posibilidad de acreditar la paternidad con prueba de ADN, dispone a su vez una limitante solo para este inciso, el cual no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad; y aunque no señala una limitante para el resto de los numerales como el **inciso 2** que dispone que procede la declaración de paternidad extramatrimonial *“cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia; esta omisión podría entenderse como una habilitación de la norma, en base a ese numeral, al padre biológico y al hijo para demandar la declaración de paternidad extramatrimonial, la respuesta, por el momento, es negativa, debido a que la propia norma menciona una vez más otra limitante al disponer que “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”*, por consiguiente siendo la prueba genética la forma por excelencia de acreditar el nexo biológico, la posesión constante de estado, debiera ser suficiente para acceder a la filiación biológica entre hijo y padre biológico.

Asimismo **los artículos** 396° y 404°, nuevamente, señalan al esposo como el acreditado para la acción de negación de paternidad del hijo de mujer casada, por lo que solo si el cónyuge decidiera accionar y obtuviera una sentencia favorable, recién el niño podrá ser reconocido por su padre biológico.

Por otro lado, la norma como parte del contenido de la Filiación Extramatrimonial, regula en su **artículo 399°** la impugnación de reconocimiento, determinando que 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°. Entonces si en un registro de nacimiento en el cual participa con el reconocimiento la madre (o mujer casada), y participa el cónyuge con el reconocimiento tácito, se podría entender que la norma estaría habilitando para impugnar dicho reconocimiento al hijo o a su propio padre biológico, y la respuesta es negativa, debido a que la presunción de paternidad matrimonial sigue colocándose por encima de los otros supuestos.

Continuando en la búsqueda del camino que permita la habilitación para la impugnación de paternidad a persona distinta al cónyuge, la norma sustantiva nos presenta el **artículo 376°** que señala que cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, ésta no podrá ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo. En una lectura opuesta del precepto legal señalado, y tomando en

cuenta la variada realidad, donde existe un registro con una partida de nacimiento que no está acorde con la partida de matrimonio de la madre, al haberse declarado como padre a alguien distinto al esposo, al no existir posesión constante de estado de parte del cónyuge sino del padre biológico, se entendería que se está habilitando al hijo a impugnar su paternidad matrimonial. Así también el **artículo 367°** si bien no le otorga directamente la titularidad de la acción al hijo tampoco se lo prohíbe. En sentido amplio, los mencionados artículos le permitirían el ejercicio de su derecho al hijo, lo cual no implicaría un actuar contrario al ordenamiento jurídico.

El mandato constitucional de protección de la familia ordena atender no sólo a la que nace de un matrimonio sino también a la que surge de otras convivencias no matrimoniales. En consecuencia, la impugnación de paternidad matrimonial tal cual está prevista por la norma, habría sido superada por la diversa realidad y más bien estaría yendo no solo contra nuestra carta magna sino en contra de una norma supranacional que apunta a una protección integral del niño.

2.3 La filiación o declaración de paternidad, la posesión de estado y su legitimación para interponerla, como alternativa a la inacción o negativa del esposo.

La declaración de paternidad es la constatación jurídica en la filiación extramatrimonial, surge por el reconocimiento voluntario que se da en el registro de nacimiento o posteriormente; y por declaración judicial que opera a falta de voluntariedad o en caso de controversia. Para este último caso el perjudicado, es

decir el hijo o la madre en su representación, goza de la facultad de pedir que inicie la investigación pertinente y que se declare finalmente la relación jurídica familiar. Pero la misma suerte no corre para el hijo nacido de una mujer casada, que encuentra un obstáculo en la norma para acceder a su derecho a la identidad biológica.

En el año 2005, se promulgó la Ley N° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que modifica el artículo 402° inciso 6 del Código Civil; y que además dispone en su artículo 1 que: *“quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada”*

A pesar de las modificaciones que ha sufrido el Código Civil, aún contiene algunas limitaciones legales para iniciar la investigación de la paternidad. Estos obstáculos parten de la presunción relativa de paternidad matrimonial prevista en los **artículos 361° y 362°**; continúa en el artículo 367° que asigna la titularidad de la acción contestatoria al esposo y en caso de muerte a sus herederos, existiendo un plazo para presentarla; con lo cual se estaría encontrando una barrera, debido a que éste o sus herederos cuentan con la facultad de abstenerse o de accionar respecto a la impugnación de paternidad, y por tanto ya no existiría una presunción de paternidad relativa sino absoluta, que iría en contra del derecho a la identidad del propio titular, de su derecho a conocer su origen y establecer su filiación biológica, orden natural del que estaría yendo en contra nuestro ordenamiento jurídico. Sumado a dichas limitantes, están los artículos 396° y 404°

que también condicionan la filiación a la voluntad de accionar del esposo y del resultado favorable que obtenga y el círculo de los obstáculos se cierra con el artículo 402° a través de los supuestos taxativos que tampoco son de aplicación para el hijo nacido de mujer casada, y tampoco se toma en cuenta que la Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, señala que un tercero con legítimo interés podría accionar para el establecimiento de la Filiación.

El derecho a conocer a los padres supone ante todo la protección del menor frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos.

En ese sentido, el derecho a conocer a los padres tiene como fin la determinación jurídica del vínculo filial, por el cual cada persona podrá figurar como hijo de quien verdadera y biológicamente lo es, puesto que dispondrá de medios que el Derecho pondrá a su alcance para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella.

El ordenamiento jurídico debe estar acorde con la norma suprema nacional y con la norma supranacional constituida por la Convención de los Derechos del Niño, que propenden la protección integral del menor, la cual se inicia con el ejercicio pleno de su derecho a la identidad, que le permitirá establecer su filiación no solo

biológica sino jurídica, por la cual accederá a la realidad biológica de su estado filial y dejará de estar unido con quien no tiene vinculo consanguíneo alguno de ser el caso.

Es evidente que las actuales valoraciones jurídicas exigen fortalecer el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, tomando como consideración primordial el interés superior del niño, por lo que se hace imprescindible brindar una adecuada regulación, o mejor aún, una pronta adecuación jurídica a la Filiación.

Bajo ese contexto que tiene el tratamiento de la filiación, podría entenderse que el código sustantivo estaría vulnerando un tratado internacional, al tener entre sus preceptos, normas que contrarían al pacto internacional o por haber omitido establecer regulación que haga posible el cumplimiento de lo que la norma supranacional contempla respecto al resguardo de los derechos del menor.

LA POSESION DE ESTADO DE FAMILIA

El título de estado de familia es la prueba privilegiada²⁸. El estado de familia tiene dos acepciones: el emplazamiento en determinado estado de familia y el conjunto de instrumentos públicos de los cuales resulta el estado de familia de una persona.

²⁸ Plácido V., Alex F. Manual de derecho de familia. Primera edición. Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2001. Pp. 36 -39

En ese orden de ideas, quien se halla provisto del título de su estado de familia, tiene la titularidad, aunque esto es independiente de la situación de hecho que al estado le corresponde, el cual puede existir con título o sin él; como sucede con esta situación materia de análisis, cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y que afirman ser los padres.

La posesión de estado tiene importancia práctica en aquellas situaciones que le permite a la ley presumir a quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de familia, reconoce a través de ello, la existencia de presupuestos sustanciales del estado. Es decir que la posesión de estado crea un estado aparente de familia, cuando existe posesión de estado pero no hay título, como el estado filial, que podrá convertir en estado de familia de hijo a través del emplazamiento, sea por reconocimiento o por sentencia judicial de paternidad.

Por consiguiente, la posesión de estado, está vinculada a acciones de la vida diaria que evidencian que un padre sabe quién es su hijo y viceversa, y a ello obedece al trato de ambos, y a que los demás conocen dicha situación. Se acepta desde tiempo atrás que la posesión constante tiene 3 elementos característicos, el nombre (nomen), el trato (tractus) y la fama; y estos tres elementos de la posesión constante deben haberse dado en forma notoria, constante, ininterrumpida e inequívoca.

En cuanto al nombre, según el artículo 19 del Código Civil, este incluye el pre nombre y los apellidos. Respecto al nombre, se entiende que ha hay posesión constante de estado, cuando el hijo lleva el apellido del presunto progenitor y además en la propia acta de nacimiento aparecen sus datos y por consiguiente se consigna el apellido del progenitor como propio, existiendo pleno conocimiento del hecho sin presentar disconformidad con el mismo, lo cual produciría una suerte de aceptación tácita a esta relación paterno filial.

En lo que concierne al trato, es algo más fáctico, se entiende que hay una posesión constante de estado, cuando existe una relación paterno filial, donde el hijo disfruta no solo del afecto sino de la protección, en sentido amplio, del padre

En lo que se refiere a la fama, se entiende que hay posesión constante de estado, en la relación directa con los terceros, donde personas cercanas o conocidos del presunto progenitor han presenciado la relación de paternidad entre el presunto progenitor y el hijo.

Respecto al estado de familia el Código Civil, el **artículo 375°** señala respecto a la filiación matrimonial que a falta de las pruebas previstas, queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado; y en aplicación del sentido contrario sino se demostrara, surgiría una posibilidad para la filiación extramatrimonial del hijo nacido de una mujer casada, cuya posesión de estado de familia la tiene su padre biológico.

Así también el código sustantivo dispone en el **artículo 404° (2)** que cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión

constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia, procederá la declaración judicial paternidad extramatrimonial, salvo que se optara por la prueba genética; este numeral también podría dar lugar a la filiación extramatrimonial del hijo nacido de una mujer casada, dándose legitimidad para accionar a persona distinta al marido, por mantener una posesión constante de estado.

2.4 Test de razonabilidad: Derechos de familia vs derechos individuales

En la búsqueda de la filiación, surge un problema, la coexistencia de intereses contrapuestos, un conflicto de filiaciones incompatibles, la matrimonial y la extramatrimonial y derechos con pretensiones diferentes, por lado la del hijo a conocer a su real filiación, su origen biológico, su identidad, y por el otro la del presunto progenitor, ya sea por un interés personal, traducido en su derecho a la intimidad o por proteger la unidad familiar. En ese sentido se trata de verificar los límites de cada uno y para ello se recurre a la ponderación de bienes, como sostiene el Profesor Placido:

La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, como cuando y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien (Placido 2010: 44).

La forma de entender el contenido del derecho a conocer a los padres, restringido exclusivamente a los supuestos permitidos para iniciar la búsqueda de la filiación,

si bien se encuentran detallados en el texto de la norma, llevan a un concepto solo basado en presunciones y, en consecuencia, se torna restrictivo.

Arribar a la verdad biológica y establecer la filiación de paternidad extramatrimonial implica pasar por la afectación de derechos de las partes involucradas. Dicha existencia de contraposición de pretensiones, requiere del asentimiento voluntario o involuntario de una de las partes, consiguiéndose la prevalencia de uno sobre el otro. Desde un sector se estima que se lesiona el derecho a la intimidad del presunto progenitor o esposo de la madre, y su eventual violación del derecho, devendría en el sometimiento a la prueba de ADN al que es conminado al recaer la carga de la prueba sobre él en la negativa de paternidad. Pero para otro sector, no resulta invasivo dicho sometimiento, debiendo prevalecer el interés social y el orden público que involucra el derecho a la identidad sobre el derecho a la intimidad del presunto progenitor²⁹.

La aplicación del test de razonabilidad³⁰ se justifica en ciertos casos y por especiales razones el derecho puede ser alterado de modo legítimo. El Tribunal Constitucional lo considera una suerte de análisis proporcional vinculado con el valor superior de justicia. En ese sentido, es el medio para llegar a resolver si las normas sobre el establecimiento de la paternidad extramatrimonial están acorde con los preceptos constitucionales que protegen a la familia, como institución

²⁹ LLOVERAS, Nora. La Filiación en la Argentina y en el Mercosur. Buenos Aires, Editorial Universidad SRL, 2007. P.p. 346.

³⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El proceso de filiación extramatrimonial. Moderno tratamiento legal según la Ley 28457. Lima, Gaceta Jurídica, 1ra edición, 2006. P.p.99-104.

natural y fundamental de la sociedad, o están acorde con el derecho a la identidad, o si por el contrario representan una violación directa a los derechos del demandado.

El derecho del hijo a obtener su filiación no está circunscrito por la esfera de privacidad o derecho a la intimidad del presunto progenitor, debido a que está de por medio el interés social y el orden público para el establecimiento del vínculo familiar que le corresponde, quedando la intimidad desplazada por la investigación filial. En suma, el derecho a conocer su origen biológico del hijo, tiene una primacía sobre el derecho a la intimidad del presunto progenitor.

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran³¹:

A) El principio de idoneidad o adecuación³²:

Toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, Sentencia N° 00050-2004-AI, 3 de Junio de 2005. Proceso de Inconstitucionalidad Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil Ciudadanos C/. Congreso de la República. Aplicación del Test de Razonabilidad en la Equidad Pensionaria.

³² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, Sentencia N° 00050-2004-AI, 3 de Junio de 2005.Op.cit.

legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine.

Trasladando el razonamiento del Tribunal Constitucional al presente estudio, la impugnación de paternidad extramatrimonial de hecho persigue un fin constitucionalmente legítimo, teniéndose en cuenta que lo que se busca es la realización de valores superiores como justicia, igualdad y dignidad, considerados, desde la perspectiva constitucional, totalmente legítimos y considerados como consustanciales del Estado social y democrático de derecho y siendo el estado el que vela porque todas las personas gocen de una identidad y filiación, con la finalidad de proteger a la familia como institución. En este sentido, mediante la impugnación de paternidad se pretende que las personas puedan establecer su filiación, lo que da como resultado la realización de dichos valores superiores y siendo, y su legitimidad radica en el hecho mismo de que es un imperativo del Estado social y democrático la protección no solo de la familia sino de promover la investigación de la verdad biológica.

B) El principio de necesidad³³:

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o

³³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, Sentencia N° 00050-2004-AI, 3 de Junio de 2005.Op.cit.

mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

Las personas gozan del derecho de llevar un nombre y a tener un padre y una madre, que en primer orden, por naturaleza merece, y por consiguiente a gozar de una filiación, la que debe ser, en el caso de la filiación extramatrimonial reconocida voluntariamente o por imperio de la ley. Aquí subyace la necesidad, el requerimiento³⁴. Todo ello forma parte del derecho fundamental a la identidad, el cual debe ejercerse en condiciones de igualdad y de justicia, por lo que impedir el acceso a la filiación, constituiría una restricción al derecho a conocer a sus padres, y por ende vincularse biológicamente. La alternativa más acorde y constitucionalmente legítima, para eliminar una involuntaria paternidad, y cumpliéndose con el principio de necesidad, se realiza en la presente situación materia de análisis, con la posibilidad de la posibilidad de acceder a la verdad biológica, a no ser privado de una paternidad cierta.

C) El principio de proporcionalidad strictu sensu³⁵:

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

³⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Lima, Universidad de Lima, 1999. P.p. 450.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU, Sentencia N° 00050-2004-AI, 3 de Junio de 2005.Op.cit.

La realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en los derechos de las partes, decidiendo la aplicación preferente de uno de los derechos que convergen. Los derechos del menor no pueden ser subvalorados frente a los derechos del titular de la acción, menos si se trata de un menor protegido por un interés superior. En ese sentido, la posibilidad de acceder a una paternidad biológica, no afectaría el contenido esencial del derecho del titular de la acción. Sería legítima la posibilidad que se le otorgue al menor o a la madre en su representación o al padre que voluntariamente desee vincularse biológicamente, en la medida que el grado de injerencia, basada en la justicia, dignidad e igualdad, es proporcional al grado de afectación del derecho del titular de la acción, porque no lo vacía de contenido ni tampoco desprotege a quienes gozan de él.

La validez de las leyes³⁶ que regulan los derechos fundamentales debe ser evaluada teniendo en cuenta la preservación de su contenido esencial y la existencia del test de razonabilidad que justifique determinadas restricciones del contenido no esencial y adicional de dichos derechos. Siendo indispensable que no se sobrevalore la institución familiar en desmedro de los derechos del menor y sobretodo de la finalidad constitucional de la protección del derecho a la identidad y la promoción de la paternidad.

³⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Lima, Universidad de Lima, 1999.

CAPÍTULO 3.- RECURSOS LEGALES- ANALISIS NORMATIVO

3.1 La alternativa legal según el Código Civil de 1984

La problemática que presento, se encuentra dirigida a determinar el nivel de protección normativa que otorga nuestro Código Civil al menor nacido como consecuencia del adulterio o no, de la madre. Puede haberse dado como consecuencia de un acto de infidelidad, pero también puede tratarse de un nuevo hogar, conformado por la mujer casada y un tercero, que no puede formalizarse por la ausencia de pronunciamiento del marido, sea por abandono del hogar conyugal sin domicilio conocido o por la negativa de éste a la disolución del vínculo matrimonial.

El presente caso se inicia cuando una mujer casada sostiene relaciones íntimas con un tercero ajeno a la relación marital, cualquiera sea la circunstancia, y como consecuencia de ello procrea un hijo (extramatrimonial); el paso siguiente es el accionar del padre biológico del nacido, que deseando reconocer a su hijo, acude con la madre al Reniec para registrar la partida de nacimiento del menor, pero sin tener la posibilidad de suscribirla; luego de este paso, le es cursada una notificación por Reniec al esposo, como parte del procedimiento registral por estar establecido por ley; posteriormente puede resultar, y generalmente sucede así, que el marido no solo no formule cuestionamiento alguno a dicha circunstancia ante Reniec, mostrando una aparente conformidad con el registro que efectúa la madre donde aparecen los datos de un tercero en calidad de padre, sino que decide no accionar

judicialmente, a través de la impugnación de paternidad matrimonial del niño, quizás por considerar que el registro de nacimiento efectuado por la madre y padre biológicos, en el cual está ausente su nombre, es suficiente para salvar cualquier responsabilidad respecto del menor o también puede asumir que no tiene validez alguna considerándolo como no puesto, de acuerdo a lo dispuesto por ley.

Tomando en cuenta lo regulado por nuestro Código Civil, el acto de reconocimiento constituye el mecanismo irrevocable a través del cual los padres del nacido manifiestan tener la condición de tales respecto de éste, constituyendo el medio de prueba de la filiación según el **artículo 395°** Código Civil. Cuando se trata de un hijo matrimonial, la ley señala que bastará que uno de ellos lo registre, para que quede validado el reconocimiento de ambos por la existencia del vínculo matrimonial; por otro lado, cuando se trata de un hijo extramatrimonial, éste puede ser reconocido, o bien en forma conjunta por la madre y el padre o bien en forma indistinta por cualquiera de ellos, según el **artículo 388°** del código sustantivo. Respecto a este último supuesto de hecho referido, podría entenderse que el hijo extramatrimonial nacido tiene la condición de hijo del padre biológico, independientemente de la determinación de la filiación, pero dentro de la norma sustantiva se evidencia que respecto del padre extramatrimonial no juega presunción alguna, pues la ley no ampara relaciones extra matrimoniales; entonces establecer la relación paterno filial va a implicar, por un lado, la existencia de un acto libre y voluntario de reconocer, por parte del padre, esta condición respecto de su hijo, y si ello no fuera posible, se requerirá de una acción judicial de emplazamiento, para que el órgano jurisdiccional declare esta relación paterno

filial, por lo tanto, el reconocimiento o la sentencia de paternidad son los únicos medios de prueba de una filiación extramatrimonial.

Sin embargo nuestro ordenamiento civil, también ha previsto otra variante en la filiación de un hijo extramatrimonial, ha impuesto una limitación a la declaración de paternidad efectuada por un tercero sobre el hijo extramatrimonial nacido durante la vigencia del matrimonio de la mujer, declarando la presunción de paternidad matrimonial del esposo sobre los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio o dentro del plazo de trescientos días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial, manteniéndose dicha presunción incluso cuando la propia madre del menor manifieste que no es el padre del niño (artículo 362° Código Civil), todo ello con la finalidad de preservar la unión familiar en la sociedad.

En consecuencia, el reconocimiento de paternidad efectuado por el tercero, estará sujeto a la voluntad del marido de decidirse a impugnar judicialmente la paternidad del niño, pero tampoco será suficiente con impugnar la paternidad del niño, sino además será necesario obtener una sentencia judicial favorable (**artículo 396° Código Civil**³⁷), para que proceda la filiación extramatrimonial del hijo de una mujer casada.

Es decir, que será el exclusivo criterio y la decisión del marido de impugnar la paternidad del hijo de su esposa, los que coadyuven a que el reconocimiento pueda ser efectuado por el padre biológico y sea considerado válido por el

³⁷Código Civil, artículo 396°: El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

ordenamiento civil, cuestionamiento de paternidad que el marido podrá efectuar en un plazo perentorio de noventa días contados a partir del día siguiente de ocurrido el parto (luego de transcurrido dicho plazo el marido no podrá cuestionar en forma alguna la paternidad del hijo extramatrimonial); interpretando en sentido contrario, que si no se realiza la impugnación de paternidad, se producirá una aceptación tácita de paternidad matrimonial (artículo 364° Código Civil), confiriendo al hijo nacido todos los derechos que pudieren corresponderle en su calidad hijo matrimonial, y a pesar de haber sido registrado por la madre con el apellido del padre biológico, le asiste al marido, la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional, a fin de solicitar la rectificación de la partida de nacimiento del menor, en el extremo de los datos “del padre” del menor, no pudiendo ampararse el padre biológico en el artículo 399° del Código Civil³⁸ para accionar en contra de ese reconocimiento tácito.

Nuestro ordenamiento legal no reconoce el derecho de una persona para reclamar la determinación de su filiación o para impugnarla, minimiza el acceso al ejercicio de un derecho como es el de la identidad, lo cual lleva inmersa la idea de buscar la protección de valores familiares tradicionales. El ordenamiento jurídico debiera conferir legitimidad al tercero para intervenir, tan igual como le concede al marido para cuestionar la paternidad, sin asumir presunciones que impiden que se haga un registro real en Reniec, acorde a la identidad del menor.

³⁸ Código Civil, 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°.

EL CÓDIGO CIVIL DE 1936

El Código Civil de 1936, a través de las disposiciones contenidas en los artículos 299º al 313º y 348º al 389º, establecía una distinción entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, denominando a los primeros hijos legítimos y a los segundos hijos ilegítimos. Más aun en su artículo 31º, inciso d, establecía que en toda partida de nacimiento se debía anotar la filiación legal de su titular, es decir su condición de hijo legítimo o ilegítimo.

Con el Código sustantivo anterior, los hijos nacidos de padres no casados eran denominados hijos ilegítimos, acepción que no sólo implicaba desigualdad de trato legal con los hijos de padres casados, llamados legítimos, sino también que conllevaba una calificación peyorativa. Tal como se evidencia en el articulado del Título II denominado las relaciones de parentesco legítimas e ilegítimas.

Así también, Sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio, el **artículo 314º** del Código Civil de 1936, establecía que los hijos nacidos fuera de matrimonio se legitimaban por subsiguiente matrimonio de sus padres, lo que operaba de pleno derecho, o por declaración judicial, otorgándole los mismos derechos que los hijos legítimos, y el artículo 325º disponía que la legitimación por subsiguiente matrimonio, fuera anotada en la parte marginal de la partida. Sin embargo, debe el artículo 6º de la Constitución Política de 1979, eliminó la condición de legítimo e ilegítimo, de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio de los padres, prohibiendo toda referencia tanto a la condición de estos como al estado civil de

los progenitores, en mérito de lo cual el Código Civil de 1984 no recogió la legitimación como institución del régimen jurídico familiar.

En relación al articulado vinculado con la filiación matrimonial y extramatrimonial, la norma sustantiva lo reguló del siguiente modo:

Artículo 299.- El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido. La misma presunción relativa que existe en el actual artículo 361°.

Artículo 300.- El hijo se presume legítimo aunque la madre declare contra su legitimidad o sea condenada como adúltera. El cambio es mínimo y de forma además del cambio del termino legitimo por matrimonial, todo ello dispuesto actualmente en el artículo 362°.

Artículo 301.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo:

1.- Cuando el hijo naciere antes de cumplidos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio;

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

3.- Cuando hubiere estado judicialmente separado en la época de la de la concepción. No podrá alegarse esta causa, si los cónyuges hubiesen cohabitado durante la época referida;

4.- Cuando adoleciere de impotencia absoluta.

Esta disposición aparece hoy regulada en el artículo 363° y se adiciona un quinto inciso, que da paso al uso de la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) conocida como molécula de la vida, u otras pruebas biológicas y de validez científica a fin de destruir la presunción paterna³⁹, y probar que entre el esposo de la mujer que alumbró un hijo y éste no existe vínculo paterno filial.

Artículo 303.- La acción para negar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes legítimos podrán continuar el juicio si él lo hubiera dejado abierto. Igual de restrictivo que el actual artículo 367°, que señala solo un legitimado activo.

Artículo 313.- Cuando se reúnan en favor de la filiación legítima la posesión y el título que da el registro de nacimientos, no podrá ser contestada por ninguno ni aún por el mismo hijo. La norma actual agregó un requisito adicional: las partidas de matrimonio, y aparecen contenidos en el artículo 376°

Artículo 356.- Cuando el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente, no podrá revelar el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo. Tenía su equivalente en el artículo 392, pero esta derogado a la fecha.

³⁹ Aceptación que significa tener como padre al marido de la mujer que lo alumbró. Pater is est quem nuptiae demonstrant (padre es quien las nupcias demuestran).

Artículo 361.- El hijo ilegítimo llevará el apellido del padre o de la madre, según quien lo hubiera reconocido o el del padre si fue reconocido por ambos. Actualmente recogido en el artículo 388° con la variante del término hijo extramatrimonial y no hijo ilegítimo.

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; (suprimido)
- 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. (suprimido)

El Código Civil de 1936 se pronuncia por la investigación judicial de la paternidad, pero sólo bajo cinco supuestos; fuera de ellos no era posible iniciar acción judicial.

La aplicación de esta legislación restrictiva, trajo como consecuencia que muy pocos casos tuvieran aceptación judicial, y el resto culminara desfavorablemente para los menores. Recién el 28 de diciembre de 1998 se expide la ley que posibilita acudir a los medios científicos para acreditar la relación parental. Hoy

aparece en el Código Civil de 1984 con un numeral más en el artículo 402°, que dice a la letra: (6) “Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Y con una condición de por medio, que dispone que el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. Si bien se amplió el campo de acción a otras pruebas de validez científica, lo que no sucedía en el Código Civil de 1936, también se sumó una nueva restricción para los casos de hijos nacidos de una mujer casada.

Artículo 372.- Si la madre estaba casada en la época de la concepción sólo puede admitirse la acción para que se declare la paternidad en el caso de que el marido hubiera negado al hijo y obtenido sentencia favorable. El plazo para intentar la acción corre desde la fecha de la sentencia. Actualmente este dispositivo se halla regulado en el artículo 396°.

3.2 El sistema de filiación en la Constitución Política de 1993 y el Control Difuso

3.2.1 Sistema de filiación en la Constitución Política de 1993

El artículo 2°, señala que toda persona tiene derecho a su identidad (inciso 1), a la igualdad ante la ley (Inciso 2). El artículo 4° señala que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente...También protegen a la familia y promueven el matrimonio. El artículo 6° menciona que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y

promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

Es decir, que nuestra carta magna señala como derecho fundamental, el derecho a la identidad, el cual comprende diversos elementos de identificación, todos importantes para el desenvolvimiento individual y de la vida social de la persona, por lo que debe ser entendido en un sentido amplio. Es decir que el sistema constitucional de filiación responde a la concepción de familia considerándola como una sola, sin importar si su origen es matrimonial o extramatrimonial.

En ese sentido, ante el surgimiento de conflicto de intereses, las soluciones que se adopten deben reflejar como una consideración primordial, el principio de protección de los niños y adolescentes, teniendo el Estado la obligación de adoptar acciones positivas para afirmar el vínculo filial, de igual forma, destaca la existencia de un interés público y del interés de los particulares, en esta materia.

En consecuencia, tomando en consideración el sistema constitucional de filiación de la Constitución de 1993, debiera procurarse un régimen legal que se sustente tanto en interés del menor como en la verdad biológica⁴⁰., buscando que la regulación sobre filiación favorezca el hallazgo de la

⁴⁰ RENIEC. Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima, Julio 2010. Derecho registral y derecho de familia. P.p.496-533

verdad biológica para que se haga efectivo el deber de los padres de prestar asistencia a sus hijos, sin más restricciones que las dirigidas a la protección de los intereses del menor.

3.2.2 Control Difuso

El artículo 138⁴¹ de la **Constitución Peruana**, señala sobre el control difuso, que en caso de existir en un proceso, incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, e igualmente, preferirán la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Nuestra Carta Magna otorga a los jueces la posibilidad de preferir la norma constitucional por encima de cualquier norma de inferior jerarquía⁴².

En ese mismo sentido, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la **Ley Orgánica del Poder Judicial**, establece que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver el fondo de una cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resolverán la causa con arreglo a la primera; debiendo elevarse en consulta las sentencias en las que se efectúe el control difuso, a una Sala de la Corte Suprema.

⁴¹ Constitución Política del Perú. 1993

⁴² RENIEC. Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Departamento de Sistematización jurídica de registros civiles, Año II, N° 02, 2008. Pp.13

Que el mencionado control constitucional, constituye una prerrogativa de *ultima ratio*, por lo que no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional. En razón de esta situación **el Código Procesal Constitucional**, en su artículo Vi del Título Preliminar, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los fundamentos de la constitucionalidad en materia de control difuso, son: la supremacía constitucional, la jerarquía de las normas jurídicas y la inviolabilidad constitucional, teniendo como características⁴³:

1. Que se plantea como excepción, en un caso concreto
2. Que el juez al resolver se pronuncia sobre la inaplicabilidad de la norma inconstitucional
3. Que los efectos de la sentencia se aplican únicamente a las partes involucradas en el proceso.

Este dispositivo confiere una facultad expresa a los jueces para la aplicación del control difuso. Es decir que además de tener la facultad, tendrán el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, sea por la forma o por

⁴³ RENIEC. Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Departamento de sistematización jurídica de registros civiles, Año II, N° 02, 2008. P.p. 127.

el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución⁴⁴.

El control difuso como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como Judicial Review remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison en el año 1803 en los Estados Unidos de América, donde se resolvió que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le son sometidos de conformidad con la constitución inaplicando la ley inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha labor corresponde a todos los tribunales y jueces, no limitándose a uno en especial.

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es entonces competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, pero debe tenerse en cuenta que la ley no dejará de estar vigente, sino que solo se inaplicará al caso concreto, a una controversia específica, de naturaleza incidental, es por ello que se puede afirmar que los efectos de la aplicación del control difuso sólo afectará a las partes vinculadas en el proceso, no es *Erga Omnes*. En los países en que se ha incorporado, aparece dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación "difuso", referido a distribuido o difundido entre todos los órganos jurisdiccionales que integran dicho poder del Estado). Otra

⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. Sentencia N.° 3741-2004-AA/TC, 14 de Noviembre de 2005.

característica resaltante, es el hecho que para la aplicación del control difuso se cuenta con un procedimiento directo.

El Tribunal Constitucional señala que el control difuso de la constitucionalidad⁴⁵ de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. En tal sentido al constituir un acto complejo al omitirse la aplicación de una norma cuya validez, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado, se requiere para su validez, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

1. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).
2. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
3. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. Exp. N.° 1124-2001-AA/TC, 11 de Julio de 2002.

la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Por consiguiente, tomando como referencia los supuestos del control difuso de constitucionalidad, la presunción de paternidad matrimonial y el exclusivo derecho del esposo a impugnarla, restringiría el acceso del menor o del padre biológico para iniciar la búsqueda de su verdadera filiación, afectando principalmente el derecho a la identidad del titular, tornándose en inconstitucional la aplicación restrictiva de la norma sustantiva.

El Código Civil a través de los artículos 396° y 404° estaría obstaculizando que un ser humano tenga la filiación que legalmente le corresponde, de ahí a que su inaplicación resulta relevante para dar la solución al conflicto que se suscita entre derechos, estando el derecho a la identidad del menor por encima del derecho del esposo a resguardar su derecho a la intimidad.

La inaplicación de la norma señalada, se sustenta en última instancia, en la dignidad de la persona humana, como valor supremo a partir del cual se desarrolla el ejercicio de los derechos humanos, por ello en un caso concreto, el juez debe preferir el derecho del menor a conocer a sus padres y dejar de aplicar las normas que se oponen a esa finalidad, lo que supondrá para ese titular, el acceso al conocimiento de su origen biológico.

3.3 El Código de los Niños y Adolescentes

El **artículo 6º**, señala sobre el derecho a la identidad, “que éste incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”, asimismo determina “la obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal”. Es decir que toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado se considera en el principio del interés superior del niño.

El cuerpo normativo antes citado, prevé en el **artículo IX del Título Preliminar**, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado, a través de sus poderes e instituciones, así como en la acción de la sociedad, se deberá considerar primordialmente el principio del interés superior del niño y el adolescente y el respeto de sus derechos. Pero también se desprende la obligación de la aplicación irrestricta de las normas referidas a la presunción de paternidad del hijo matrimonial, que se prevén en el Código Civil.

Lamentablemente, esta norma nacional resulta muy temerosa en la regulación sobre filiación y si bien no desarrolla los postulados de la Convención, pareciera que el respeto de los derechos del niño a conocer su origen, está en función del

interés de sus padres, colocando en un segundo plano el derecho a conocer a sus padres estaría en un segundo plano, y todo como consecuencia de haber nacido dentro de la institución del matrimonio.

Por tratarse de la norma especial de desarrollo legislativo nacional de los postulados del instrumento internacional, considero que debiera darle el alcance que le corresponde al derecho a la identidad.

3.4 La Convención sobre los Derechos del Niño

Este tratado Internacional aprobado en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es la primera norma en materia de derechos humanos que reconoce específicamente a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, siendo el Estado, la Sociedad Civil y la Familia los responsables de garantizar el cumplimiento integral de los derechos allí establecidos.

La Convención contiene normas orientadas y destinadas a la protección y cuidados necesarios de los niños.

El **artículo 3°** de la Convención, determina 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 la que se atenderá, será el interés superior del niño”

El **artículo 7º** de la Convención sobre los Derechos del Niño, aborda el derecho a la identidad y señala que: “éste será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, es decir el derecho a una identidad plasmada en un certificado de nacimiento, y siempre teniendo como base el principio del interés superior del niño.

El **artículo 8º** de la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que “se debe **respetar** el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares** y que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

En consecuencia, toda persona, en su calidad de hijo, tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos, para establecer su identidad filiatoria. Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7º de la Convención). Desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8º de la Convención).

Lo establecido por este instrumento legislativo internacional⁴⁶ se colige con nuestro sistema constitucional de filiación⁴⁷, por cuanto la persona tiene derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos; y por tanto, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares⁴⁸. Este tratado internacional pone en evidencia un expreso reconocimiento al derecho a la identidad filiatoria y a una verdadera concepción de familia, tal como lo hace nuestra norma suprema.

Lo que pareciera contrario a esta norma supranacional, es el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil de 1984, formulados antes de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Constitución de 1993, al mantener una temerosa regulación en el primer caso, y restrictiva en el segundo, distinta a la norma suprema nacional y a la norma supranacional, que apuntan hacia un sistema de protección integral de la infancia.

Tomando en cuenta el marco del sistema constitucional de filiación, resulta evidente que la actual controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la que se refleje como

⁴⁶ Convención Internacional de los Derechos del Niño. Nov.1989

⁴⁷ Constitución Política del Perú. 1993. Artículos 1°, 2°, 4°,6°

⁴⁸ RENIEC. Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima, Julio 2010. Derecho registral y derecho de familia. P.p.496.

consideración primordial el interés superior del hijo⁴⁹, dejando de lado disposiciones legislativas aún existentes en el régimen legal de filiación, que terminan siendo normas que obstaculizan al ser humano para que acceda a conocer su origen biológico y logre ser legalmente hijo de quien biológicamente lo es.

El principio del interés superior del niño contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, se refleja con más énfasis en los procesos de filiación, en los que se busca la protección del derecho a la identidad, a que el hijo conozca sus raíces, a que viva con dignidad al ser parte de su verdadera familia.

CAPÍTULO 4.- RENIEC Y EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DEL HIJO O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA

4.1 Procedimiento en el RENIEC del registro de hijo o hija nacido de mujer casada

El **artículo 183°** de nuestra Constitución señala como funciones del RENIEC “la inscripción o registro de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifiquen el estado civil... entre otras funciones”. De esta manera es obligación del RENIEC verificar la identificación personal de los ciudadanos para garantizar que se encuentren debidamente inscritos en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales del RENIEC. En tal sentido respecto al derecho fundamental a la identidad, cualquier interpretación que ha de realizarse, debe

⁴⁹ RENIEC. Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima, Julio 2010. Derecho registral y derecho de familia. P.p.496-533.

hacerse de conformidad a lo establecido en la Carta Magna y considerando lo dispuesto por la Ley Orgánica del RENIEC.

Asimismo, el Reglamento de Inscripciones en su **artículo 25°** señala que “es deber y derecho del padre y de la madre, inscribir de manera individual o conjunta a sus hijos recién nacidos, dentro de los plazos establecidos en los artículos 23° y 24°”, es decir que el registro de un nacimiento está facultado a efectuarlo el padre o la madre, o por ambos conjuntamente, sin dejar de lado la presunción de paternidad que rige cuando se trata de mujer casada.

La inscripción del nacimiento de una persona en el Registro Civil no solo implica registrar un nombre sino establecer una filiación. Por consiguiente, el registro del acto de Reconocimiento hace nacer el derecho del menor a llevar los apellidos que le corresponden, a ser alimentado, a crecer y desarrollarse al lado de quien lo reconoció, entre muchos otros derechos; todo ese conjunto de derechos, viene a conformar su identidad, que es un derecho fundamental y como tal, merecedor de tutela.

Pero ese derecho fundamental a la identidad se ve ensombrecido cuando el padre registral del menor, que además es su padre biológico, no puede hacer efectivo el reconocimiento, pues encuentra el impedimento de firmar el acta de nacimiento del menor al momento de la inscripción, debido a que la norma establece que el

esposo de la madre es a quien se considera el padre⁵⁰, dejando entrever que la filiación legítima es la procedente del matrimonio, la misma que se funda en el vínculo de filiación materna, el vínculo de filiación paterna y el vínculo conyugal entre los padres.

El registro de nacimiento de un hijo nacido de mujer casada venía llevándose a cabo en el RENIEC, sobre la base del **artículo 362°** del Código Civil, bajo el cual la madre podía declarar como padre a otra persona que no sea su esposo, consignando sus datos y los del padre biológicos, inscripción que no podía ser rechazada por el registrador civil; si bien el menor titular de acta, era inscrito con el apellido de su padre biológico, no quedaba reconocido por éste, al estar impedido de suscribir el acta de nacimiento.

Desafortunadamente para los hijos que nacen de una mujer que mantiene vigente el vínculo matrimonial o que lo ha disuelto luego de la concepción, la situación ha cambiado, debido a que a la fecha no podrán inscribirlos más con los datos del padre biológico. A partir del 01 de agosto de 2017 entró en vigencia la nueva Directiva, norma que sirve de guía para los registros y rectificaciones de hechos vitales. Bajo esta nueva norma se produjo un cambio sustancial respecto al registro de nacimiento del hijo nacido de una mujer casada con un tercero, quedando prohibido el tipo registro que se venía realizando a la fecha, y por el cual en la partida de nacimiento del menor aparecía el nombre del padre biológico del titular, partida que si bien no suscribía, permitía al menor llevar los apellidos de su

⁵⁰ Código Civil 1984. Artículo 362: “ El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”

padre aunque dicho registro no generara la filiación legal por la inexistencia del reconocimiento del padre biológico.

Reniec señala que la figura jurídica que contiene las disposiciones de la Ley 28720 (presunto progenitor) son aplicables únicamente a los procedimientos de inscripción de nacimiento de hijos extramatrimoniales, y que pretender incorporar la citada figura jurídica de “presunto progenitor” respecto a la inscripción del nacimiento de hijos matrimoniales que posee su propia presunción legal contenida en la norma sustantiva de orden público, evidencia una sobre interpretación que no resulta aplicable por desnaturalizar el sentido de la norma⁵¹.

4.2 Derechos que adquiere el hijo o hija respecto al padre biológico luego del registro

En principio el padre biológico no adquiere derecho alguno, pues a pesar de haber llegado a realizar una inscripción de nacimiento del menor con su apellido y el apellido de la madre, para la ley se tendría como no puestos los datos del padre biológico, según el artículo 362 del Código Civil.

En ese orden de ideas, el próximo paso sería que el padre biológico proceda a impugnar la paternidad matrimonial del marido de la madre de su hijo, para luego reclamar para sí la paternidad extramatrimonial de su hijo; lamentablemente la ley no lo ampara y los pronunciamientos de los tribunales, en su mayoría, no hacen sino confirmar y evidenciar la posición del Código Civil de 1984 que señala que

⁵¹ Paredes Gutierrez, Maximo. Informe Reniec 313-2017/GAJ/SGAJR/RENIEC. Lima, p-04

estando la madre casada durante la concepción y no habiendo el marido presentado su negativa de paternidad matrimonial, surge una aceptación tácita de dicha paternidad, por lo que resulta improcedente reclamar judicialmente una filiación paterna diferente a la ya determinada por la Ley⁵².

El siguiente paso que el padre biológico podría dar, es ampararse en la acreditación del vínculo parental entre él y su hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas, pero nuevamente encuentra otra limitante en el Código Civil por lo cual esta salida tampoco le resulta aplicable⁵³.

De igual modo, si el padre biológico buscara que se genere una consecuencia jurídica a partir de su sometimiento voluntario a una pericia técnica para demostrar la veracidad de su afirmación y la determinación del hecho que busca que se investigue, también encuentra una negativa en la ley.

Tomando en cuenta los intentos fallidos del padre biológico, ese menor no tendrá derecho a recibir afecto y alimentos de su padre biológico, por lo menos de forma inmediata, pero tampoco podrá tenerlos del esposo de su madre. Recordemos que el registro de nacimiento, antes de agosto del 2017, dio lugar a un acta de nacimiento donde no se incluía como padre al esposo de la madre. Entonces el siguiente paso de la madre, para salvaguardar la supervivencia de su hijo, sería

⁵² Código Civil 1984. Artículo 396: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

⁵³ Código Civil. Artículo 402, inciso 6: “... Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad”

iniciar un proceso judicial de rectificación de esa partida de nacimiento, para que se incluyan los datos de su esposo, el cual si bien no tiene vínculo consanguíneo alguno con el menor, la ley lo señala como padre del niño. Luego de pasar por dicho procedimiento, recién la madre empezaría otro proceso judicial para reclamarle a su esposo, los alimentos para su hijo.

Sin embargo, a pesar de las limitaciones legales, aquellos padres biológicos que desean firme y voluntariamente vincularse legalmente con el menor, vienen consiguiendo una salida judicial, al encontrar un juez, que haciendo uso de su discrecionalidad, aplica el control difuso de constitucionalidad, el cual da lugar a la existencia de una filiación biológica, y a que se genere para el menor todos los derechos que le son inherentes, como los derechos de afecto, alimentos, educación, sucesorios, etc., todo lo cual culmina ante Reniec con la emisión de una nueva acta de nacimiento del menor con el apellido de su padre biológico, los datos de su padre biológico en el rubro padre y en el rubro de declarante, registro que lo habilita formal y finalmente para gozar plenamente de sus derechos.

La evidente voluntad del padre biológico y la existencia de hechos en la cuales un menor tendrá, en lo inmediato, un padre "social" mas no "legal" (al impedirse el reconocimiento), del cual recibirá afecto, protección, estabilidad familiar, económica y social, necesarias para su desarrollo, como lo estipulan las normas internas y externas, se ven no solo limitados para la formalizar la suscripción de un hecho vital, sino oscurecidos por la propia norma que determina que el reconocimiento intrínseco que existe es del marido de la madre, el cual no podrá

ser removido por el padre biológico. Este tipo de situaciones propician la vulneración de los derechos fundamentales del menor, señalados en la norma suprema, la cual no puede sustentarse por la aplicación de una norma de rango inferior y menos escudarse en la protección de la institución del matrimonio.

Las relaciones de familia requieren de un especial un tratamiento jurídico más efectivo, no solo de parte del juzgador sino del legislador, quien debe tener en cuenta que las normas que afectan a ese grupo social forman parte del Derecho de Familia, que rige los deberes y derechos de todos sus integrantes, y además debe tomar en cuenta los principios fundamentales del derecho que son valorados por el sistema normativo; lo que permitirá un tratamiento más real de la filiación, donde exista no solo una filiación de origen, sino una filiación real, que releje una verdadera situación familiar, que permita que un niño pueda tener consignado el apellido paterno que le corresponde en su acta de nacimiento.

Si bien existe una norma nacional con una limitante, este tipo de conflicto de derechos, viene encontrando una salida, no mayoritaria, en la discrecionalidad del Órgano Jurisdiccional, con la inaplicación de dicha norma, amparándose en los preceptos constitucionales y en lo regulado en una Norma Supranacional como la Convención de los Derechos del Niño, que señala como fin ulterior el interés superior del menor, que cuenta con tutela constitucional.

Sin dejar de lado, la salida legal que vienen recibiendo esos casos, encontramos en la norma sustantiva un artículo a través el cual se podría arribar al establecimiento

de la verdadera filiación; se trata del artículo 402, inciso 2 del Código Civil, que toma en cuenta la posesión constante de estado del hijo extramatrimonial, es decir para los casos en que los padres biológicos viven junto con el hijo luego y con la madre que varió su estado civil con la disolución del vínculo matrimonial; situación que evidencia la existencia de un lazo familiar, la existencia de un padre social. En dicha norma no se pone de manifiesto una negativa expresa ni tácita para solicitar la impugnación matrimonial y la consiguiente declaración de paternidad biológica, por lo que podría convertirse en una salida formal para acceder a la filiación.

4.3 La inactividad procesal del esposo (padre legal) y sus implicancias en la aceptación de la paternidad

Según, el ordenamiento jurídico, básicamente la norma sustantiva, el presunto progenitor biológico de un menor carece de interés para obrar para pretender un proceso sobre impugnación de paternidad. Solo el esposo o padre legal detentan dicha prerrogativa.

Siguiendo ese razonamiento, si el esposo de la madre del menor elige el camino de la inacción judicial estaría asumiendo la paternidad del hijo de su esposa y cerrando automáticamente la puerta de acceso a la filiación biológica tanto al propio menor como del padre biológico, resultando improcedente que este último reclame judicialmente una filiación paterna diferente a la establecida por el esposo con su decisión y determinada por ley.

Cuando la paternidad sumada a la afectivamente establecida se ha ejercido en forma adecuada al interés del niño, logrando la formación integral que tanto la Convención de los Derechos del Niño, como el Código de los Niños y Adolescentes garantizan como prioritario, la paternidad biológica debiera prevalecer.

La filiación, en especial del menor de edad, debe conllevar el derecho de ese menor a saber quiénes son sus verdaderos progenitores y el ejercicio del mismo, no debe estar supeditado a la acción o inacción de una persona, a quien la ley le ha concedido el poder absoluto para decidir.

Por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación⁵⁴, las personas, deben ostentar la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial.

Por otro lado, entender que el reconocimiento es irrevocable aun en el caso del hijo tenido por una mujer casada, a sabiendas que no solo se podría estar alterando la paternidad biológica, sino que se estaría vulnerando el derecho fundamental a la identidad de un ser humano, resultaría injusto y poco razonable, pues el interés del menor no puede estar determinado por los derechos absolutos de un padre legal.

⁵⁴ RENIEC. Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima, Julio 2010. Derecho registral y derecho de familia. Pp.496-533

Ante la omisión de actividad procesal por parte del esposo, surge la aplicación del control difuso, y la consiguiente inaplicación de lo regulado por la norma sustantiva en sus artículos 396° y 404°, que considera “el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en los casos de nacidos dentro del matrimonio, lo cual limita el derecho no solo del padre biológico, sino que contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor, a quien por ley y por mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger⁵⁵”. Este tipo de sentencia es remitida en consulta, a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la cual emite un pronunciamiento positivo, aprobándose la sentencia en consulta.

Si bien dicho recurso constitucional resulta ser un salvavidas para el padre biológico y para el propio menor, al no ser el control difuso de constitucionalidad de aplicación erga omnes, sino solo de aplicación para las partes involucradas en ese caso concreto, se hace necesario ir más allá de buscar solo el ejercicio esa potestad de parte de los jueces, y quizás evitar el abuso que podría generar dicha discrecionalidad. Debemos respetar no solo las normas constitucionales, que lleva consigo el respeto de los derechos fundamentales, sino las supranacionales y a partir de ahí, adecuar la norma sustantiva a la realidad que refleje como consideración primordial el interés superior del hijo y su protección frente a acciones contrarias a su dignidad.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN 2726-2012 DEL SANTA. Impugnación de Reconocimiento de Paternidad, 17 de Julio de 2013.

CAPÍTULO 5.- JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA SOBRE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA

5.1. JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA -

El Código Civil regula en su artículo 396° que *el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable*. Así también el artículo 404° del mismo cuerpo legal, dispone que *si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable*.

Respecto a estos artículos, el 4to juzgado de especializado en familia, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, inaplicó los artículos señalados⁵⁶, basándose en determinada jurisprudencia casatoria⁵⁷, donde la Sala Civil transitoria de la Corte Suprema del Perú, declaró nulo un auto de vista e inaplicó ambos artículos, tomando en cuenta el estado constante de familia de la menor titular de dicho caso.

El padre biológico de la menor JAAH, señala que cuando acudió a registrar a su menor hija LVAH, al RENIEC, le manifestaron el impedimento que tenía para

⁵⁶ CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA, DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA NORTE. Sentencia, Exp. N° 06052-2012-0--0901-JP-FC-04, de fecha 31-12-2015, sobre filiación extramatrimonial de la menor L.V.A.S., hija de mujer casada.

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CASACIÓN 2726-2012 DEL SANTA. Impugnación de Reconocimiento de Paternidad, 17 de Julio de 2013.

suscribir el Acta de Nacimiento de su hija, debido a la limitante que disponía la norma sustantiva, y por dicha razón inicia el proceso ante el órgano jurisdiccional, solicitando como pretensión principal, la impugnación a la presunción de paternidad y de manera accesoria la declaración judicial de paternidad, basado en el derecho a la identidad de la menor, que incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Señala también que a la fecha la madre de la menor (LMSA), ya se encuentra divorciada,

El magistrado realiza un análisis para el caso en concreto, señalando que el derecho a indagar la paternidad está ligado al derecho a la identidad, el cual está consagrado en con la Constitución, **artículo 2º**, inciso 1; también distingue que no hay unidad familiar matrimonial que deba preservarse porque a la fecha de procreación, la madre de la menor estaba separada de hecho de su marido y divorciados al tiempo de la demanda. Luego ordena la a realización de la prueba genética de ADN y precisa que es de aplicación por los dispuesto en el artículo 402º, inciso 6 del Código Civil.

Posteriormente paso previo a la sentencia, precisa que el derecho a la identidad es el principio del interés superior del niño, el cual está reconocido en normas nacionales y supranacionales, como la Constitución Peruana (artículo 4º), el Código de los Niños y Adolescente (artículo IX del Título preliminar) la Declaración Universal de los Derechos del Niño (artículo 2º), y argumenta que el interés superior del niño no es una simple concepción enunciativa sino que exige concretización de medidas y decisiones en todos los planos, que gozan de

sustento constitucional y en caso de verse afectado, no solo recibirá tutela del estado sino de la sociedad en conjunto, concluyendo con la sentencia de declaración de paternidad.

Ante esta situación de omisión de la base legal en el fallo, el RENIEC le solicita una aclaración y precisión de las normas aplicadas al caso concreto, que le permitieron arribar a dicho fallo.

El juez, se pronuncia a través de una nueva Resolución, indicando que se ha creado jurisprudencia casatoria reiterada y de “fiel cumplimiento”, y en ese sentido concluye que además de tomar como referencia la mencionada jurisprudencia, se tuvo en cuenta el estado constante de familia de la niña con el padre biológico y la convivencia familiar que existe entre padres e hija biológica, y que al no ajustarse la norma a la realidad hizo uso de su potestad jurisdiccional e inaplicó los artículos 396° y 404° de la norma sustantiva, con la finalidad de darle a la menor, acceso a su verdad biológica necesaria para su pleno desarrollo y en salvaguarda del derecho de identidad de la menor, aun cuando nació dentro del matrimonio de la madre.

5.2 JURISPRUDENCIA COMPARADA SOBRE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO O HIJA NACIDO DE MUJER CASADA EN ARGENTINA

El Código Civil Argentino que estuvo vigente hasta setiembre de 2014, contemplaba el siguiente articulado relacionado con el tema materia de análisis:

El artículo 243, determinaba una presunción matrimonial relativa, similar a la presunción peruana iuris tantum, contemplada en el artículo 361 del Código Civil Peruano, y señalaba que: “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario” **(estos vendrían a ser supuestos de exclusión)**. Norma recogida en el artículo 566 del actual Código Civil y Comercial Argentino, promulgado en Octubre del 2014, que ha considerado en la mayor parte del articulado del Título V sobre Filiación, otra forma de establecerla, señalando además las técnicas de reproducción asistida.

El artículo 245, disponía sobre presunción matrimonial, que: “aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscrito como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos”. Actualmente rige en el artículo 567 del Código Civil y Comercial con la variante señalada.

El artículo 252, disponía que: “si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última”. Hoy establecida en el artículo 578, pero sin equivalente en nuestra norma sustantiva.

El artículo 256, determinaba que: “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”. En el presente considerada en el artículo 584, sin expresión similar en nuestro código sustantivo.

El artículo 259, cuestionado en la sentencia comparada, señalaba dos titulares habilitados: “la acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo o sus herederos. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”. De forma bastante similar es contemplado en nuestro Código Civil, en los artículos 363° sobre negación de paternidad matrimonial, el 364° sobre plazo y el 367° sobre la titularidad, siendo en nuestro país el único titular de la acción, el marido. Este artículo fue redactado en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina con una importante modificación bajo el artículo 590°, con el título de “Impugnación de la filiación presumida por la ley. Legitimación y caducidad”, que dice: “La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por **éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un**

interés legítimo (Es decir que se amplió el número de legitimados, incluyéndose a la madre y al tercero con interés legítimo)... El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume... y en caso de fallecimiento del (a) cónyuge sus herederos y el plazo corre desde que lo comenzó en vida el legitimado”.

El Código Civil Argentino, señalaba antes de la modificatoria por Ley en el 2014, en su artículo 259°, una designación taxativa de los titulares de la acción de impugnación de filiación matrimonial, tanto al marido como al hijo.

Sobre el artículo 259°, está basado el caso que forma parte de la jurisprudencia Argentina, por el cual se solicita se declare su inconstitucionalidad. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina resuelve en su sentencia del 12 de mayo de 2005, sentando un precedente jurisprudencial⁵⁸, lo siguiente:

El padre biológico de una menor nacida el 26 de enero de 2002, solicitó la inconstitucionalidad de dicho artículo al no legitimarlo para demandar la impugnación de paternidad. El Sr. C.F.L. inició la demanda por impugnación de filiación matrimonial de la niña M.G.A. nacida el 26/01/2002, fruto de las relaciones extramatrimoniales con la Sra. A.C.G.P., y que a pesar que ha

⁵⁸Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza-Argentina. Causa N° 81.859, Caratulada L.C.F En J27.746/28.214 L.C.F. Por La Menor A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C P/Filiación S/Inc.Cas. Sentencia Extranjera.

conversado con el marido de la madre de la menor, respecto a que no es hija suya, éste le pidió que abandone la idea del reconocimiento.

El juez de familia no dio lugar al pedido debido a la falta de legitimación sustancial activa del actor, ordenando se archive la causa. El padre biológico apela y también es denegada por la Cuarta Cámara de Apelaciones, bajo los argumentos que: 1) no está legitimado según el artículo 259 que tiene una designación taxativa de habilitados, 2) se viola el derecho a la identidad del hijo, derecho que cuenta con restricciones donde se coloca la paz familiar por encima de la protección biológica, 3) prevalecen los intereses superiores de la niña resguardado por la estabilidad familiar donde esta insertada, 4) la norma deja a la menor, la posibilidad de establecer en el tiempo su identidad de origen, cambiando su emplazamiento filiatorio, 5) la verdad de la menor se encuentra en la preservación de los lazos familiares que la han amparado a la fecha.

Finalmente el caso se ventila en la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza. La magistrada Aida Kemelmajer de Carlucci⁵⁹, con la expresión de una posición intermedia, señaló la validez constitucional de algunas normas legales que regulan materia propia del Derecho de Familia y que pueden y deben ser juzgadas no solo en abstracto sino en concreto, aludiendo al precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en su sentencia del 27 de Octubre de 1994 recaída en el Caso Kroon y otros países bajos, declaró que la norma interna que impide al padre biológico reconocer a su hijo mientras esa paternidad no sea

⁵⁹ Jueza de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza de la República Argentina.

impugnada por el esposo de la madre, *violaba el derecho a la vida familiar* prevista en el artículo 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Sobre el precedente Jurisprudencial Europeo de hijo nacido de mujer casada, bajo la Ley de Bélgica – Caso Kroon⁶⁰, citado por la magistrada Aida Kemelmajer de Carlucci: “Se mencionó que dicho caso se trataba de una mujer casada y separada, lapso en el cual tiene un hijo, que al momento del nacimiento ya no vivía ni con el esposo ni con el padre del menor, cuyo matrimonio se disuelve después del nacimiento de su hijo; y aunque sin convivencia estable, los padres biológicos peticionan ante el registrador que se le permitiese declarar que el hijo no era del esposo, siendo la solicitud rechazada debido a que el marido no había impugnado la paternidad. Si bien el padre biológico denunció la violación del artículo 8 ° de la Convención Europea de Derechos Humanos, el estado vinculado argumentó acerca de la inexistencia de vida familiar entre los padres biológicos, pues no estaban casados y no se había probado que el padre biológico estuviera a cargo del cuidado y educación del menor, es decir que no se probó que el padre asumiera el rol de padre social del menor. Para el tribunal europeo, el respeto a la vida familiar, exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal; concluyendo que a pesar del margen de discrecionalidad disponible, el país denunciado no había garantizado a los demandantes el respeto a su vida familiar, a la que tienen derecho según la Convención⁶¹”.

⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27-10-1994, caso kroon y otros países bajos, Rev. General del Derecho, año LIII N° 632, mayo 1997, P.p.5364.

⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 27-10-1994, caso kroon y otros países bajos, Rev. General del Derecho, año LIII N° 632, mayo 1997. Op.cit.

Retomando el precedente Argentino, aunque se planteó una cuestión de legitimación del presunto padre biológico, el Tribunal tuvo votos a favor, en contra y una posición ecléctica. *El voto, mayoritariamente en contra*, no solo desestimó el planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 259° del Código Civil Argentino, sino que también desconoció la legitimación de la madre para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial, por estar solo dos titulares legitimados para la acción, que además la sola declaración de la madre del progenitor de su hijo, no bastaba para desvirtuar la presunción legal de paternidad matrimonial pues la presunción rige por imperio de la ley y no por la voluntad de las partes; señalando además que el citado caso Kroon no guardaba analogía con la problemática planteada por la Ley Argentina, dado que en el precedente europeo había una separación de hecho de los esposos, situación fáctica que según la Ley Argentina, hace cesar la presunción de paternidad. *En cuanto al voto a favor*, consideró que el derecho del niño a preservar su identidad halla plena tutela a través del reconocimiento de la acción de impugnación de paternidad matrimonial a la madre, ya que puede ser ejercida aun antes de que el niño cuente con discernimiento, permitiéndose la efectiva protección de aquel derecho, pues si se considera solo al hijo, en sentido estricto, podrá ejercerla cuando alcance la mayoría de edad, lo que implicaría dejarlo desprotegido cuando más lo necesita; asimismo indicó que no se violaba el artículo 252° del Código Civil Argentino porque no es lógico ni jurídico exigir la impugnación de paternidad del marido de la madre cuando el nexo filiatorio había sido demostrado mediante prueba genética.

Y respecto a la posición intermedia, luego de hacer mención a precedentes de los tribunales y a las posiciones doctrinarias argentinas, expresan su adhesión por una esta posición que señala: “En materia de legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad del marido de la madre del menor, debe distinguirse cuál es la situación familiar de cada caso concreto y, en consecuencia, si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad; por el contrario, si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada; cuyos argumentos se resumen en la sentencia, a saber⁶²:

- 1) El efecto del acogimiento de la acción de impugnación es que el niño que se dice hijo del actor no sólo sabrá quién es el padre biológico (derecho a conocer), sino que se extinguirá la anterior filiación y nacerá una nueva.
- 2) El trato de hijo por el marido de la madre, además de construir la presunción legal, genera el convencimiento de que es beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo se encuentra amparado no sólo por una ficción legal de paternidad sino por una situación de hecho que tiene gran peso y beneficio para él.
- 3) Lo que implica determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional, requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta:

⁶² Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza-Argentina. Causa N° 81.859, Caratulada L.C.F En J27.746/28.214 L.C.F. Por La Menor A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C P/Filiación S/Inc.Cas. Sentencia Extranjera. Op. cit.

- (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto;
- (c) Relaciones familiares fácticas previas”.

Finalmente, en el presente caso, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci resalta los hechos acreditados que evidencian la vida familiar entre el marido de la madre con la niña cuya filiación es reclamada por un tercero⁶³:

1. Indica que la niña tiene tres años y está con su madre quien convive con su marido (como lo reconoce el tercero demandante). Siendo que quien es padre (para la normativa civil), ama y cuida a la niña, y además de la presunción legal, el marido tiene a su favor, un verdadero estado de padre, al haber asumido todos y cada uno de los deberes derivados de esa filiación jurídica;
2. Que la legitimación que se pretende desplazaría al aníña de una situación de legitimidad para trasladarla al ámbito de la extramatrimonial, perdiendo vínculos tanto con el padre que la cuida como con todo su entorno familiar;
3. Que el estado, a través del poder judicial, interferiría con en el derecho a la vida familiar, sin la certeza que de producirse el cambio, se estaría respetando el interés superior de la niña, protegida a través de una familia legítima, a pesar del dato genético que está de por medio. Que tiene claro que el principio de precaución le impone cerrar la posibilidad de tal injerencia estatal en el ámbito de la vida familiar de la niña;

⁶³Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza-Argentina. Causa N° 81.859, Caratulada L.C.F En J27.746/28.214 L.C.F. Por La Menor A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C P/Filiación S/Inc.Cas. Sentencia Extranjera.Op.cit.

4. Que coincide con el demandante, que la verdadera paz familiar se funda en la verdad, que en este caso, los cónyuges no viven en la mentira, y que serán ellos quienes revelaran a la niña los datos que le permitan conocer su origen biológico, cuando consideren que es el momento adecuado, conforme su hija alcance la madurez suficiente;
5. Que la solución que propone no implica penalizar a quien desea asumir su responsabilidad de padre, ni negar las pruebas científicas, sino que se trata de no ejercer injerencias estatales en la vida familiar, priorizando su interés superior real, cuya determinación, por el momento, está en manos de los que tienen la calidad de padres y no en la de los jueces, ni en las de un tercero que por más interés;

A partir de los hechos acreditados y de acuerdo al criterio doctrinario señalado en el caso argentino, según el cual al lado de la verdad biológica existe otra que es la verdad sociológica, cultural y social, que también forma parte de la identidad de la persona humana; que además la Identidad filiatoria tiene una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo; así también que en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una Identidad filiatoria que no es su correlato, se entiende que la tesis intermedia, del caso argentino, no niega el derecho a conocer la verdad

biológica, pero pone una restricción razonable al derecho al vínculo biológico, cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social⁶⁴.

Bajo dicha posición, la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci concluye con la adhesión de los otros dos jueces de la Sala, rechazando los recursos de inconstitucionalidad del artículo 259° y casación deducidos⁶⁵.



⁶⁴ Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza-Argentina. Causa N° 81.859, Caratulada L.C.F En J27.746/28.214 L.C.F. Por La Menor A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C P/Filiación S/Inc. Cas. Sentencia Extranjera. Op.cit.

⁶⁵ Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia de Mendoza-Argentina. Causa N° 81.859, Caratulada L.C.F En J27.746/28.214 L.C.F. Por La Menor A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C P/Filiación S/Inc. Cas. Sentencia Extranjera. Op.cit.

CONCLUSIONES

1. El aspecto subjetivo del derecho al nombre, al nexo biológico, se trastoca cuando el aspecto subjetivo de la identidad real no conlleva una verdad biológica.
2. Si bien la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, esta no es de eficacia absoluta, motivo por el cual se ha admitido la prueba en contrario en algunos procesos judiciales.
3. El tratamiento de la filiación en la legislación peruana resulta obsoleto, alejado de las orientaciones actuales, al seguir en la línea de protección de las estructuras familiares tradicionales y negarse a la armonización del derecho con la realidad.
4. El sistema en que está inmersa la filiación es restrictivo, al no permitir que los hijos extramatrimoniales alcancen su filiación, que gocen de su derecho a la identidad y del derecho a tener una vida familiar plena, la cual no solo comprende a la familia legítima sino a la familia de hecho, a una familia extramatrimonial.

5. La filiación en nuestro sistema, está estructurada para preferir la verdad formal sobre la verdad real, al impedir que el padre biológico reconozca al hijo tenido con una mujer casada, y considerar la existencia solo de las relaciones fundadas en el matrimonio; violándose el principio de primacía de la verdad biológica y el derecho del hijo a ostentar la filiación que le corresponde y por consiguiente a la construcción de vínculos familiares sólidos y reales.
6. El derecho de un hijo a conocer su verdadera identidad, si bien no es un derecho absoluto, goza de garantía de jerarquía constitucional, por ello resulta una prioridad alcanzar la filiación, que traerá como consecuencia el goce y ejercicio pleno del derecho constitucional a la identidad.
7. Se requiere una urgente adecuación de la norma a la realidad, pues la sociedad ha cambiado y el derecho no debe seguir postergado, comenzando por ampliar la legitimación para ejercer la acción de reclamación, cuando se cumplan supuestos como la posesión constante de estado de parte del padre, la separación de hecho formal, el vínculo matrimonial disuelto sea durante o luego del nacimiento del menor. Es decir tomar en cuenta el estado de hijo, evitando que se impida el establecimiento de los vínculos jurídicos que emanan del vínculo de sangre.

- 8.** La previsión normativa ha quedado rezagada en relación a la evolución del concepto social de familia, y más aun con el surgimiento de medios de prueba, como las pruebas genéticas, que son una realidad científica que permite determinar con celeridad y con un margen de error mínimo, el vínculo biológico entre padre e hijo.

- 9.** Tenemos un texto infraconstitucional manifiestamente contrario a la Constitución Política, que además estaría vulnerando un tratado internacional con el establecimiento de normas contrarias al pacto, o a través de la omisión de regulación que haga posible el cumplimiento de la norma supranacional.

- 10.** La aplicación de normas de mayor rango, como las normas constitucionales, a través del control difuso vienen permitiendo y garantizando la vida en sociedad, salvaguardando la dignidad humana y el orden jurídico.

- 11.** La facultad de aplicación del control difuso no debiera ser el único camino que determine el reconocimiento del ejercicio pleno del derecho de filiación (identidad del hijo) sobre los demás derechos, que siendo también constitucionales no son de igual jerarquía (intimidad del cónyuge).

12. El Código Civil evidencia una arbitrariedad manifiesta en el artículo 367°, al designar a un solo titular de la acción de impugnación, e incongruencia con los medios de prueba existentes a la fecha, al restringirlos para la filiación del menor nacido de mujer casada (artículo 402°,6), a pesar que más de uno, puede favorecer de modo irrefutable al padre biológico, quien debiera ser considerado un legitimado activo para accionar. Si hay un medio de prueba, debe primar el derecho del hijo y del padre biológico a materializar la identidad del menor, como corresponde.

13. Si el legislador no advierte el cambio de la sociedad, no producirá una regulación acorde y el juzgador no advertirá que la norma a aplicar resulta arcaica y terminará por vulnerar el derecho, y habrá una víctima de la ley y del derecho, en este caso un menor. En suma, si quienes establecen las reglas de aplicación jurídica no toman en cuenta que la familia ha cambiado estructuralmente, seguirá produciendo normas desfasadas, que serán los únicos parámetros del juez para resolver en sentido estricto, lo que traerá como consecuencia la afectación del goce y ejercicio del derecho de una persona, quien recurre, en busca de un pronunciamiento que debiera expresar, de la forma más justa posible, la verdad de los hechos, a los órganos jurisdiccionales del Estado, cuya función es la de administrar justicia.

14. La especial atención dispensada al matrimonio, no debe impedir la investigación de la paternidad que tiene como fin que el vínculo filial coincida con la verdad biológica, pero ello requiere el respaldo de normas vinculadas y que puedan efectivizarse. El presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, limita el derecho no solo del padre biológico, sino que contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor, a quien por ley y mandato constitucional, el Estado está en la obligación de proteger.

15. Mientras que el Código Civil peruano, admite sólo tres formas de reconocimiento de hijos extramatrimoniales: En el registro Civil, en escritura pública o en testamento. La legislación comparada, permite más vías para lograr el reconocimiento filial, facultando al padre biológico ante el registro civil, en testamento o en documento público o privado reconocido, como también por una declaración voluntaria del progenitor en un proceso judicial. O para el caso de hijo de mujer casada para impugnar la paternidad matrimonial legítima al marido otorgándole un plazo y legítima al propio titular en cualquier tiempo, el cual podrá ser representado por la madre en su minoría de edad.

RECOMENDACIONES

Propuesta de adecuación de la normativa vigente respecto a la Filiación y/o

Reconocimiento del hijo nacido de mujer casada:

Artículos vigentes en el Código Civil de 1984	Propuesta de modificación de los artículos del Código Civil de 1984
<ul style="list-style-type: none">• Artículo 362°.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera	<ul style="list-style-type: none">• Artículo 362°.- El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Salvo prueba de la existencia de posesión de estado constante de estado del tercero (padre biológico) y/o separación de hecho acompañados del resultado favorables de la prueba genética del ADN.

<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 367°.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 367°.- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido, al hijo, a la madre o al tercero con interés legítimo (padre biológico). Sin embargo, los herederos y sus ascendientes del marido pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 376°.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial: 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 376°.- Impugnabilidad de la filiación matrimonial: Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado del esposo, el título que dan las partidas de matrimonio (con vínculo vigente sin separación de hecho ni disolución) y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo.
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 396°.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada. El hijo de mujer casada no puede ser 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 396°.- Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada. El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino

<p>reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.</p>	<p>después de que los legitimados activos, de acuerdo al artículo 367°, lo hubiesen negado y obtenido sentencia favorable.</p> <p>Con Resolución firme, procederá el reconocimiento administrativo ante el Registro Civil o por vía notarial, con posterior la emisión de una nueva acta de nacimiento, previo archivamiento del acta de nacimiento primigenia ante el Reniec, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se consignó los datos del esposo de la madre como padre del titular 2. Se consignó los datos del padre del titular sin la suscripción de la misma.
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 402°.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.

<p>2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.</p> <p>3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.</p> <p>4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.</p> <p>5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.</p> <p>6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través</p>	<p>2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.</p> <p>3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.</p> <p>4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.</p> <p>5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.</p> <p>6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.</p>
---	--

<p>de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.</p> <p>Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>	<p>Lo dispuesto en el inciso 2 y 6 es aplicable respecto del hijo de la mujer casada, con la integración de la sentencia firme de negación obtenida por cualquiera de los legitimados activos, según Art. 367°.</p> <p>El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 404°.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada. 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. 	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 404°.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada. Si la madre estaba casada en la época de la concepción, puede admitirse la acción en caso que cualquiera de los legitimados activos hubiera contestado la paternidad del marido y obtenido sentencia favorable, integrándola al proceso.

ANEXOS-CASUISTICA

FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DE PATERNIDAD DE HIJO DE MUJER CASADA

1. PRIMER JUZGADO DE PAZ LETRADO DEL MBJ CONDEVILLA-SMP, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

EXPEDIENTE : 05062-2013-0-0904-JP-FC-01

REFERENCIAS NORMATIVAS:

- Inaplicación de los artículos 361°, 396°, 404°, 402° (6) del Código Civil
- Aplicación de los artículos 2° (1), 4°, 138° de la Constitución Política del Perú
- Aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos
- Aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, **artículo 27.1**
- Aplicación de Jurisprudencia Casatoria (CAS 2726-2012-DEL SANTA)

DEMANDANTE: LA MADRE: KLHO

DEMANDADO(S): EL PADRE BIOLÓGICO: MAQS

MATERIA: FILIACION JUDICIAL DE PATERNIDAD
EXTRAMATRIMONIAL DE LA MENOR: MLQH

La madre demandante emplaza al padre biológico y no anexa de forma integrada la sentencia de la negación de paternidad del esposo; que el juez argumenta que el derecho a la identidad del menor prevalece sobre la presunción de paternidad; que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en los casos de nacidos dentro del matrimonio, limita

*el derecho no solo del padre biológico sino del menor, a quien por Ley y mandato constitucional el estado está en la obligación de proteger; que la madre cuenta con un vínculo matrimonial disuelto luego de 33 días de nacida la menor; que alude a la posesión constante de estado del padre respecto a la menor (Art. 402-2 C-C); que la menor ha sido inscrita en Reniec con los datos del demandado; que ha quedado registrado en instrumento público y que se apareja con el Art. 2012 del C.C; que el padre tampoco ha incoado un demanda por usurpación de nombre en el acta de nacimiento de la menor, dando consentimiento tácito a dicha inscripción; que prescindió de la prueba genética del ADN; que en el último considerando señala que: “a tenor de los dispuesto por la Sala Transitoria de la Corte Suprema (CAS 2726-2012-DEL SANTA), asumiendo la postura del máximo Tribunal del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, y de conformidad con los dispuesto en los artículo 472° y 474° del Código Civil, resuelve inaplicar los artículos 361°, 396°, 404°, 402° (6) del Código Civil y aplicar los artículos 4° y 2° (1) de la Carta Magna y los Tratados Internacionales como el Pacto De Derechos Civiles y Políticos y la Convención Sobre los Derechos del Niño, artículo **27.1°**, declarando que el demandado MAQS es padre de la menor MLQH”.*

2. CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

EXPEDIENTE: 06052-2012-0-0901-JP-FC-04

REFERENCIAS NORMATIVAS:

- Inaplicación de los artículos 396°, 404° del Código Civil
- Aplicación de los artículos 402° (6) del Código Civil
- Aplicación de los artículos 2° (1), 4°, de la Constitución Política del Perú
- Aplicación del artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes
- Prueba de ADN
- Aplicación de Jurisprudencia Casatoria (CAS 2726-2012-DEL SANTA)

DEMANDANTE: EL PADRE BIOLÓGICO: JAAH

DEMANDADO(S): EL ESPOSO: CAAM Y LA MADRE: LMSA

MATERIA: IMPUGNACION A LA PRESUNCION DE PATERNIDAD (PRINCIPAL) Y FILIACION JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL DE LA MENOR LVAS (ACCESORIA)

El padre biológico emplaza al esposo de la madre y a la propia madre del menor; que el juez señala que “el derecho a indagar la paternidad se encuentra íntimamente ligado a la naturaleza humana, concretamente con el derecho a la identidad de las personas, y que tal derecho ha sido consagrado en el artículo 2 (1)

de la Constitución Política del Perú, más aun si para el caso no existe el pretexto de preservar unidad familiar (matrimonial) por haberse a la fecha disuelto el vínculo y haber estado separados de hecho a la fecha de la procreación; que en la inscripción de la menor en Reniec, se ha consignado el nombre del demandante como padre; que luego de haberse realizado la prueba biológica del ADN a la menor, al demandante y a la madre, y teniendo en cuenta que el vínculo biológico es el presupuesto de filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se ha acreditado que en efecto el demandante JAAH es el padre biológico de la menor LVAS; que se ha amparado la pretensión principal con el medio probatorio de ADN con el cual se ha descartado la paternidad del demandado CAAM y confirmado la del demandante JAAH, por lo que corresponde acreditarse la pretensión accesoria, es decir la filiación biológica de LVAS y el demandante JAAH. Luego de absolver las interrogantes de Reniec, el juez resolvió indicando que inaplicó los artículos 396° y 404° del Código Civil en salvaguarda del derecho a la identidad e interés superior de la menor, aun cuando nació dentro de un matrimonio, y que tomo en cuenta el estado constante de familia de la niña con el padre biológico y la madre, que los tres convivían y hacían vida familia, según la jurisprudencia casatoria de fiel cumplimiento de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (**CAS 2726-2012-DEL SANTA**), declarando que el demandante JAAH es el padre biológico de la menor LVAS”.

**3. SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA, CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LIMA NORTE**

EXPEDIENTE: 01837-2015-0-0901-JR-FC-02

REFERENCIAS NORMATIVAS:

- Aplicación de los artículos 19°, 26°, 402° (6), 413° del Código Civil y
- Aplicación de la Ley 28457
- Prueba de ADN
- Aplicación de jurisprudencia y doctrina

DEMANDANTE: EL PADRE BIOLÓGICO: SMMS

DEMANDADO(s): EL ESPOSO_NCV Y LA MADRE: FVCHS

MATERIA: FILIACION JUDICIAL DE PATERNIDAD

EXTRAMATRIMONIAL DE LA MENOR: JJMCH

El padre biológico emplaza al esposo de la madre y a la propia madre del menor; que el juez ordena a las partes se sometan a la prueba de ADN; que en la inscripción de la menor en Reniec se ha consignado como padre al recurrente; que el juzgador argumenta citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la motivación de las resoluciones judiciales (Exp. 966-2007, fundamento 4), “por la cual sigue las líneas directrices dispuestas por el Tribunal, que señalan que la Constitución garantiza que el razonamiento guarde relación y sea proporcional con

el problema que al juez le corresponde resolver; y respecto a la doctrina, señala que todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, siendo ésta la filiación biológica; que en razón a la contundencia científica de la prueba de ADN y estando al principio del interés superior del niño y lo dispuesto en el artículo 402° (6), en concordancia con el artículo 19° y 26° del Código Civil, resulta amparable la pretensión planteada por el demandante sobre la declaración de paternidad respecto de la menor JJMCH, por lo que resuelve declarar que el demandado NCV no es el padre de la menor y declara judicialmente que el demandante SMMS es el padre biológico de la menor JJMCH”.



SENTENCIAS DE APLICACION DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

INTEGRACION DE IMPUGNACION Y FILIACION EXTRAMATRIMONIAL: USO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUEZ

1. CASACIÓN 2726-2012 DEL SANTA, SOBRE IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD, FECHA DE VISTA DE LA CAUSA: 17 DE JULIO DE 2013

REFERENCIAS NORMATIVAS:

- Aplicación del artículo 2°. 1 de la Constitución Política del Estado.
- Inaplicación de los artículos 396° y 404° del Código Civil.
- Aplicación de “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”
- Prueba de ADN

DEMANDANTE: EL PADRE BIOLOGICO: NHRM

DEMANDADO(s): EL ESPOSO: TAGA Y LA MADRE: EECR

**MATERIA: IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO DE LA MENOR:
M.L.G.C**

El padre biológico de una menor de edad, don Norberto Hugo Roca Meza, interpuso demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra la madre y el padre legal de su menor hija, adjuntando como medio probatorio una prueba de

ADN, argumentando que hacen vida familiar con su hija y con la madre biológica, versión que no fue desvirtuada por el demandado, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación. La menor nació dentro del matrimonio de la madre, por lo que su filiación operó bajo la presunción de hijo matrimonial. La primera instancia declaró fundada la demanda, sin embargo, la segunda la declaró improcedente, debido a que, según el ordenamiento jurídico, el presunto padre biológico de una menor de edad carece de interés para obrar para postular un proceso sobre impugnación de reconocimiento de paternidad. Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y nulo el auto de vista, estimando la demanda presentada por el padre biológico, es decir confirmando la sentencia de primera instancia sobre impugnación de reconocimiento de paternidad. Para ello, no solo inaplicó los artículos 396° y 404° del Código Civil para el caso en concreto, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, 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, sino que evaluó los informes psicológicos de la menor y el estado constante de familia de la niña con el padre biológico y la madre, señalando que “en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal”. Finalmente la Corte Suprema reconoció que la paternidad de un menor de edad correspondía a una persona distinta al esposo de la madre, pese a que este no negó al hijo. De esta manera se tuteló el derecho a la identidad de un menor de edad sobre la base del interés superior del niño, confirmando la

resolución apelada, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado.

2. CONSULTA 1415-2012 DE AREQUIPA, SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD,
FECHA DE VISTA DE LA CAUSA: 31 DE MAYO DE 2012

REFERENCIAS NORMATIVAS:

- Aplicación del artículo 2°. 1 de la Constitución Política del Estado.
- Aplicación del artículo 1° del Código Civil
- Inaplicación de los artículos 396° y 404° del Código Civil.
- Aplicación del artículo 1°, 7°, 8° de la Convención sobre los Derechos el Niño
- Aplicación del artículo 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial
- Aplicación del artículo IV del título preliminar del Código Procesal Constitucional

DEMANDANTE: EL PADRE BIOLOGICO: JGMG

DEMANDADO(s): PADRE LEGAL: JAVM Y LA MADRE: ELBB

MATERIA: IMPUGNACION DE PATERNIDAD DEL MENOR KJCVB

El padre biológico del menor de edad KJCVB, Don Jhon George Moscoso Garcia, interpuso demanda de impugnación de paternidad contra la madre doña Evelyn Liliana Bejarano Ballón y el padre legal de su menor hijo Don James Antonio Valdivia Manrique.

Se elevó en consulta a la Sala Suprema la resolución emitida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de fecha 22/11/2011 que declaró fundada la impugnación de paternidad, declarando que Don James Antonio Valdivia Manrique no es el padre del menor KJCVB y declarando como padre al Don Jhon George Moscoso Garcia, correspondiéndole como nombre al menor KJCMB, debiendo aparecer como tal en su partida de nacimiento, por haberse inaplicado los artículos 396° y 404° del Código Civil; que fue aprobada dicha resolución de fecha 22/11/2011, en el extremo que declaró inaplicables los artículos 396° y 404° del Código Civil, por incompatibilidad constitucional; que como parte de los argumentos mencionados en los considerandos, se señaló lo regulado por la Carta Magna y por la Convención, especificando que debe tenerse en cuenta que “el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo y a ser reconocido como tal, debiendo protegerse el aspecto estático y dinámico del derecho a la identidad personal... que el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres y que en su partida aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, es la manifestación concreta de ese derecho, reconocido en la Constitución Política como derecho fundamental, que por ser consustancial a la persona, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por lo que no admite límites de ninguna naturaleza sean temporales o materiales”; que al advertirse que se presenta una antinomia entre normas de carácter legal y de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda, concluyendo con la aprobación.

BIBLIOGRAFIA

BENAL DE AFANADOR, Silvia y **BUITRAGO**, Margarita.

1980 Impugnación de la Paternidad Legítima. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio económicas.

BOSSERT, Gustavo y **ZANNONI**, Eduardo.

2000 Manual de derecho de familia. Buenos Aires: Editorial Astrea.

CORNEJO CHAVEZ, Héctor.

1982 Derecho Familiar Peruano. Tomo II. 5ta. Edición. Lima: Librería Studium Ediciones.

CORTEZ, Alvin y **QUIROZ**, Amalia.

2014 Patria Potestad, tenencia y alimentos. Lima: Gaceta Jurídica, 1ra.edicion.

DIEZ PICASO, Luis.

1993 Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona: Editorial Ariel.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.

1994 La dogmática de los derechos humanos. Lima: Ediciones Jurídicas.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.

1992 Derecho de las personas. Lima: Cultural Cuzco S.A.

1992 Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Editorial Astrea.

LLOVERAS, Nora.

2007 La Filiación en la Argentina y en el Mercosur. Buenos Aires: Editorial Universidad SRL.

MIRANDA ANALES, Manuel J.

2007 El ADN como prueba de la filiación en el Código Civil peruano. Lima: Ediciones jurídicas.

PAREDES GUTIERREZ, Máximo.

2006 Registros del estado civil, manual teórico práctico. Lima: Editorial Cuzco SAC.

2017 Informe Reniec 313-2017/GAJ/SGAJR/RENIEC. Lima.

GONZALES PEREZ DE CASTRO, Maricela.

2013 La verdad biológica en la determinación de la filiación. Madrid: Editorial DYKINSON S.L.

PLÁCIDO V., Alex F.

1997 Filiaciones incompatibles. En, Ensayos de Derecho de Familia. Lima: Editorial Rodhas.

2001 Manual de derecho de familia. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

2003 Filiación y patria potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

2005 “Creditur virgini pregnant...”, volviendo al ancien droit: A propósito de la Ley N°28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. En, Actualidad Jurídica. Tomo 134. Lima: Gaceta Jurídica.

2016 El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor o de los herederos de éste, y la investigación de la filiación. Lima. Consulta mayo 2016.
<http://dike.pucp.edu.pe>.

PECES-BARBA MATÍNEZ, Gregorio.

1984 Los valores superiores. Madrid: Tecnos.

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL

2007 Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Año I, N° 01.
Lima.

2008 Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Departamento de sistematización jurídica de registros civiles, Año II, N° 02.
Lima

2010 Los Registros y las Personas: Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Lima.

2016 Gaceta Registral, Revista de jurisprudencia institucional del Reniec, Año X, N° 09. Lima

VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique.

1999 Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica. Lima: Universidad de Lima.

2006 El proceso de filiación extramatrimonial. Moderno tratamiento legal según la Ley 28457. Lima: Gaceta Jurídica, 1ra edición.

2010 El moderno tratamiento legal de la Filiación Extramatrimonial. – Procreación asistida y socio afectividad. En razón de la Ley 28457 y la Acción intimatoria de Paternidad. Lima: Jurista Editores EIRL. 2da edición.

2013 Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la Filiación. Lima: Gaceta Jurídica, Tomo IV.

LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS:

- CONSTITUCION POLITICA DEL PERU. 1993
- CÓDIGO CIVIL DEL PERU. NOVIEMBRE 1984 (D.LEG. 295)
- COÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL PERU. AGOSTO 2000 (LEY 27337)
- CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. NOVIEMBRE 1989
- LEY ORGANICA DEL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL.JUNIO 1995 (LEY N° 26497)
- REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACION Y ESTADO CIVIL. ABRIL 1998 (DECRETO SUPREMO N° 015-98-PCM.)
- DIRECTIVA RENIEC DI 415-GRC/032
- NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ARGENTINA. BUENOS AIRES, EDICIONES DEL PAIS, 4TA EDICION, 2015 (LEY 26.994)
- LEY N° 30007. UNION DE HECHO. 2013
- LEY N° 29032. LEY QUE ORDENA LA EXPEDICIÓN DE UNA NUEVA PARTIDA O ACTA DE NACIMIENTO CUANDO EL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD O MATERNIDAD SE REALIZA CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE INSCRIPCIÓN. 2007
- LEY N° 28457. LEY QUE REGULA EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. 2005
- LEY N° 28720. LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 20° Y 21° DEL CÓDIGO CIVIL. 2006

RESOLUCIONES:

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° **00050-2004-AI, 3 DE JUNIO DE 2005.** PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD COLEGIOS DE ABOGADOS DEL CUSCO Y DEL CALLAO Y MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS C/. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. SINTESIS: FUNDAMENTOS RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY N° 28389 QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11, 103 Y PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL Y TRANSITORIA DE LA CONSTITUCIÓN, EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PENSIÓN LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. **LA APLICACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD EN LA EQUIDAD PENSIONARIA.**
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.° **3741-2004-AA/TC, 14 DE NOVIEMBRE DE 2005.** PROCESO DE AMPARO SEGUIDO POR RAMON HERNANDO SALAZAR YARLEQUE CONTRA LA MUNICIPALIDAD DE SURQUILLO, INSTITUCION QUE SE NEGÓ A ACEPTAR UN RECURSO IMPUGNATORIO SOBRE LA APLICACIÓN DE UNA MULTA ADMINISTRATIVA, SIN QUE PREVIAMENTE SE PAGUE LA TASA PARA LA INTERPOSICION DEL RECURSO, COBRO QUE ADEMAS ESTABA CONTEMPLADO EN EL TUPA DEL MUNICIPIO. EL TRIBUNAL ESTABLECIO UN PRECEDENTE VINCULANTE PARA LAS ENTIDADES DEL ESTADO QUE CONDICIONARAN O LO ESTABLECIERAN COMO **REQUISITO PREVIO A LA IMPUGNACION DE UN ACTO ADMINISTRATIVO,** SEÑALÁNDOLO COMO CONTRARIO A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AL DEBIDO PROCESO, SIENDO LAS NORMAS QUE LO AUTORIZAN NULAS Y PROHIBIENDO EL COBRO.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N.º **3179-2004-AA/TC, 18 DE FEBRERO DE 2005**. PROCESO DE ACCION DE AMPARO INTERPUESTA POR DOÑA APOLONIA CCOLLCCA PONCE CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, DE FOJAS 37 DEL SEGUNDO CUADERNO, SU FECHA 14 DE MAYO DE 2004, QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE LA DEMANDA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. SENTENCIA DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N° **EXP. N.º 1124-2001-AA/TC, DE FECHA 11 DE JULIO DE 2002**. RECURSO EXTRAORDINARIO DE AMPARO INTERPUESTO POR EL SINDICATO UNITARIO DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A. Y LA FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE TELEFÓNICA DEL PERÚ (FETRATEL) CONTRA LA SENTENCIA EXPEDIDA POR LA SALA CORPORATIVA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN DERECHO PÚBLICO DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, DE FOJAS SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE, SU FECHA NUEVE DE MARZO DE DOS MIL UNO, QUE DECLARÓ IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE AMPARO DE AUTOS.
- PRIMER JUZGADO DE PAZ LETRADO DEL MODULO BASICO DE JUSTICIA DE CONDEVILLA, DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA NORTE, **EXP. N° 05062-2013-0-0904-JP-FC-01, SENTENCIA DE FECHA 11-03-2015, SOBRE *FILIACION DE LA MENOR M.L.Q.H, HIJA DE MUJER CASADA***, DIVORCIADA EN FORMA POSTERIOR AL

NACIMIENTO, **APLICANDO EL CONTROL DIFUSO** RESPECTO DE LOS **ARTÍCULOS** 361°, 396°, 402° (6) Y 404° DEL CODIGO CIVIL, EN EL CONSIDERANDO N° XII.

- CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN FAMILIA, DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA NORTE, **EXP. N° 06052-2012-0--0901-JP-FC-04, SENTENCIA DE FECHA 31-12-2015,** SOBRE **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DE LA MENOR L.V.A.S., HIJA DE MUJER CASADA,** DIVORCIADA EN FORMA POSTERIOR AL NACIMIENTO, **APLICANDO EL CONTROL DIFUSO** RESPECTO DE LOS **ARTÍCULOS** 396 Y 404 DEL CODIGO CIVIL, SEGÚN RESOLUCION 18 DE FECHA 23-08-2016.
- SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA, DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA NORTE, **EXP. N° 01837-2015-0-0901-JR-FC-02, SENTENCIA DE FECHA 19-06-2017,** SOBRE **FILIACION EXTRAMATRIMONIAL DE LA MENOR JJMCH, HIJA DE MUJER CASADA,** CON VINCULO MATRIMONIAL VIGENTE, SIN CONTROL DIFUSO, EN APLICACIÓN DEL **ARTÍCULO** 402 (6) DE LA PRUEBA GENETICA, **ARTÍCULO** 19, **ARTÍCULO** 26 DEL CODIGO CIVIL, Y DIRECTRIZ DISPUESTA POR EL TC EN EL EXP. 966-2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CAS 2726-2012 POR INAPLICACION DE LOS ARTICULOS 396° Y 404° DEL CÓDIGO CIVIL, SALA CIVIL TRANSITORIA DE FECHA 17/06/2013 SOBRE RESOLUCION DE VISTA DEL SANTA QUE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD, DECLARANDO QUE DON TAGA NO ES EL PADRE DE LA MENOR MLGC, DECLARANDO COMO PADRE DE LA MENOR A DON NHRM.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CONSULTA 1415-2012 POR INAPLICACION DE LOS ARTICULOS 396° Y 404° DEL CÓDIGO CIVIL A LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE FECHA 31/05/2012 SOBRE RESOLUCION EMITIDA POR EL TERCER JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA DEL 22/11/2011, QUE DECLARA FUNDADA LA DEMANDA DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD, DISPONIENDO QUE DON JAMES ANTONIO VALDIVIA NO ES EL PADRE DEL MENOR KCVB, DECLARANDO COMO PADRE DEL MENOR A DON JGMG.
- SALA PRIMERA DE LA EXCMA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA- ARGENTINA. CAUSA N° 81.859, CARATULADA L.C.F EN J27.746/28.214 L.C.F. POR LA MENOR A.M.G C/A.C.A.G.P.A.C **P/FILIACION** S/INC.CAS. (TRIBUNAL: PRIMERA: DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI; SEGUNDO: DR. FERNANDO ROMANO; TERCERO: DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE. SENTENCIA EXTRANJERA.