

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 183520-2007-00825, E-2275

Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título de abogado que presenta:

Autor:

Ernesto Armando Montero Reyes

Revisora:

Patricia Janet Beltrán Pacheco

Lima, 2024



INFORME DE SIMILITUD

Yo **Patricia Janet Beltrán Pacheco**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/ el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 183520-2007-00825, E-2275


del/ de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

Ernesto Armando Montero Reyes

dejo constancia de lo siguiente:

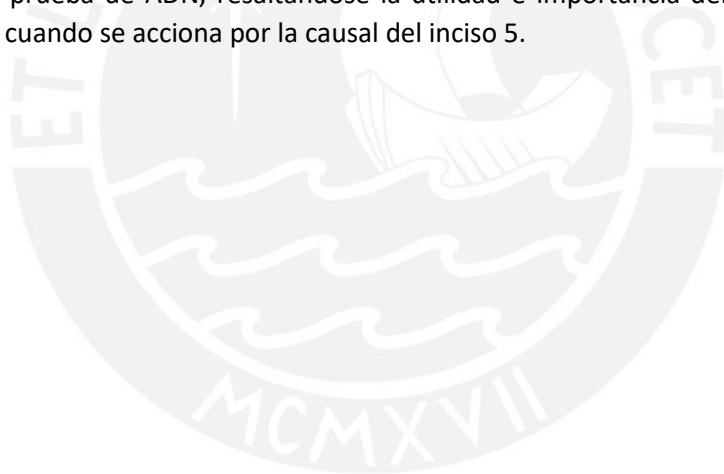
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **30 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **20/06/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 21 de junio de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Beltrán Pacheco, Patricia Janet	
DNI: 07613190	 Firma
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1995-7190	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por objeto analizar el proceso de impugnación de paternidad iniciado por BYGC (“el demandante”) en contra de su hijo (“el demandado”), y su ex cónyuge, SNGL (“la demandada”), con la finalidad de que la jueza del Vigésimo Juzgado Especializado en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima ordenase el desplazamiento de su paternidad. El demandante sustentó su pretensión en la causal prevista en el inciso 5 del artículo 363° del Código Civil, referida a la acreditación de la inexistencia de vínculo parental a través de la prueba genética; para ello, ofreció como medio probatorio una prueba de ADN que realizó extraprocesalmente con ambos demandados, en la cual se determinó que tenía un 0% de probabilidad de paternidad respecto al demandado. La interposición de la demanda fuera del plazo de caducidad establecido en el artículo 364° del Código Procesal Civil suscitó la inaplicación vía control difuso de dicho artículo por parte de los jueces del caso, tanto en primera como en segunda instancia, decisión que sería ratificada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Sin embargo, a pesar de ser aquel, en apariencia, el principal problema del caso, del desarrollo del proceso se develan otros más complejos, como la correcta resolución de la impugnación a partir de la consideración de la faceta dinámica del derecho a la identidad, tanto en la determinación de la subsistencia del vínculo filial como del apellido del hijo, así como la valoración que debe hacerse de la prueba de ADN, resaltándose la utilidad e importancia del ofrecimiento de un principio de prueba cuando se acciona por la causal del inciso 5.



Índice

I. INTRODUCCIÓN	3
II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE	5
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DE RELEVANCIA JURÍDICA	13
1. La impugnación de paternidad como acción para desvirtuar la presunción <i>pater is est quem nuptiae demostrant</i> , no encontrándose relacionada con el reconocimiento del hijo extramatrimonial	13
2. La caducidad de la acción de impugnación de paternidad y su relación con el derecho a la verdad biológica y la identidad dinámica del hijo.....	20
3. El derecho del niño al nombre y la conservación de este ante el desplazamiento de la paternidad del marido	30
4. La prueba de ADN y su valor para determinar la estimación o desestimación de una demanda de impugnación de paternidad	35
V. CONCLUSIONES	41
VI. BIBLIOGRAFÍA	43
VII. ANEXOS	50

I. INTRODUCCIÓN

En el presente informe jurídico se analizará el proceso de impugnación de paternidad iniciado por el señor BYGC, en contra de su ex cónyuge, SNGL, y su hijo, solicitando el desplazamiento de su paternidad respecto de este último. El actor sustentó su demanda en la prueba de ADN que realizó extraprocesalmente con ambos demandados, ofreciendo como medio probatorio el dictamen pericial en el que el laboratorio determinó la nula probabilidad de que fuese el padre biológico del niño. A lo largo del proceso, el debate fue siempre promovido por la curadora especial del niño, ya que la madre se allanó a la demanda (pedido declarado improcedente por tratarse de un derecho indisponible) y en todo momento solicitó la estimación de la pretensión, mostrándose más preocupada por que se le exonerase del pago de costas y costos procesales. De esta manera, los problemas jurídicos desprendidos del expediente se encuentran, sobre todo, referidos a cuestiones de interpretación normativa, más que a una confrontación de pruebas.

Las áreas del derecho sobre las que versa el expediente son tres: en primer lugar, el derecho civil, y, específicamente, el derecho de familia. Evidentemente, la impugnación de paternidad, como acción de estado filial de la filiación matrimonial, se encuentra regulada en el Código Civil, dentro de los dispositivos referidos a aquella institución. Además, posee gran relevancia en el caso el derecho constitucional, ya que, encontrándose vigentes durante el trámite del proceso normas legales contrarias a la Constitución, los jueces efectuaron el control difuso de constitucionalidad. Y no solo ello, sino que también se desprenden del caso cuestiones de índole constitucional no contempladas por los jueces, pero cuyo análisis es imprescindible al tratar el conflicto presentado en el expediente; ellas son la caducidad de la impugnación de paternidad ante la consolidación de la filiación socioafectiva y la identidad dinámica, y la conservación del derecho del nombre del hijo frente al desplazamiento de la paternidad del marido, amparada, igualmente, en el derecho a la identidad en su esfera dinámica. Por último, el expediente también involucra cuestiones de derecho procesal, referidas a la integración de sentencia, elevación en consulta por inaplicación normativa, y, principalmente, el valor probatorio de la prueba de ADN, distinguiendo entre la que fue ordenada por el juez a pedido de la curadora especial y la que actuó extraprocesalmente el demandante, ofreciendo directamente el dictamen pericial.

En cuanto a la justificación de la elección del expediente, se debe indicar que, a pesar de la reforma de artículos del Código Civil efectuada mediante el Decreto Legislativo N.º 1377, del 2018 (entre ellos, algunos referidos a la impugnación de paternidad), los problemas jurídicos albergados en el expediente (ya sea de forma expresa o implícita) mantienen un gran interés, debido a que no se encuentran claramente regulados, o estándolo, continúan generando tratos dispares por parte de los órganos jurisdiccionales, propiciando la vulneración de derechos, sobre todo de los niños, niñas y adolescentes involucrados en estos procesos. Sin adelantar el análisis a desarrollarse, se contemplan entre estos problemas la protección de la identidad dinámica del niño y su relación con la filiación socioafectiva y el derecho al nombre, que ya ha sustentado algunas decisiones judiciales, pero que aún no representa una solución uniforme, debido a la falta de reglas claras al respecto. Asimismo, es pertinente tratar la distinción entre las acciones de impugnación de paternidad e impugnación de reconocimiento, pues ambas, como en el expediente, son objeto de común confusión por los operadores jurídicos, lo cual genera retrasos en el proceso e indefensión a las partes que son víctimas

de estos errores. Por último, también reviste importancia la cuestión de la valoración que se le debe dar a la prueba de ADN, partiendo del control que debe efectuar el juez en la actuación de esta y el requerimiento que se debe imponer al demandante que la invoque como causa petendi en su pretensión.



II. RELACIÓN DE LOS HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA CONTROVERSIA DE LA QUE TRATA EL EXPEDIENTE

Etapa postulatoria:

El proceso fue tramitado con Expediente Nro. 183520-2007-00825 (en adelante, "Exp. 825-2007") a cargo del Vigésimo Juzgado de Familia de Lima (en adelante, "el juzgado"). Inició con la interposición de la demanda de impugnación de paternidad (también conocida como demanda de negación o contestación de paternidad) por el señor BYGC (en adelante, "el demandante"), dirigiéndola, en un inicio, únicamente contra su ex cónyuge, SNGL (en adelante, "la demandada"), solicitando que se declarase el desplazamiento de su estado de padre respecto de su hijo (en adelante, "el niño demandado" o "el hijo demandado"), por no ser su hijo biológico. La causal en que se amparó su demanda es la prevista en el inciso 5 del artículo 363° del Código Civil, relativa a la demostración de la inexistencia de vínculo parental mediante la prueba de ADN.

Según la exposición de los hechos, el demandante contrajo matrimonio con la demandada en fecha 11.01.2005 en la Municipalidad Distrital de Miraflores (adjuntó como medio probatorio la correspondiente acta de matrimonio). Posteriormente, en fecha 18.08.2006 nació el niño demandado (lo acreditó con la respectiva partida de nacimiento), a quien el demandante firmó como hijo, propiciándole, de acuerdo con su dicho, "el cariño y protección que cualquier padre brindaría para con su hijo".

Sin embargo, en el mes de junio del año siguiente, descubrió una conversación de su cónyuge vía internet, en la cual se citaba con otro hombre. Al reclamarle por esto, aquella le confesó el adulterio que había cometido el año anterior, por lo que el demandante, acompañado de su esposa y su hijo, acudió en fecha 23.06.2007 al laboratorio BIO GENOMA S.A.C. para realizarse una prueba de ADN, emitiéndose el informe P912, que arrojó como resultado un 0% (cero por ciento) de probabilidad de paternidad respecto del niño (ofreció como prueba el mérito de este informe). Ante esto, los cónyuges se separaron (como ratificaría luego la demandada).

Mediante Resolución 1, de fecha 07.11.2007, el juzgado declaró inadmisibles las demandas, ordenando al demandante que cumpliera con emplazar como demandado también a su hijo, de conformidad con el artículo 369° del Código Civil, y que indicara si la prueba de ADN ofrecida había sido realizada judicialmente, como prueba anticipada, o de forma particular, debiendo precisar, además, si esta se había practicado con la madre, el padre y el hijo o, de no haber sido así, si ofrecía como medio probatorio la prueba de ADN en las tres personas indicadas. El demandante cumplió con emplazar a su hijo e indicó que la prueba de ADN ofrecida se había realizado de forma privada y con muestras de los demandados y suya.

Así, por medio de Resolución 2, de fecha 31.01.2008, se admitió a trámite la demanda, nombrando como curadora especial del niño a Tania del Carmen Landeo Tamayo, conforme al artículo 606° inciso 1 del Código Civil; asimismo, se ordenó el traslado a la parte demandada y al Ministerio Público en calidad de dictaminador.

Tras el apersonamiento de la curadora especial, aceptando el cargo, el juzgado dispuso, mediante Resolución 3, que se le notifique el auto admisorio, fijando sus honorarios en S/500 (quinientos con 00/100 soles), a serle abonados al concluir su patrocinio.

En fecha 04.04.2008, la curadora especial contestó la demanda solicitando que fuese declarada improcedente y/o infundada, en razón de los siguientes argumentos:

- i) La acción impugnatoria del demandante había caducado en aplicación del artículo 364° del Código Civil, que establece un plazo de 90 días para interponerla, contados desde el día siguiente del parto si el marido estuvo presente en el lugar. En efecto, el marido había tardado más de 14 meses en interponer su demanda, habiendo estado presente en el parto, como se comprobaba de su declaración consignada en la partida de nacimiento de su hijo. Por consiguiente, debía declararse la improcedencia de la demanda conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 427° del Código Procesal Civil.
- ii) Al haber firmado al niño a su nacimiento, brindándole cariño y protección como si fuera su hijo durante más de 14 meses, se verificaría la posesión constante de estado en favor del hijo, con lo cual resultaba de aplicación el artículo 376° del Código Civil, que prescribe la incontestabilidad –tanto para los padres como para el hijo- de la filiación matrimonial que reúna en su favor la posesión constante de estado y el título que dan las partidas de nacimiento y matrimonio.
- iii) El demandante no había probado la aducida infidelidad de su cónyuge
- iv) La prueba de ADN ofrecida por el demandante debía ser tomada con las reservas del caso, ya que había sido realizada a solicitud de la parte interesada. En tal sentido, para que esta otorgase certeza plena, debía ser practicada por una institución especializada a ser designada por el juzgado, con las medidas de seguridad requeridas, por lo que ofreció como medio probatorio la prueba de ADN a realizarse dentro del proceso.
- v) Se debía primar el interés superior del niño, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que era contrario al interés del demandante, pues la estimación de la demanda y consiguiente marginación del niño como hijo matrimonial, redundaría negativamente en su desarrollo y su futuro.

Por su parte, la demandada formuló allanamiento; sin embargo, este fue declarado improcedente mediante Resolución 5, del 13.05.2008, por requerirse la probanza de los hechos por otros medios además de la declaración de parte y por versar la controversia sobre un derecho indisponible, de conformidad con los incisos 3 y 5, respectivamente, del artículo 332° del Código Procesal Civil.

A través de Resolución 6, del 30.06.2008, se dictó el auto de saneamiento del proceso, convocándose a audiencia de fijación de puntos controvertidos para el día 07.10.2008 a las 10:30 a.m.; realizándose esta en la fecha indicada, el juzgado fijó como punto controvertido el determinar si existía o no vínculo parental entre el niño demandado y el padre demandante, por medio de la actuación de la prueba de

ADN. A su vez, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes, resaltando el informe P912 con el resultado de la prueba de ADN realizada en forma privada a petición del demandante, admitido como peritaje de parte de este último, así como el peritaje biológico a ser actuado en sede judicial ofrecido por la curadora especial del niño, respecto del cual el juzgado ordenó al demandante que proporcionara el nombre del laboratorio que se encargaría de practicar esta prueba -adjuntando el contrato respectivo a efectos de oficiar a la institución-, así como de los dos peritos biológicos que se harían cargo de emitir y sustentar el dictamen pericial. Finalmente, se fijó fecha para la audiencia de pruebas en el 11.12.2008 a las 12:10 p. m., ordenando a la cónyuge demandada acudir con el niño demandado para la toma de muestras.

Mediante escrito de fecha 18.11.2008, el demandante cumplió con señalar al laboratorio clínico Biogenómica S.A.C. como el encargado de practicar la prueba de ADN a las partes, adjuntando el oficio J252-2008 a través del cual la referida institución propone como peritos a los biólogos Guy Arthur Tintaya Miñán y Carlos Ernesto Bustamante Donayre. De ese modo, con Resolución 10, del 05.12.2008, se nombró como peritos a los biólogos antedichos, a efectos de que cumpliesen con aceptar y jurar el cargo.

Etapas probatoria y decisoria:

La audiencia de pruebas se llevó a cabo en la fecha establecida, con la comparecencia del demandante y la curadora especial del demandado, como partes procesales; los dos peritos designados y la representante del Ministerio Público; por su lado, la cónyuge demandada y el hijo demandado no asistieron, por lo cual el juzgado decidió prescindir de la actuación del peritaje biológico. En su lugar, se actuó simplemente el peritaje de parte, ratificándose el perito Carlos Ernesto Bustamante Donayre en el contenido del informe P912, firmado por aquel. Respecto a la conducta procesal de la demandada, el juzgado señaló que la evaluaría conforme a lo establecido en el artículo 282° del Código Procesal Civil (que prescribe la facultad del juez para extraer conclusiones sobre el fondo del asunto en función de las conductas de las partes, especialmente cuando no cooperan en la consecución de la finalidad de las pruebas), teniendo además en cuenta que la demandada se había allanado a la demanda.

En fecha 17.12.2008, el demandante presentó alegatos escritos, indicando que el perito de parte se había ratificado en el contenido de su informe, el mismo que concluyó que el demandante tenía un 0% de probabilidad de paternidad; además, argumentó que el allanamiento de la demandada y su inasistencia a la audiencia de pruebas, además de expresar su conformidad con la demanda, demostraban que la realización de una nueva prueba de ADN expondría innecesariamente al niño. Por otro lado, la demandada reiteró su pedido de exoneración de costas y costos procesales, por haberse allanado a la demanda.

Con fecha 27.02.2009, el fiscal de la Vigésima Fiscalía Provincial de Familia de Lima emitió dictamen opinando por que se declarase fundada la demanda, bajo los siguientes argumentos:

- i) Si bien el artículo 395° del Código Civil señala que el reconocimiento es irrevocable - por lo que el demandante ya no podía revocar el reconocimiento de paternidad en favor de su hijo que constaba en la partida de nacimiento de aquel- ello no le impedía

cuestionar su paternidad en sede judicial, de conformidad con la Ejecutoría Suprema dictada en el Exp. Nro. 2092-2003-Huaral-Sala Civil Transitoria Permanente de la Corte Suprema;

- ii) El resultado de la prueba de ADN ofrecido por el demandante había sido admitido y actuado en la audiencia de pruebas, donde el perito interviniente se ratificó ante el juez. Al tener dicha prueba un carácter muy elevado de certeza, era más que suficiente para establecer a ciencia cierta la no paternidad del demandante;
- iii) La filiación se corresponde con la verdad biológica, y, por tanto, no es una creación del derecho, sino una asimilación de la realidad; asimismo, el derecho a la identidad del niño es un interés jurídico superior que prevalece sobre otros intereses jurídicos.

Encontrándose expeditos los autos para su resolución, en fecha 21.05.2009 el juzgado dictó la Sentencia Nro. 204-2009-20JFL, declarando fundada la demanda, cuyos puntos más resaltantes fueron los siguientes:

- i) El allanamiento de la demandada, reconociendo haberse realizado la prueba de ADN junto a su marido e hijo antes del inicio del proceso, que fue reiterado en diversas oportunidades durante el trámite del mismo, debía ser tomado en cuenta en la decisión;
- ii) La presunción *pater is*, regulada en los artículos 361° y 362° del Código Civil, había sido enervada en mérito al peritaje biológico de ADN de parte, el cual no fue tachado ni impugnado, y que el perito ratificó en la audiencia de pruebas;
- iii) La demanda debía ser amparada a fin de no mantener al niño en error, bajo la creencia de ser hijo biológico de quien en realidad no lo era;
- iv) Por tanto, se declaró fundada la demanda, ordenando la exclusión de la partida de nacimiento del hijo de los nombres y apellidos del demandante, y el curso oportuno de los partes respectivos para la anotación marginal en dicha partida;
- v) Atendiendo a la naturaleza del proceso, no se dictó condena de costas ni costos;
- vi) Además, se dispuso elevar en consulta la sentencia en caso esta no fuese apelada, en aplicación de lo prescrito en el artículo 408° inciso 2 del Código Procesal Civil.

Etapas impugnatorias:

La sentencia fue apelada en fecha 15.06.2009 por la curadora especial del niño, quien solicitó su revocación apoyándose en los siguientes argumentos:

- i) La sentencia incurría en error de hecho y de derecho al no emitir pronunciamiento alguno sobre lo argumentado en su contestación, respecto a que el artículo 364° del Código Civil otorga 90 días desde el parto para ejercitar la impugnación de paternidad, mientras que el demandante lo había hecho después de 14 meses;
- ii) La sentencia tampoco se pronunció acerca de lo prescrito por el artículo 376°, respecto a la imposibilidad de contestar la filiación matrimonial cuando se reúnan en favor de esta la posesión constante de estado y el título que otorgan las partidas de nacimiento y matrimonio;

- iii) La sentencia no tomó en cuenta el interés superior del niño, ya que su decisión le supuso una marginación como hijo matrimonial, lo que afectaría negativamente su desarrollo emocional, tanto más cuanto que se había probado que el niño tuvo la posesión constante de estado de hijo matrimonial;
- iv) El fallo era incongruente al no condenar costas ni costos, pues debió ordenar al demandante cumplir con el pago de sus honorarios profesionales.

Sorprendentemente, el juzgado no calificó el recurso de la curadora especial, sino que se limitó a ordenarle que se sujetara a lo resuelto en el segundo punto del fallo de la sentencia, donde dispuso elevar en consulta la misma a la sala superior. A continuación, procedió a elevar los autos en consulta mediante oficio 183520-2007-00825, del 16.07.2009.

Para mayor embrollo, la Primera Sala Especializada de Familia de Lima no tramitó el acto como una consulta, sino que lo tomó como una elevación de apelación, ordenando mediante Resolución 1 del 20.07.2009 (Exp. Nro. 838-2009) que se remitiera el expediente al fiscal superior para que emitiera su dictamen de ley, además de fijar fecha para la vista de la causa en el 03.09.2009 a las 09:00 a. m.

Así, en fecha 03.09.2009, el fiscal de la Primera Fiscalía Superior de Familia de Lima remitió el Dictamen Nro. 513-2009, con relación a la apelación de la curadora especial, opinando por que se confirmara la sentencia, en razón de que:

- i) No obstante declararse improcedente el allanamiento de la demandada, sus escritos y declaraciones –reconociendo la no paternidad del demandante- debían ser valorados como pruebas;
- ii) Los artículos 364° y 376° del Código Civil no resultaban de aplicación al caso porque se debía primar el derecho a la identidad del niño y su interés superior, los cuales impedían imponerle por padre a alguien que no era su verdadero progenitor.

La vista de la causa fue llevada a cabo en fecha 28.10.2009, quedando al voto. Sin embargo, a través de resolución del 30.11.2009, la sala se pronunciaría recién –omitiendo todo el trámite que había venido realizando- sobre la elevación en consulta, señalando que esta era improcedente por haber interpuesto la curadora especial una apelación, y que el juzgado debía calificar dicho recurso, por lo que declaró nula la resolución 17 y el acto de elevación.

De esta manera, mediante Resolución 18, del 26.01.2010, el juzgado concedió la apelación con efecto suspensivo y procedió a elevarlo como tal a la sala, la cual ordenó (Exp. Nro. 393-2010) remitirlo al fiscal de familia para que –nuevamente- dictaminase, programando la vista de la causa para el 26.05.2010 a las 09:00 a. m.

Con fecha 25.05.2010 el fiscal superior emitió su Dictamen Nro. 326-2010, remitiéndose a los argumentos que ya había vertido en su anterior dictamen, y ratificándose en su opinión de confirmar la sentencia.

La causa fue vista en discordia, dictándose la sentencia de vista en fecha 31.08.2010, la cual declaró infundada la apelación de la curadora especial; a continuación se enumeran sus puntos de mayor relevancia:

- i) El artículo 364° del Código Civil no resultaba aplicable porque una interpretación extensiva del mismo afectaría los derechos del hijo a la identidad, filiación, nombre, posibilidad de pertenecer a una familia y de gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, así como el derecho del padre y la madre a que se les reconozca y ejerza su paternidad o maternidad;
- ii) De la prueba de ADN actuada, se concluía que el demandante no era el padre biológico del niño demandado, verificándose que este practicó el acto jurídico de reconocimiento del hijo bajo la creencia equivocada de ser su progenitor, conforme lo admitió la demandada;
- iii) La Casación 2833-2003 Huancavelica del 30.03.2005 estableció que “la exclusión de nombre de una persona que figura como padre en la partida de nacimiento no importa privación alguna del apellido con el que se le conoce a su titular, del menor en el presente caso, pues, además de que el nombre de una persona es un atributo de su personalidad conforme al artículo 19° del Código Civil, toda persona tiene derecho y el deber de llevar un nombre”, estableciendo además el siguiente criterio jurisprudencial: “al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos de quien lo haya engendrado. No correspondiéndole, por tanto, los apellidos de quien no lo haya procreado. La vía procesal para suprimir los datos de quien figura como padre, no obstante no ser progenitor del titular de la partida de nacimiento, es la exclusión de nombre”;
- iv) Se confirma la sentencia que declara fundada la demanda y ordena excluir los nombres y apellidos del demandante como padre del niño en su partida de nacimiento, y se integra la misma disponiéndose que la exclusión del nombre del demandante no importa privación del nombre con el que se conoce a su titular, manteniendo el hijo su apellido;
- v) Se ordena elevar la sentencia en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, al haber inaplicado el artículo 400° del Código Civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 408° inciso 3 del Código Procesal Civil, concordante con el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial;
- vi) voto en minoría de la jueza Donayre Mávila: no votó por que se mantuviera el apellido del demandante en favor del hijo. Asimismo, votó por el rechazo del extremo referido a la exoneración de costas y costos, señalando que la resolución 3 ordenó que los honorarios le serían abonados al culminar su patrocinio.

En fecha 17.05.2011, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema emitió la Resolución Consulta Nro. 4076-2010-LIMA, aprobando la sentencia de vista, de la cual destacan tres considerandos:

- i) La consulta era por la inaplicación del artículo 364° del Código Civil (corrigiendo, de esta manera, lo indicado en la sentencia de vista, respecto a que la consulta versaba sobre el artículo 400°);
- ii) El derecho a la identidad debe ser protegido en sus dos aspectos, estático y dinámico;
- iii) Además, la sala suprema sostuvo:
 - El derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene toda persona a su propia

identidad personal [...], derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales” (considerando octavo).

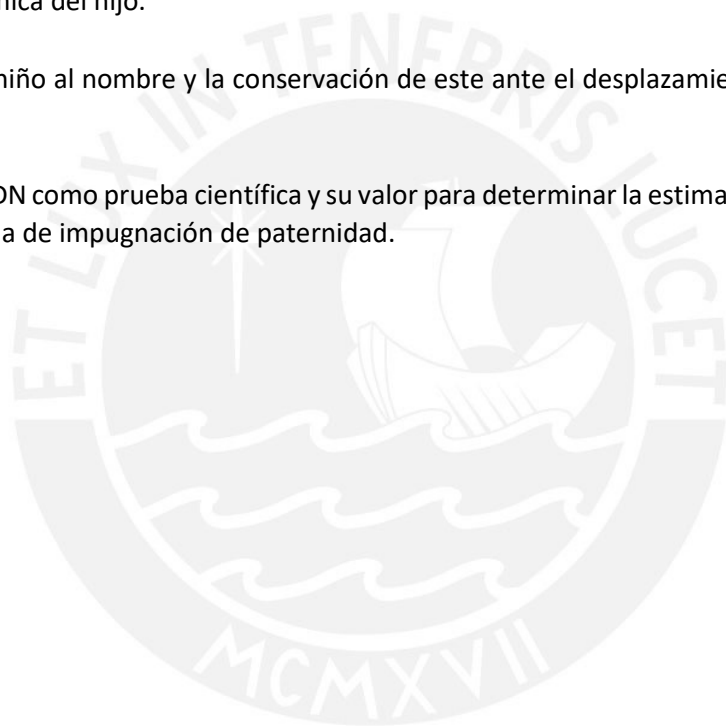
Finalmente, los autos fueron devueltos al juzgado, que, por medio de Resolución 18 del 01.09.2010, ordenó cumplir lo ejecutoriado.



III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se enlistarán los problemas jurídicos más relevantes que se desprenden del expediente materia de informe:

1. la impugnación de paternidad como acción para desvirtuar la presunción *pater is est quem nuptiae demostrant*, no encontrándose relacionada con el reconocimiento del hijo extramatrimonial.
2. La caducidad de la acción de impugnación de paternidad y su relación con la verdad biológica y la identidad dinámica del hijo.
3. El derecho del niño al nombre y la conservación de este ante el desplazamiento de la paternidad del marido.
4. La prueba de ADN como prueba científica y su valor para determinar la estimación o desestimación de una demanda de impugnación de paternidad.



IV. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS DE RELEVANCIA JURÍDICA

1. La impugnación de paternidad como acción para desvirtuar la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, no encontrándose relacionada con el reconocimiento del hijo extramatrimonial

Como primer problema, se abordará la cuestión del objeto de la acción de impugnación de paternidad, que es el cuestionamiento de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, presunción legal relativa o *iuris tantum*, de larga data en el trato de la filiación matrimonial, y que nuestro ordenamiento heredó, en última instancia, del antiguo derecho romano, encontrándose regulada actualmente en el artículo 361° del Código Civil, así como, de forma simplificada y redundante, en el 362°.

Como puede advertirse tanto de la lectura de la sentencia de vista (que incluso fue elevada en consulta por la supuesta inaplicación del artículo 400° del Código Civil), como del dictamen fiscal de primera instancia, los operadores que emitieron estos actos incurrieron en un error de apreciación sobre la naturaleza de la impugnación de paternidad, confundiéndola con la impugnación de reconocimiento de paternidad prevista en el artículo 399° del Código Civil. Tal confusión pudo haber obedecido a que esta última es comúnmente denominada en nuestro país como “impugnación de paternidad”, mientras que la primera es conocida como “negación” o “contestación de paternidad”, pero también al hecho de que tanto el marido como el padre extramatrimonial pueden acudir al registro a declarar la paternidad de su hijo, si bien con distintos efectos. Por ello, es preciso explicar, en primer término, la naturaleza de la impugnación de paternidad, como acción de estado de la filiación matrimonial, tratando, en relación con esta, la cuestión del reconocimiento del hijo por el marido, no en el sentido del acto de reconocimiento perteneciente a la filiación extramatrimonial, sino como conducta – expresa o tácita- que configura una causal de improcedencia de la impugnación de paternidad, encontrándose regulada en los incisos 1 y 2 del artículo 366° del Código Civil.

A manera de preámbulo convendría ofrecer un concepto de la relación de filiación; Alex Plácido la define como “la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera” (2003, p. 82). Como se señaló párrafos atrás, las raíces de nuestras instituciones jurídicas filiales se remontan al Imperio romano, el cual otorgaba la *patria potestas* (poder del padre sobre sus hijos) al *pater familias* (hombre jurídicamente independiente, y por tanto ciudadano, que asumía el mando de la familia que conformaba), principalmente por medio de la procreación en *justae nuptiae* (matrimonio legítimo). Es en este contexto en el que surge la presunción legal *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (padre es quien las nupcias demuestran), con la cual se atribuía al marido la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio, deduciéndose ello de hechos notorios como la fidelidad y cohabitación entre esposos. Asimismo, surgió una segunda presunción, integradora de la anterior: para determinar que la concepción ocurrió durante el matrimonio y, consecuentemente, que el hijo era legítimo, este tenía que nacer después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, y antes de los trescientos de disuelto; estos principios fueron incluidos en el Digesto Justiniano¹. Ahora bien, estas presunciones admitían prueba en contrario, por

¹ Brenneisen, 1986, Contestación de paternidad en el Nuevo Código Civil. La Inseminación Artificial: Nueva Causal de la Acción, p. 9-10.

lo que el marido podía desconocer a la prole probando imposibilidad física, ausencia o enfermedad, teniendo en tal caso la madre que evidenciar la paternidad de su marido². Todas estas disposiciones ejercieron una enorme influencia en el Derecho Continental, fundamentalmente a través de su proyección en el Código Civil Francés de 1804, más conocido como el Código Napoleónico, que sirvió como modelo para muchos países carentes de una legislación civil estructurada, encontrándose entre ellos el Perú, cuyo Código Civil de 1852 heredó la regulación francesa referente a la impugnación de paternidad³, de naturaleza “cerrada”, como se explicará a continuación.

La impugnación de paternidad pertenece, según la doctrina de la filiación matrimonial, a las acciones de estado, esto es, acciones judiciales que pueden, o bien impugnar la filiación (acciones de contestación), o bien reclamarla (acciones de reclamación), ubicándose la impugnación de paternidad en el primer grupo (Rodríguez, 2018, p. 107). Asimismo, se distinguen dos sistemas objetivos de impugnación de la paternidad: uno “abierto”, que concede al marido libertad probatoria sobre la inexistencia del vínculo parental, no restringiéndolo a supuestos predeterminados, y otro “cerrado”, en el que la ley fija presupuestos de acción que deben acreditarse para declarar la inexistencia del vínculo⁴ (Plácido, 2003, p. 296). Dado que el artículo 363° del Código Civil contempla para esta acción presupuestos taxativos, podría pensarse que nuestro ordenamiento aún mantiene el sistema cerrado; sin embargo, actualmente la causal del inciso 5⁵, que dispone el desplazamiento del estado de padre del marido cuando se demuestre la inexistencia de vínculo biológico por medio de la prueba de ADN u otra prueba científica de igual o mayor grado de certeza, permite invocar cualquier supuesto de hecho no previsto en la norma, superando con ello la rigurosidad del resto de presupuestos, los cuales no abarcan todas las posibilidades que presenta la realidad en torno a esta cuestión. No obstante, al mantenerse vigentes las causales originales, aún susceptibles de invocación, se puede considerar que nuestro sistema sigue actualmente un criterio “ecléctico” o “mixto” (Plácido 2003, p. 301).

Ahora bien, los cinco presupuestos prescritos por la ley para impugnar la paternidad son objeto de una distinción en cuanto a la distribución de su probanza. En efecto, de acuerdo con el artículo 370° del Código Civil, la carga de la prueba se distribuye de distinta manera dependiendo de cuál sea la causal invocada: En el caso de los incisos 2 y 4 (a los cuales hay que agregar el 5, no previsto en dicho artículo), la carga de probar corresponde al marido (demandante), mientras que en los incisos 1 y 3, es la mujer (demandada) quien debe demostrar la paternidad o la improcedencia de la acción. Para un sector de la doctrina⁶, la impugnación de paternidad se circunscribe a las causales de los incisos 2, 4 y 5, siendo

² Ídem. p. 11.

³ Ídem. p. 17.

⁴ El sistema “cerrado” no fue adoptado del derecho romano, sino introducido por el Código Napoleónico, a fin de prevenir “el abuso de los maridos de interponer a su arbitrio la acción de desconocimiento basados en una simple sospecha o por cualquier motivo injustificado creando una inestabilidad respecto a la situación de los hijos habidos en el matrimonio y alterando la paz de las familias” (Brenneisen, 1986, p. 18). De similar apreciación es Plácido, quien señala que la naturaleza restrictiva de este sistema obedecería al “interés de preservar el orden familiar de procesos escandalosos e injustificados que podrían afectarlo moralmente, así como al *favor legitimitatis* que rige en las legislaciones que discriminan entre las categorías de la filiación, según el cual el orden jurídico prefiere conservar la filiación legítima, redundando esto en beneficio del hijo y de la madre” (2003, p. 297).

⁵ Inciso añadido mediante Ley N.° 27084, del 31 de diciembre de 1998.

⁶ Véanse al respecto Sáenz, 2014, Impugnación de paternidad y filiación matrimonial, p. 22-24; Brenneisen, 1986, op. cit., p. 31.

los otros dos supuestos de mera “negación” o “desconocimiento” de la paternidad. Sin embargo, mi postura se adhiere a la que considera a ambos como tipos de impugnación de paternidad, siendo la “rigurosa” aquella que exige la prueba de la inexistencia de vínculo filial al demandante, esto es, a quien alega la configuración del presupuesto (prevista para los incisos 2, 4 y 5), en tanto que en la “simple” le basta con negar el vínculo, siendo el demandado quien debe probar los hechos impeditivos o el nexo biológico (la correspondiente a los incisos 1 y 3), admitiéndose la denominación de esta última también como negación o desconocimiento, pero sin dejar de considerarla un tipo de impugnación (Plácido, 2003, p. 294-295). Esta postura me parece la más adecuada no solo porque en la invocación de los presupuestos de los incisos 1 y 3 el demandante también debe probar la configuración de estos, al igual que tendría que hacerlo de invocar los otros tres (si bien la probanza de la impugnación simple es mucho más sencilla, pues basta con aportar, para la causal del inciso 1, las partidas de matrimonio y nacimiento que acrediten que el niño nació antes de los 180 días siguientes al matrimonio, y, para la del inciso 2, la resolución judicial⁷ de separación de cuerpos), sino también porque, a mi criterio, permite apartarse de la posición doctrinaria que considera que en los supuestos de hecho descritos en los incisos 1 y 3 no se configura la presunción *pater is est...*

Se señaló anteriormente que este principio, concretado en el artículo 361° del Código Civil, proviene del antiguo derecho romano, fundándose en los deberes matrimoniales de cohabitación y fidelidad (infririéndose de estas relaciones sexuales exclusivas entre los cónyuges), sustento que se encuentra extendido doctrinariamente⁸, al mantenerse vigentes dichos deberes y ser, en consecuencia, previsible que el padre biológico del hijo de una mujer casada sea su marido. Sin embargo, a mi juicio la dogmática y sus conceptos deben buscar armonizarse con el derecho positivo y no imponerse a él (con salvedad, claro está, de que sea incoherente con la normativa de la materia o infrinja principios y valores constitucionales), por lo cual la interpretación de la presunción *pater is est...* tiene que moldearse según lo establecido por el legislador. Y en nuestro ordenamiento, entre las teorías para determinar el tipo de filiación matrimonial, este se ha decantado por la mixta⁹, prescribiendo en el referido artículo 361° que el hijo se presume del marido si nace durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, lo que en buena cuenta significa que se reputará padre al marido si el hijo nace o es concebido durante la vigencia del matrimonio (el plazo máximo de embarazo legal se infiere de la norma comentada, siendo de 300 días, mientras que el mínimo es de 180 días y se desprende del artículo 363° inciso 2)¹⁰.

Por tanto, definiendo la ley los alcances de la presunción *pater is est...* en el régimen jurídico de la filiación, no hay motivo para que doctrinariamente se la estime alineada con la teoría de la

⁷ O también la resolución de alcaldía o el acta notarial, en caso de la separación convencional tramitada bajo la Ley N.° 29227, del 15.05.2008.

⁸ Véanse Brenneisen, 1986, op. cit., p. 10; Varsi, 2010, El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial, p. 29; Sáenz, 2014, Impugnación de paternidad y filiación matrimonial, p. 12-13.

⁹ Existen tres teorías para determinar el tipo de filiación matrimonial: i) la de la concepción, que tiene al hijo por matrimonial si fue concebido durante el matrimonio; ii) la del nacimiento, que considera matrimonial al hijo nacido durante el matrimonio; y iii) la mixta, según la cual el hijo será matrimonial si es concebido o nace durante el matrimonio (Varsi, 2010, p. 25-27).

¹⁰ Esto, desde luego, admite prueba en contrario, demostrando la mayor o menor duración del embarazo (Plácido, 2003, p. 114). De hecho, la sola introducción de la prueba de ADN como causal de impugnación ya supone la posibilidad de probar en contra de esta presunción legal.

concepción¹¹, que es como surgió en el antiguo derecho romano, según ya se ha comentado. Podría replicarse que la teoría de la concepción, al ser la única de las tres que no comprende a la teoría del nacimiento, es -valga la redundancia- la única que permite respaldar la presunción legal de paternidad matrimonial en un razonable vínculo biológico entre el padre y el hijo, y que, además, posibilita explicar la inversión de la carga de la prueba en la impugnación simple, exigiendo la ley al marido, de invocar los incisos 1 o 3 del artículo 363°, únicamente acreditar que en la fecha de concepción del hijo aún no se encontraba casado o estaba legalmente separado de su mujer (con lo cual no habrían intervenido en aquel contexto los deberes de cohabitación y fidelidad que dotan de sentido a la presunción de paternidad matrimonial y exigen al demandante probar la inexistencia del vínculo biológico en los supuestos de impugnación rigurosa). No obstante, aceptar dicha réplica supondría desatender lo dispuesto por el legislador en el artículo 361°, apelándose a una interpretación del principio *pater is est...* estrictamente alineada con su sentido original, rechazando con ello una parte del concepto enunciado por el precepto legal; así, se mantendría el principio *pater is est...* en su entendimiento clásico, al cual habría que añadir el período de atribución legal preliminar de paternidad comprendido por los 179 días siguientes al matrimonio y, de ser el caso, por el lapso que dure la separación decretada por el juez, alcalde o notario (nuevamente, esta atribución se excluiría de ser considerada como integrante de la presunción de paternidad matrimonial¹², a pesar de que el propio legislador la contempla así).

Como puede verse, la salida no debe pasar por desvirtuar el principio que rige en nuestro ordenamiento. Al igual que el concepto de identidad se ha enriquecido desde sus primeras formulaciones, pasando por su reconocimiento como derecho humano, hasta alcanzar, en el presente, una dimensión preponderante en este su ámbito dinámico (esto será retomado a mayor detalle en un acápite posterior), también es preciso reinterpretar la significación clásica de la presunción *pater is est...*, adaptándola a nuestra regulación. Esto no implica rehuir la consideración de los deberes de cohabitación y fidelidad, sino reforzarla con otras razones que no se limiten a buscar sentido en una probabilidad palpable de existencia del vínculo biológico según los deberes jurídicos impuestos por el matrimonio¹³, sobre todo cuando la propia legislación demuestra en otras disposiciones¹⁴ que aquel no es el único factor que rige las acciones de estado filial. Conviene traer a colación dos posiciones doctrinales que ejemplifican lo anterior: ya a principios del siglo XX, Ambroise Colin sostuvo que la atribución del hijo al marido reposaba en una admisión de aquel, tácita y por anticipado, de asumir la

¹¹ Véase la definición propuesta por Plácido (2003): “La presunción de paternidad matrimonial rige desde los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes a su disolución” (p. 97)

¹² “El caso de la impugnación de paternidad (acción contestatoria) es por completo diferente al de la negación de paternidad, toda vez que en ésta sí rige la presunción de paternidad a favor del hijo nacido durante el matrimonio, por lo que corresponde al padre, la prueba de la inexistencia del vínculo biológico” (Sáenz, 2014, p. 23).

¹³ Naturalmente, esto no niega la preponderancia del factor biológico (al menos mientras no se consolide el socioafectivo, como se tratará en el siguiente acápite), cuya determinación puede ser reclamada, haciendo prevalecer su resultado, sino que opera en un momento previo a la eventual impugnación: en el de la determinación de la filiación en base a una presunción legal.

¹⁴ A este respecto véanse, a modo de ejemplo, los artículos 376° (referido a la incontestabilidad de la filiación matrimonial) y 402° inciso 2 (referido a la reclamación de paternidad extramatrimonial) del Código Civil, ambos sustentados en la posesión constante de estado de hijo.

paternidad de los hijos dados a luz por su esposa, exceptuándose las situaciones anormales, determinadas por la ley, que lo facultasen a impugnar su paternidad (como se citó en Plácido, 2003, p. 106). Más adelante, en 1985, José Puig Brutau afirmó que la presunción *pater is est...* representa la primacía de lo social sobre lo biológico en derecho, justificada por el abanico de fines que la familia matrimonial satisface: “la idea patrimonial, la idea del respeto a las decisiones privadas, aspectos económicos y de higiene social, efecto estabilizador de reservas íntimas de responsabilidad [...] basta[n] para fundamentar semejante principio de un modo independiente” (como se citó en Plácido, 2003, p. 107).

Si se atiende a la evolución de nuestra legislación civil, se advierte que la presunción *pater is est...* formulada por nuestro legislador en concordancia con la teoría mixta es una reiteración de las enunciadas precedentemente en los Códigos Civiles de 1936¹⁵ y 1854¹⁶, con lo cual su planteamiento original pudo obedecer, conforme expone Plácido (2008), además de a los deberes de cohabitación y fidelidad, a la protección del matrimonio (principio del derecho de familia que tuvo vigencia hasta la Constitución de 1979) y a la preferencia del *favor legitimatis* o presunción de paternidad matrimonial (que extendía la protección matrimonial a los hijos matrimoniales, dado que, por efecto del principio de jerarquía de filiaciones, vigente hasta antes de la promulgación de la Constitución de 1979, se discriminaba entre aquellos –llamados hijos legítimos- y los ilegítimos, quienes no poseían los mismos derechos). Ahora bien, con el paso del principio de protección al de mera promoción del matrimonio, consagrado en el artículo 4° de la vigente Constitución de 1993, y la superación de la jerarquía de filiaciones en favor del principio de unidad de categorías de filiación, instaurado por la Constitución de 1979 (art. 6°) y desarrollado en el vigente Código Civil, la presunción *pater is est...* ya no puede reposar en los mismos fundamentos que tuvo en el anterior marco normativo, pues actualmente se reconocen y protegen las distintas manifestaciones o estructuras que adoptan las familias¹⁷, otrora relegadas frente a la familia nuclear matrimonial.

Entonces, en el contexto presente, considero que el fundamento de la presunción de paternidad matrimonial formulada en el Código Civil obedece (complementando los deberes de cohabitación y fidelidad que reportan la presunción biológica) al principio de protección de la familia (art. 4 de la Constitución) y específicamente a la protección de la intimidad familiar (art. 2° inciso 7 de la misma norma), la cual opera tanto en favor de los cónyuges como del presunto hijo, que adquiere la filiación matrimonial al inferirse –retomando el carácter social de las teorías de Colin y Puig- que esa es la

¹⁵ “Artículo 299.- El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido”.

¹⁶ “Artículo 221.- Los hijos nacidos ó concebidos durante el matrimonio, tienen por padre al marido”.

¹⁷ Véase la STC Exp. N.° 06572-2006-PA/TC PIURA, del 6 de noviembre de 2007 (fundamentos 5 al 11).

voluntad tanto del marido como de la esposa¹⁸, quienes, presumiblemente, admiten¹⁹ que el primero es el progenitor. Como se señaló antes, este fundamento opera sobre todo para la presunción de paternidad matrimonial del hijo nacido antes de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y del hijo concebido cuando los cónyuges se encontraban legalmente separados.

Es importante anotar que la razón de que este extremo de la presunción sea impugnabile mediante simple negación es que en él no intervienen los deberes de cohabitación y fidelidad, sino solo la voluntad presunta de los cónyuges, con lo que la presunción así configurada no es tan intensa como lo sería de mediar el indicio de vínculo biológico dado por los primeros, lo cual exigiría, recíprocamente, una prueba que enerve la convicción preliminar de que el marido es el progenitor.

Así, la impugnación simple, que supone la negación de esa voluntad presunta legalmente atribuida, resultará efectiva a menos que la demandada demuestre que dicha negación no es válida porque antes el demandante ya había exteriorizado la voluntad²⁰ de asumir la paternidad del niño (arts. 366° incisos 1 y 2 del Código Civil), con lo cual el “reconocimiento” de su paternidad ya no sería presunto sino patente, y no podría pretender desdecirse; o porque hay un indicio –la prueba de cohabitación– de que la paternidad legalmente atribuida se corresponde con la biológica (art. 363 inciso 3, aunque debió señalarse expresamente también respecto del art. 363° inciso 1, al ser supuestos similares); o que existe certeza de que el marido es el progenitor (art. 363° inciso 5, que como aquel mismo señala, no es solo un presupuesto de demanda, sino también de contradicción). Asimismo, cabe anotar que, teniendo por efecto la estimación de una impugnación simple no solo la declaración de “no paternidad matrimonial” del marido, sino su definitivo desplazamiento del estado de padre del niño (pues de lo contrario se dejaría en vilo la filiación del hijo, con la posibilidad abierta de volver a emplazar como padre al marido, esta vez como extramatrimonial), la ley debió contemplar también, dentro de los supuestos de hecho acreditables por la demandada para rebatir esta negación, las causales de reclamación de filiación extramatrimonial previstas en el artículo 402° del Código Civil. De su revisión, se advierte que la causal del inciso 1 es abarcada por el art. 366° inciso 2, mientras que la del inciso 6 lo es por el art. 363° inciso 5; sin embargo, la causal del inciso 2 (cuando el presunto padre hubiese vivido en concubinato²¹ con la madre en la época de la concepción) no está contenida en ninguno de los supuestos habilitados para rebatir la negación. Sin perjuicio de esto, es pertinente recalcar que la prueba fundamental para la demandada será la de ADN, no solo porque le permite sortear de manera

¹⁸ Con la reforma de los artículos 361° y 362°, entre otros, del Código Civil introducida mediante el Decreto Legislativo N.° 1377, publicado el 24.08.2018, la voluntad de la esposa de aceptar la paternidad de su marido ya no se presume cuando inscribe el nacimiento de su hijo (esta presunción era, según la ley, *iuris et de iure*, pues no se le permitía declarar contra la paternidad del marido ni se la legitimaba a impugnarla, requiriendo, para ejercer esta acción, del control de constitucionalidad de aquellas normas por parte del juez de familia), sino que se le exige manifestar si su marido es el padre o no, asignándole el deber de determinar si se configurará la presunción *pater is est...*

¹⁹ “Siendo suficiente en el registro [para atribuir la paternidad al marido], 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” (Ramírez, 2018, p. 7-8).

²⁰ Para ejemplos de admisión expresa o tácita de paternidad por parte del marido, véase Plácido, 2003, p. 308-310.

²¹ Vale recordar que, de acuerdo con la definición amplia del concubinato contenida en este artículo, el legislador no limita esta causal a la acreditación de un concubinato propio (Rodríguez, 2018, p. 133), no exigiéndose, por tanto, el requisito del plazo de convivencia

sencilla el obstáculo de tener la carga de la prueba, sino además porque posibilita la obtención de certeza sobre el vínculo biológico para este tipo de impugnación que en principio no lo toma en cuenta.

Habiendo concluido la explicación anterior, corresponde abordar brevemente la cuestión de la diferencia entre la impugnación de paternidad (acción de contestación de la filiación matrimonial) y la impugnación del reconocimiento de paternidad (acción de contestación de la filiación extramatrimonial). Esta última, regulada en el artículo 399° del Código Civil, se deriva directamente de uno de los dos modos de acreditación de la filiación extramatrimonial: el reconocimiento voluntario del hijo (art. 388°), acto unilateral que posee carácter irrevocable (art. 395°).

En cuanto al objeto de la acción de impugnación de reconocimiento, este es definido como “el desplazamiento de estado ante la falta de concordancia entre el vínculo jurídico derivado del acto de reconocimiento y el vínculo biológico” (Krasnow, 2005, como se citó en Varsi, 2019, p. 37). Al respecto, si bien la impugnación de reconocimiento de paternidad es, en última instancia, una acción impugnatoria de paternidad, lo es solo de forma indirecta, pues la acción se dirige contra el acto de reconocimiento.

En ese sentido, disiento de la posición doctrinal que sostiene que lo que se impugna es la paternidad –o maternidad- y no el reconocimiento, que es el medio para establecerla (Pereira y De Oliveira, 2006, como se citó en Varsi, 2019, p. 37). Señalo ello en razón de que la impugnación de reconocimiento estimada por el juez no siempre resultará en desplazar la paternidad del reconociente, sino que también podrá, en algunos casos, impedir su emplazamiento en el estado de padre, siendo el presupuesto de ambas el dejar sin efecto el reconocimiento. Esto es así toda vez que el acto de reconocimiento puede ser constitutivo del emplazamiento por sí mismo, o bien presupuesto suficiente para constituir tal emplazamiento: partiendo de las formas de reconocimiento establecidas en el artículo 390° del Código Civil, será constitutivo del emplazamiento el reconocimiento efectuado directamente ante el registro civil (también conocido como reconocimiento por vía administrativa), ya que la inscripción del reconocimiento por parte del RENIEC es la que conforma el título de estado, tanto en sentido formal como material²² y, por tanto, genera el emplazamiento en el estado de familia; viceversa, el reconocimiento efectuado mediante escritura pública o testamento²³ es solo presupuesto suficiente de constitución del emplazamiento, al ser inscribible pero no generar automáticamente la inscripción (Plácido, 2003, p. 139).

De esta manera, es clara la diferencia de esta acción respecto a la impugnación de paternidad, cuyo objeto es –aquí sí- negar la paternidad del marido ya constituida, no en virtud de la firma que pudo

²² “El título de estado admite una caracterización sustancial y otra formal. La primera importa el emplazamiento en el estado de familia; la segunda, el instrumento público –o conjunto de instrumentos públicos- que permite oponer *erga omnes* el emplazamiento. De modo que el estado de familia requiere, en plenitud, no solo de sus presupuestos sino de su adecuada oponibilidad. Faltando ésta, se carece de uno de los elementos que caracterizan al estado de familia” (Plácido, 2003, p. 140).

²³ Cabe mencionar que la Directiva DI-008-DRC/001, primera versión, del RENIEC (publicada el 23.12.2022), que regula el procedimiento para la inscripción del acto de reconocimiento en el acta de nacimiento, solo contempla expresamente al reconocimiento efectuado por escritura pública; sin embargo, debe interpretarse este procedimiento como aplicable también al reconocimiento por vía testamentaria, al encontrarse uniformemente comprendidos en el procedimiento con código 66105 del TUPA de la entidad, denominado “inscripción de reconocimiento por escritura pública o testamento”.

haber consignado en el acta de nacimiento de su hijo, que es prescindible, sino de su inscripción como padre por efecto de la corroboración por parte del registrador de que al momento del nacimiento –o dentro de los 300 días anteriores a este- se encontraba casado con la madre del niño, es decir, por obra de la presunción *pater is est...*

En consecuencia, los conceptos abordados permiten resolver la confusión de los operadores jurídicos, en el desarrollo del expediente analizado, en torno a la separación conceptual y de regulación entre la acción de impugnación de paternidad –que fue la formulada en la demanda- y la impugnación de reconocimiento de paternidad, no tratándose la firma del demandante consignada en el acta de nacimiento del hijo demandado de un reconocimiento propiamente dicho (como aseveró el fiscal provincial en su dictamen, indicando que el demandante no podía revocar el reconocimiento que practicó pero que ello no le impedía impugnar su paternidad, conforme a lo dictado en la Ejecutoría Suprema dictada en el Exp. Nro. 2092-2003-Huaral; así como la Sala Superior en la sentencia de vista, al señalar que el demandante “practicó el acto jurídico de reconocimiento” del niño demandado bajo la creencia de ser su progenitor, ordenando la inaplicación del artículo 400° del Código Civil, referido al plazo de impugnación del reconocimiento). Esto es así ya que, encontrándose casado con la madre al nacimiento del niño, fue emplazado como padre por efecto de la presunción de paternidad matrimonial, lo cual acreditó con las actas de matrimonio y nacimiento.

No está de más mencionar que el reconocimiento aludido por la Sala Superior y el fiscal provincial, sin operar como un acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial dentro de un contexto de filiación matrimonial, tampoco pudo haber conformado la causal de improcedencia de impugnación simple contemplada en el artículo 366° inciso 2 del Código Civil, tanto porque la demanda invocó el presupuesto del inciso 5 (de impugnación rigurosa, como ya se vio) como porque el hijo nació diecinueve meses después de la celebración del matrimonio, resultando imposible intentar el mero desconocimiento de la paternidad.

2. La caducidad de la acción de impugnación de paternidad y su relación con el derecho a la verdad biológica y la identidad dinámica del hijo

Para abordar el siguiente problema jurídico, debe partirse de la premisa básica de que este, siendo tratado directamente por el derecho civil, no puede resolverse sin atender al derecho constitucional que es el que proporciona el fundamento de los institutos involucrados en esta cuestión²⁴, sirviendo como parámetro de legitimidad de su configuración legal. De tal manera, se presentará en primer lugar una aproximación al concepto del derecho a la identidad y su estrecho vínculo con el de filiación, explicando el sentido y valor que poseen en el modelo constitucional vigente. A partir de ello, se analizará el impacto que la identidad debe tener en la resolución de la impugnación de paternidad, respondiendo a la cuestión de cuándo debe declararse la improcedencia de la demanda por caducidad,

²⁴ Como bien señala Varsi, “la filiación, identidad y paternidad no son conceptos exclusivos del derecho civil, son también de interés constitucional al establecer vínculos jurídicos de protección al sujeto de derecho, y en especial a la niñez” (1999, p. 249).

y cuándo se debe inaplicar la norma que prescribe la extinción del derecho a impugnar (artículo 364° del Código Civil), como resolvió la Sala Superior y confirmó la Suprema en el expediente comentado.

Modernamente, la concepción del derecho a la identidad postula que este se encuentra conformado por dos ámbitos, uno estático y otro dinámico:

La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable. A esta información genética, a la que se ha accedido en las últimas décadas, habría que agregarle otros elementos de identificación del sujeto tales como el nombre, la fecha y el lugar de nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, entre otros datos. . . . Pero, aparte de dicho componente biológico, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características, y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad . . . compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos²⁵. (Fernández, 1997, p. 248)

En cuestiones de filiación, tradicionalmente se ha asociado esta con la identidad estática, y la última, por su parte, con la identidad biológica o identidad de origen, tratando de equiparar aquella filiación natural con la jurídicamente atribuida o reconocida. Si bien es cierto este criterio fue el recogido por nuestra legislación civil para regular la filiación y sus acciones de estado, hay que señalar que, en el ámbito de la filiación matrimonial, al contemplarse causales puntuales para investigar la paternidad biológica del marido (el ya comentado sistema cerrado de impugnación), así como legitimar únicamente a aquel para interponer esta acción (sujetando la reclamación de la paternidad extramatrimonial a una previa impugnación de paternidad exitosa del marido) el legislador de 1984 – al igual que sus predecesores – optó por un sistema formalista, en contraposición al realista²⁶, privilegiando la preservación de la filiación matrimonial antes que la investigación de la paternidad biológica.

Efectivamente, todo régimen legal de filiación es el resultado de la ponderación entre los *principios favor legitimatis* (la presunción de paternidad matrimonial), *favor veritatis* (investigación de la paternidad o maternidad a fin de que el vínculo filial coincida con la verdad biológica) y *favor filii* (protección especial de los niños y adolescentes, actualmente concretado en el principio de interés superior del niño), cuya coexistencia es regulada en cada ordenamiento jurídico a partir de los

²⁵ Esta concepción dual ha sido acogida por el Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia (STC Exp. N.° 2273-2005-PHC/TC LIMA, fundamentos 21 al 23; STC Exp. N.° 139-2013-PA/TC SAN MARTÍN, fundamentos 7 al 14).

²⁶ El sistema realista privilegia la coincidencia entre la verdad biológica y la jurídica, facilitando una amplia investigación de la paternidad, mientras que el formalista otorga importancia a la paz familiar y a la preservación de la familia matrimonial, con lo cual limita la investigación de la paternidad (Varsi, 2010, p. 237).

principios y valores previstos en el sistema constitucional, estableciendo un régimen normativo que contiene los criterios que determinan la preferencia de uno u otro principio rector (Plácido, 2008).

Así, en línea con lo expresado al hacer referencia a la evolución de la justificación de la presunción *pater is est...* en nuestro ordenamiento, si bien antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1993 la carta magna predecesora ya reconocía el principio de unidad de categorías de filiación, al no ocurrir lo mismo con el derecho a la identidad, ni con el interés público en la determinación de la paternidad y maternidad, manteniéndose el modelo propuesto por la doctrina de la situación irregular²⁷, nuestro sistema constitucional propugnó la preferencia por el *favor legitimatis*. Sin embargo, con la llegada de la actual Constitución se invirtió esta perspectiva, reconociéndose el derecho a la identidad (artículo 2 inciso 1) y declarándose la difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsables como política nacional (artículo 6), principios a interpretarse en consonancia con la nueva doctrina de la protección integral²⁸ consagrada en la Convención sobre los Derechos del Niño²⁹, integrada al bloque de constitucionalidad (cuarta disposición final y transitoria). Este tratado, además, supuso la positivización de los dos ámbitos del derecho a la identidad del niño: el artículo 7 señala que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos³⁰” (identidad estática), mientras que el artículo 8 indica 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 y sin injerencias ilícitas³¹” (identidad dinámica).

Entonces, en el marco constitucional presente, en armonía con esta renovada concepción de la identidad como derecho dual y complejo (a partir de la cual cobra particular interés su protección en

²⁷ Modelo que consideraba al niño como un objeto de protección y tutela de exclusivo cargo de los padres, a menos que se encontrara en situación de abandono o que entrara en conflicto con la ley.

²⁸ Doctrina que sustenta la visión de los niños como sujetos de derechos, fundamentada en su dignidad como seres humanos, sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo pleno, postulando para ello el enfoque del interés superior del niño como uno de primordial consideración para la sociedad (Campos, 2009, p. 356). Este enfoque, a su vez, es desarrollado en la Observación general N.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, así como en la Ley N.º 30466 y su reglamento, como un concepto que garantiza el disfrute pleno y efectivo del niño de todos los derechos que le son reconocidos en la Convención, para lo cual se lo formula como un concepto triple, siendo un derecho, un principio y una norma procedimental.

²⁹ Tratado de derechos humanos ratificado por el Estado peruano el 14 de agosto de 1990 y entrado en vigencia el 4 de octubre del mismo año.

³⁰ Esta definición sería recogida en el Código de los Niños y Adolescentes (aprobado por Ley N.º 27337), cuyo artículo 6º declara el derecho del niño a “tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”, resguardando con ello el derecho del niño a la verdad biológica.

³¹ La preservación de las relaciones familiares del niño no fue recogida en el Código de los Niños y Adolescentes, conteniendo el artículo 6º una escueta declaración del derecho del niño al desarrollo integral de su personalidad (que, si bien se vincula con la identidad dinámica, es una formulación muy abierta que no trata de manera concreta el impacto de esta esfera de la identidad en la filiación). Sin embargo, sí fue desarrollada en el reglamento de la Ley N.º 30466, señalándose la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones como un elemento para determinar y aplicar el interés superior del niño (artículo 9º inciso 9.3).

la infancia³², reforzada, además, por la especial consideración que exige el interés superior del niño), así como con el nuevo modelo de familia, ya no dependiente de la finalidad procreativa³³, se propone un nuevo entendimiento de la filiación:

El factor biológico es el punto de partida, pero pierde progresivamente importancia frente a los factores sociológicos, psicológicos y afectivos . . . Por eso el elemento cronológico es importante: se puede decir que mientras la filiación biológica es un dato inalterable, que no cambia con el transcurso del tiempo, la “filiación psico-social” va creciendo y consolidándose con el paso del tiempo (Martínez, 2013, p. 87)

De esta manera, la identidad dinámica adquiere relevancia en la determinación de la filiación jurídica a partir del influjo del psicoanálisis, que postula la importancia de la parentalidad o, en otras palabras, de las funciones paterna y materna (no necesariamente sujetas a lo biológico) en el desarrollo del hijo, de lo cual se erigen los conceptos de parentalidad socioafectiva, como aquella fundada en lazos afectivos, independientemente de la existencia de un vínculo biológico, y filiación socioafectiva, resultante también de la afectividad y no de la biología, la cual conlleva el ser tratado como hijo, incluso en las obligaciones impuestas por la sociedad (Montagna, 2016, p. 225).

Consecuentemente, bajo este nuevo paradigma el *favor legitimatis* pierde relieve y, viceversa, se alza como principio rector dominante el *favor filii*. Así, en principio este último se alinearán con el *favor veritatis*, a fin de resguardar el derecho del niño a conocer a sus padres y a crecer con su familia de origen; sin embargo, de corroborarse la existencia de una filiación socioafectiva consolidada que no se corresponda con el vínculo biológico, el *favor veritatis* no podrá imponerse a aquella, protegiéndose el derecho del niño a preservar su identidad dinámica o sus relaciones familiares³⁴. Esto no supone que, de quedar desplazada la filiación fundada en el *favor veritatis* en pro del *favor filii*, la investigación del origen biológico perderá toda razón de ser, puesto que se mantendrá como un derecho tutelado

³² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez” (fundamento 123, caso “Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012).

³³ Véase la STC Exp. N.º 06572-2006-PA/TC PIURA, del 6 de noviembre de 2007, en cuyo fundamento 10 el Tribunal Constitucional expone que “la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente. Por cierto, la familia también es la encargada de transmitir valores éticos, cívicos y culturales”.

³⁴ Cabe anotar que la única solución posible a este conflicto no es el desplazamiento de la filiación basada en el factor biológico, consistiendo un remedio novedoso en el que invoca, al amparo del modelo abierto de familia, la “multiparentalidad” o “pluriparentalidad”, es decir, la concurrencia de más de dos vínculos filiales (y con ello, una superación del límite tradicional del binarismo filial). De esta suerte, se preservan los derechos –y deberes– de todas las partes involucradas. Véanse al respecto la Sentencia de la Corte IDH en el caso Fornerón e hija vs. Argentina (fundamento 160), o la reciente jurisprudencia argentina favoreciendo la “triple filiación”, que sería la conformación mínima de la pluriparentalidad (en Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, (2022), La triple filiación en la jurisprudencia argentina, p. 7-44).

el de conocer la verdad biológica³⁵, sin que esta dicte la filiación³⁶³⁷. Asimismo, el *favor legitimatis*, rezagado en las acciones de estado ante la certeza sobre el origen que ofrecen las pruebas genéticas y la posibilidad de comprobar la existencia de un vínculo socioafectivo, conservará relevancia en un momento previo: al determinarse la paternidad matrimonial mediante presunciones; ello resulta imprescindible para que el niño pueda gozar inmediatamente de la filiación e identificación que –presumiblemente– le corresponden, posibilitando el ejercicio de sus derechos como hijo y, en general, como ciudadano en desarrollo³⁸.

De tal modo, el enfoque constitucional de la filiación que rige actualmente se centra sobre todo en la protección del hijo. Sin embargo, las correspondientes reformas legislativas que concretaran en reglas esta prioridad tardaron en llegar, y aún no terminan de amoldarse a los lineamientos constitucionales. Como se anticipó párrafos atrás, la regulación de la impugnación de paternidad contenida en nuestro Código Civil se estableció teniendo como parámetro la preferencia del *favor legitimatis* enmarcada en la doctrina de la situación irregular. El primer momento de cambio no llegó hasta 1998, cuando la Ley N.º 27048 dictó los efectos legales de la prueba de ADN, contemplándola como causal para impugnar la paternidad matrimonial, así como prueba válida en las demás acciones de estado filial. Tuvieron que transcurrir otros veinte años (es decir, con posterioridad a la resolución del expediente materia del informe) para que se materialice el siguiente cambio, con la emisión del Decreto Legislativo N.º 1377, que, al permitir a la madre impedir la configuración de la presunción *pater is est...* en favor de su marido cuando este no sea el progenitor de su hijo, así como al liberar la acción de reclamación de paternidad extramatrimonial de la sujeción a la previa impugnación de paternidad exitosa del marido, otorgó mayor peso al *favor veritatis* y al *favor filii*. No obstante, hasta el día de hoy se mantiene en la legislación la legitimidad exclusiva del marido para impugnar su paternidad³⁹ (artículo 363º), así como

³⁵ En efecto, como señala Plácido (2008): “el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres [y ser cuidado por ellos]. Otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial”.

³⁶ “Todo ser humano, como regla general, tiene derecho a conocer su origen genético por varias razones: como derecho de la persona, como información para efectos de la ciudadanía, por necesidad psicológica, por razones de información para diagnósticos y efectos de la terapia de enfermedades genéticas. Pero es necesario e imperativo tener en cuenta que el derecho a conocer los orígenes genéticos no tiene –y jamás deberá tener– el poder para dismantelar una filiación socioafectiva explícita y sin lugar a dudas existente” (Varsi, Chaves, 2010, p. 270).

³⁷ Y tampoco debe imponerse el ejercicio de este derecho, que, aunque refleje un interés común de las personas que desconocen su origen, no lleva aparejado un deber de investigar la propia verdad biológica. Así, bajo el influjo de la doctrina de la protección integral, incluso un niño –con un desarrollo significativo de discernimiento– podría negarse válidamente al conocimiento de su verdad biológica. Véase, a modo de ejemplo, el caso de Evelyn Vásquez, resuelto por la Corte Suprema de Argentina, en el que se respetó su decisión de no someterse a la prueba genética para determinar su filiación respecto de un matrimonio desaparecido durante la dictadura de Videla, como muestra de lealtad para con sus padres socioafectivos (en Morales, 2019, p. 182-183).

³⁸ “El derecho a la identificación es en buena cuenta ‘el derecho a tener derechos’. . . . La falta de documentación no solo vuelve legalmente ‘invisibles’ a las personas, privándolas de tener un nombre y de acreditar filiación y nacionalidad, sino que, en general, les impide ser reconocidas como titular de todo tipo de derechos –sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales” (Delgado, 2016, p. 29-30).

³⁹ Aunque podría interpretarse que con la derogación del artículo 404º se legitima tácitamente a la madre y al hijo para impugnar la paternidad, al tener necesariamente que acumular dicha pretensión a la de reclamación de paternidad extramatrimonial cuando el marido aún se encuentre empleado en el estado de padre.

el plazo de caducidad de esta acción fijado en 90 días (artículo 364°), siendo esta última la norma que la Sala Superior inaplicó en el expediente analizado, decisión que sería ratificada por la Sala Suprema.

Efectivamente, la Constitución prevé en su artículo 138° la figura del control difuso, ordenando a los jueces que, de advertir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal dentro del proceso, prefieran la primera, inaplicando la norma legal en el caso concreto cuando del precepto que la contiene no pueda extraerse una interpretación conforme a la Constitución. Esta ha sido la prerrogativa empleada por los jueces de familia para “subsana” las deficiencias legislativas en materia de filiación, como ocurrió en el expediente bajo análisis, así como en otros tantos. Debe resaltarse, sin embargo, que en los casos de control difuso del artículo 364°, tanto los jueces que inaplicaron este artículo como la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, revisora de estas decisiones, restringieron su análisis a la coincidencia entre la verdad biológica y la filiación jurídica, esto es, privilegiaron el *favor veritatis* sin emitir un juicio sobre la posible consolidación de una filiación socioafectiva, que sería, de haberla, la realmente favorable a la identidad del niño, de conformidad con su interés superior. Lo acotado puede verificarse en la Sentencia de Vista⁴⁰ dictada por la Sala Superior y en la Consulta N.° 4076-2010 LIMA⁴¹ emitida por la Sala Suprema, ambas en el expediente revisado, así como en otras Consultas⁴² resueltas por el mismo Órgano Supremo.

Por tanto, corresponde revisar la decisión dictada y ratificada en el expediente. Para ello, debe partirse por explicar la función del artículo 364° como límite temporal a la procedencia de la acción de impugnación de paternidad, y su relación con el artículo 376°, cuya consideración fue omitida por los jueces del proceso analizado a pesar de haberlo invocado expresamente la curadora especial del niño.

El artículo 364° establece, como se ha señalado, un plazo de caducidad de 90 días para impugnar la paternidad. Conviene, por tanto, iniciar el análisis mediante la explicación de la institución de la caducidad. Esta se encuentra regulada, de manera general, en el Título II del Libro VIII del Código Civil, estableciendo el artículo 2003° que la caducidad extingue el derecho y la acción⁴³ correspondiente. Así, esta es definida por Vidal como “un modo de extinción de derechos por el vencimiento del plazo establecido como plazo de caducidad” (2022, p. 176), refiriéndose entonces a la “temporalidad de ciertos derechos que vienen a ser caducibles, precisamente, porque nacen con una vigencia temporal limitada” (2022, p. 179). El sustento general de esta institución es el orden público, que exige la

⁴⁰ Considerando 9: “...no resulta de aplicación el plazo dispuesto por el artículo 364° del Código Civil, por cuanto una interpretación extensiva del mismo, que incorpore este supuesto, importaría la afectación de derechos sustanciales del menor [AIGG], como es el derecho a la filiación, el nombre y la identidad, la posibilidad de pertenecer a una familia y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda así como el derecho del padre y de la madre a que se le reconozca y ejerza su paternidad”.

⁴¹ En el considerando octavo, la Sala Suprema señala: “el derecho que tiene todo niño a conocer quienes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal...”

⁴² Véanse las Consultas N.° 1598-2012 LAMBAYEQUE, N.° 1870-2012 LIMA NORTE, N.° 2802-2012 AREQUIPA, N.° 4666-2012 LAMBAYEQUE.

⁴³ Es inexacto lo señalado por el legislador en el sentido de que la caducidad extingue la acción. Esta última, que es el modo de ejercitar el derecho subjetivo ante el órgano jurisdiccional, es inextinguible, pues es un mecanismo que precede al derecho subjetivo, careciendo de contenido sustantivo. Como bien menciona Couture, “la acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión concreta” (1981, como se citó en Vidal, 2022, p. 56).

liquidación de situaciones jurídicas pendientes favoreciendo su solución, resguardando con ello la seguridad jurídica (2022, p. 181). Asimismo, también lo es la limitación del ejercicio de ciertos derechos –casi siempre potestativos- para evitar una excesiva invasión de los justos intereses de los sujetos pasivos que, sin hallarse en posición de obligados frente a los titulares de tales derechos como lo estarían en el supuesto de la prescripción extintiva, deben tolerar los efectos que resulten de aquel ejercicio (Puig, 1986, p. 13). Cabe anotar que la caducidad se distingue fundamentalmente de la prescripción extintiva en que esta última no extingue el derecho, sino la pretensión⁴⁴ generada por este, a consecuencia de no haberse ejercido (Vidal, 2022, p. 78). Si bien posee también sustento en el orden público y protección de la seguridad jurídica, interviene además un interés privado, siendo el sujeto obligado el único que puede hacer valer la prescripción ganada, restringiéndose el interés público a otorgarle la posibilidad de negarse a cumplir la pretensión ya extinguida que se entable contra él (de ahí la irrenunciabilidad del derecho de prescribir consagrada en el artículo 1990° del Código Civil).

Partiendo de lo anterior, se explica que las acciones de estado filial, por estar referidas a un derecho familiar (y, por tanto, de especial protección estatal), sean imprescriptibles. Ahora bien, entre ellas, las de contestación se hallan sujetas a plazos de caducidad, extinguiéndose el derecho a impugnar el estado de familia al mismo tiempo que este se consolida⁴⁵ (Plácido, 2003, p. 190). Concretamente, para el caso de la impugnación de paternidad, se ha sostenido –en sintonía con el comentado sustento del instituto de la caducidad- que la fijación de un plazo para ejercitar este derecho reposa en la protección de “los intereses de la prole, la intangibilidad de la paz doméstica, que la paternidad no sea incierta en el tiempo así como el envilecimiento de la prueba” (Varsi, 2006, p. 24), además de para no “ir en contra de la estabilidad de la institución matrimonial y sobre todo por razones de moralidad” (Brenneisen, 1986, p. 56).

A partir de estas razones, que, en buena cuenta, reportan el interés público en consolidar los estados de familia para otorgar estabilidad a las relaciones jurídicas familiares, hay que llamar la atención sobre la injustificada diferencia entre los plazos de caducidad establecidos para las distintas acciones de contestación: mientras que el plazo de 90 días para impugnar la paternidad corre, por regla general, desde el nacimiento del hijo⁴⁶, la impugnación de maternidad caduca tras 90 días de descubierto el fraude (artículo 372°), y la del reconocimiento de paternidad o maternidad lo hace después de 90 días de conocido el acto por cualquiera con interés legítimo (artículo 400°). Se aprecia que el camino a la consolidación del estado de hijo trazado por el legislador inicia en el primer caso desde su nacimiento⁴⁷, pero en los otros puede suspenderse de forma indefinida. Ciertamente, cabría afirmarse

⁴⁴ Siguiendo el argumento de la nota anterior, es también erróneo lo establecido en el artículo 1989° al indicar que la prescripción extingue la acción.

⁴⁵ Según la teoría general de las acciones de estado de familia, el orden público familiar exige que el posible ejercicio de acciones de desplazamiento de estado no afecte indefinidamente –ni tampoco por demasiado tiempo- la certeza del estado mismo (Plácido, 2003, p. 327).

⁴⁶ Aunque correctamente advierte Plácido que mientras el nacimiento del hijo no se inscriba, no se configura la presunción *pater is est...* y, por tanto, no hay paternidad que impugnar, por lo que el plazo debería contarse desde el momento de la inscripción o desde que el marido conoció el parto (de ocurrir esto posteriormente al registro) (2003, p. 329).

⁴⁷ O, propiamente, desde la inscripción, que, de todos modos, debería efectuarse con inmediata posterioridad al nacimiento, por orden del artículo 7° de la Convención y el artículo 7° del Código de los Niños y Adolescentes.

que bajo los cuatro supuestos originales del artículo 361° tenía sentido iniciar el plazo de caducidad de la impugnación de paternidad de inmediato (es decir, a partir de la inscripción del nacimiento del hijo), ya que en ellos el marido podía prever desde conocido el nacimiento (o aun antes, desde conocida la gestación) que el hijo de su mujer no era suyo; sin embargo, a partir de la inclusión de la causal de acreditación mediante la prueba científica, así como del cambio de enfoque constitucional ya comentado, adquirió sentido la ampliación del plazo, o la variación del supuesto que le da inicio⁴⁸, a fin de permitir la averiguación de la verdad biológica, desplazando al marido y emplazando –de identificarlo- al padre extramatrimonial. Dejar la regulación del plazo de caducidad invariada suponía, prácticamente, vaciar de contenido el referido inciso 5, pues su gran virtud consistía en permitir la impugnación ante situaciones de hecho no abarcadas por los cuatro primeros incisos, mayormente no detectables de inmediato para el marido (el ejemplo típico de esto sería el descubrimiento de un acto adulterino, como ocurrió en el expediente comentado), así como posibilitar la impugnación del padre extramatrimonial que no se hubiese enterado a tiempo del nacimiento de su hijo. A pesar de ello, a día de hoy el artículo 364° mantiene su precepto original, situación que obliga a los jueces a inaplicar dicha norma.

A mi juicio, la extinción del derecho a impugnar la paternidad debería configurarse únicamente ante la existencia de una paternidad socioafectiva afianzada. Es aquella la que supone realmente la consolidación del estado de familia, pues, mientras no se verifique, el interés superior del niño recaerá necesariamente en mantener una filiación acorde con el dato biológico. Siendo así, en principio la caducidad de la impugnación de paternidad no debe sujetarse a un plazo fijo, ya que la consolidación de la filiación socioafectiva, si bien requiere necesariamente del transcurso del tiempo, se concreta mediante el ejercicio de la parentalidad socioafectiva, factor que precisa de una verificación en cada caso específico. Podría estimarse razonable que el legislador fije un plazo mínimo que presumiblemente baste para consolidar el vínculo socioafectivo (por ejemplo, cuatro años desde el nacimiento), a fin de otorgar al demandante que impugne fuera de tal plazo la carga de enervar la presunción mediante la prueba de la falta de consolidación del vínculo socioafectivo (recuérdese que los presupuestos para accionar solo exigen la prueba de la inexistencia del vínculo biológico), sin perjuicio del derecho que tiene el demandado a probar también a este respecto. No obstante, asociar la caducidad con un plazo para demandar podría ser contraproducente en algunos escenarios: por ejemplo, cuando el impugnante fuese el padre biológico extramatrimonial que no tuviera la posesión de estado, encontrándose en peor posición para demostrar la falta de consolidación de la paternidad socioafectiva del marido, con lo cual la carga de acreditar la procedencia de su demanda le supondría una barrera de difícil superación; o también cuando el padre biológico demandara dentro del plazo, pero, al conservar el marido la posesión de estado respecto del hijo, la filiación socioafectiva quedara consolidada durante el desarrollo del proceso.

En este punto hay que señalar que, contrario a lo que pareciera, el artículo 364° no es el único que regula la caducidad de la impugnación de paternidad, sino que también lo hace el 376°, al prescribir la incontestabilidad de la filiación matrimonial cuando se reúnan en su favor el título y la posesión

⁴⁸ “...el inicio del plazo no debe entenderse solamente a partir de la presencia física del marido, sino desde que se configura una situación en la que objetivamente se constata que el marido no es el padre, como es el supuesto de una prueba de validez científica” (Espinoza, 2004, como se citó en Varsi, 2006).

constante de estado. Para explicar esto de mejor manera, seguidamente se mostrará la vinculación entre la posesión constante de estado y la filiación socioafectiva.

La posesión de estado es el goce de hecho de determinado estado de familia. En el caso del hijo, la posesión de estado requería antiguamente la concurrencia de tres elementos: el *nomen* (uso del apellido del padre), el *tractatus* (comportamiento del padre que demuestre su voluntad de tratarlo como hijo, caracterizado por el mantenimiento, educación y colocación en calidad de padre), y la *fama* o *reputatio* (consideración del vínculo filial por los demás miembros de la familia, así como por la sociedad, en virtud del trato brindado). Actualmente se ha dejado de lado el primero de esos elementos, fijándose como requisitos de la posesión constante de estado la continuidad y la publicidad (Plácido, 2003, p. 226).

Al igual que otras instituciones, principios y conceptos tratados, la posesión de estado también ha experimentado una evolución en su significado, que debe verse reflejada en la interpretación que se haga de las normas que la regulen. En efecto, originalmente esta figura era entendida como un medio de acreditación de la condición de hijo, principalmente en la filiación extramatrimonial (artículo 402° inciso 6 del Código Civil), dado que operaba en ausencia de un título de familia⁴⁹, con lo que se le atribuía la cualidad de ser un reconocimiento de hecho, con el mismo valor que un reconocimiento expreso⁵⁰. Sin embargo, también se contempló para acreditar la condición de hijo matrimonial (artículo 375°) ante la ausencia de un título de estado, sirviendo como indicio del vínculo biológico; así, la posesión de estado consignada en el artículo 376° tenía, bajo el influjo de la Constitución de 1979, el objeto de proteger al matrimonio y al hijo matrimonial, entendiéndose configurada una vez transcurrido el plazo de caducidad del artículo 364°. Sin embargo, a partir del cambio de paradigma constitucional respecto a la identidad, se advirtió que la posesión de estado es la manifestación de la parentalidad socioafectiva, por lo que esta fue ligada con el derecho a preservar la identidad en las relaciones familiares (Plácido, 2008), otorgándosele la capacidad de probar y consolidar el estado de familia albergado en ella⁵¹. Siendo el factor socioafectivo el que determina sus efectos, la posesión de estado se configura tanto con título de estado como sin él, o encontrándose o no alineada con la verdad biológica⁵². De esta manera, la institución ya no se encuentra limitada a ser un indicio del vínculo biológico en la filiación matrimonial⁵³ o un mero reconocimiento de hecho⁵⁴ (lo cual, desde

⁴⁹ Véase la anotación al artículo 325° del Código Civil argentino de 1871, de Vélez Sarsfield, expresando la trascendencia de la posesión de estado (en Rodríguez, 2018, p. 119).

⁵⁰ Plácido, 2003, p. 230-232

⁵¹ “La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también, se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético” (Varsi, Chaves, 2010, p. 261).

⁵² “La identidad filiatoria estática, conocimiento de quiénes son los padres, por lo general coincide con la identidad filiatoria dinámica, la ‘posesión constante de estado de hijo’ con los padres ya conocidos” (Plácido, 2008).

⁵³ En tal sentido, la posesión constante de estado señalada en el art. 375° acreditará la filiación matrimonial a partir de la prueba del vínculo socioafectivo consolidado.

⁵⁴ Esta acepción de la posesión de estado aún se encuentra vigente en la regulación de la filiación extramatrimonial, contemplándose como una de las causales para declarar judicialmente la paternidad extramatrimonial (art. 402.2 del Código Civil). En este supuesto, la posesión de estado no requiere la consolidación en el tiempo que generaría una paternidad socioafectiva, sino solo una continuidad y publicidad suficientes para inferir aquel reconocimiento de hecho. Al igual que el reconocimiento expreso, este se

luego, no implica un menosprecio de la voluntad procreacional, sino simplemente la admisión de que lo esencial será la proyección que esta tenga en la familia y la identidad del niño, así como, recíprocamente, en la del padre).

Por tanto, al prescribir el artículo 376° la imposibilidad de contestar la filiación matrimonial ante la concurrencia de la posesión constante de estado y el título⁵⁵, no hace otra cosa que establecer como supuesto de caducidad de la impugnación de paternidad a la consolidación del vínculo filiatorio socioafectivo entre el marido y el hijo, producto de la posesión de estado. Entonces, es esta la norma que debe regir la caducidad de aquel derecho ante la inaplicación del artículo 364°.

Siendo así, en la resolución de un caso el juez debe corroborar la existencia de una filiación socioafectiva, cuya protección supondrá la tutela de la identidad dinámica del niño. Sin embargo, no debe considerarse solamente el rasgo objetivo de la identidad filiatoria (la posesión constante de estado), sino también, especialmente, la postura del niño (de manera progresiva según su desarrollo), así como la del padre⁵⁶ (o los padres, de identificarse al biológico), que, evidentemente, deben mostrarse razonables o justificadas (por ejemplo, que el hijo sienta culpa de que por su causa se fuerce el mantenimiento de su filiación socioafectiva y desee conocer a su padre biológico y forjar una relación con él, mas no que su único móvil sea heredar a dicho progenitor⁵⁷). Así, aunque en principio prevalente, la posesión de estado (especialmente la que no se encuentre muy consolidada) podría ceder excepcionalmente a los intereses de las partes si se vislumbra que ello implicará una mejor protección de la identidad filiatoria dinámica del niño (eso sí, sin desatender la del padre afectivo). Una salida equilibrada para algunos de estos casos complejos podría venir dada por la declaración de la triple filiación, como se hace recientemente en Argentina, a fin de resguardar el vínculo filial del hijo tanto con el padre biológico como con el afectivo⁵⁸.

Con el preámbulo ofrecido, corresponde dilucidar si se configuró una filiación socioafectiva en el caso del expediente, reiterando que este análisis fue omitido por los jueces del caso, quienes inaplicaron el artículo 364° (plazo de caducidad de 90 días) a efectos de salvaguardar la identidad biológica del hijo demandado, sin atender a la protección de su identidad dinámica. De la exposición de los hechos del demandante, se tiene que este proporcionó al niño demandado los cuidados y el afecto propios de un padre, desde que nació, en fecha 18.08.2006, hasta, cuando menos, el momento en que recibió los

subordinará a la verdad biológica (pudiendo el demandado invocar, por vía de contradicción, la realización de la prueba de ADN, como contempla el art. 402.6), pero, de verificarse que la posesión de estado ha consolidado una filiación socioafectiva, esta deberá prevalecer (ya no entendida, en tal escenario, como mero reconocimiento de hecho, sino como prueba de aquella filiación).

⁵⁵ Este requisito es redundante, pues para que haya emplazamiento en un estado filiatorio se requiere necesariamente de la inscripción o sentencia que suponga el título de estado.

⁵⁶ Piénsese por ejemplo en el riesgo de que el marido, al no lograr desvincularse de su hijo socioafectivo por decisión del juez, adquiera un resentimiento hacia este que repercuta en su relación a futuro, aunque no deje de cumplir con sus deberes como padre. Véanse, a manera ilustrativa, algunas encuestas realizadas a maridos cuyas impugnaciones fueron declaradas improcedentes, teniendo ellos la convicción de que los hijos de su cónyuge no eran suyos (en Bernal, Buitrago, 1988, p. 62-73).

⁵⁷ Varsi, Chaves, 2010, p. 277. Cabe anotar que este interés económico no es ilegítimo, sino solamente irrelevante para dismantelar una filiación socioafectiva consolidada. No obstante, bajo la tesis de la multiparentalidad sería atendible, pues ambas filiaciones podrían coexistir.

⁵⁸ Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina, 2022, p. 7-44.

resultados del examen de ADN, en fecha 23.06.2007 (en realidad no menciona que se haya cortado la posesión de estado respecto del niño, lo cual solamente se infiere al señalar que rompió el vínculo matrimonial con la madre tras conocer los resultados de la prueba). Por su parte, la esposa demandada alegó en su escrito de allanamiento, del 23.04.2008, que el demandante recién tomó posesión del estado de padre cuatro meses después del nacimiento de su hijo, cuando fijaron un domicilio conyugal; asimismo, ratificó el rompimiento del vínculo matrimonial.

A partir de lo expuesto, podría deducirse que, al tiempo del allanamiento de la demandada, el demandante ya no gozaba de la posesión de estado, pues ambos declararon domicilios distintos y establecieron como hecho no controvertido el rompimiento del vínculo matrimonial⁵⁹. En todo caso, esto se vislumbra más claramente en la etapa probatoria, al no concurrir la madre y el niño a la audiencia de pruebas del 11.12.2008, y presentar la primera un escrito indicando que no pudieron asistir debido a un cuadro de fiebre de su hijo, adjuntando un certificado médico. Cabe añadir que ninguna de las partes mencionó que se hubiese fijado una obligación alimentaria para el demandante.

Por otra parte, en cuanto a la cuestión del nombre, que será desarrollada como un problema jurídico aparte, cabe indicar que este por sí mismo no puede configurar una filiación socioafectiva, pues no conlleva el goce de hecho del estado de hijo. Afirmar lo contrario conduciría a escenarios tan disparatados como el de otorgar al presunto progenitor la paternidad del hijo extramatrimonial tras un tiempo de la declaración de la madre señalándolo como padre al inscribir el nacimiento de su hijo (artículo 21° del Código Civil), solo por el mérito de llevar este último el apellido del primero, aun cuando nunca se hubiesen conocido.

Entonces, advirtiéndose que en el caso del expediente no se configuró una posesión constante de estado y el correspondiente vínculo socioafectivo, se concluye que no operó sobre la impugnación de paternidad la caducidad contemplada en el artículo 376°. Siendo así, la tutela del derecho de filiación del niño exigía su correspondencia con la verdad biológica, para lo cual era preciso inaplicar vía control difuso el artículo 364°, al haber impugnado el demandante fuera del plazo de 90 días. Por tanto, si bien la valoración de los hechos por parte de los jueces fue deficiente (y, por tanto, la motivación de las sentencias, insuficiente a este respecto), no se configuró, en última instancia, una afectación del derecho del niño a su identidad al restringir la controversia a la investigación del vínculo biológico, pues a la luz de los hechos del caso su interés superior se encontraba alineado con el *favor veritatis*, por lo que no poseía un interés en mantener un vínculo filiatorio con un hombre que no era su padre biológico.

3. El derecho del niño al nombre y la conservación de este ante el desplazamiento de la paternidad del marido

⁵⁹ Aunque hay que decir que este hecho debería ser igualmente sometido a probanza, para conocer con exactitud los extremos de la disolución del vínculo matrimonial en lo referente al ejercicio de los derechos y deberes de la responsabilidad parental, pues estos repercutirían en la configuración de la filiación socioafectiva, que, como manifestación del derecho de filiación, es de carácter indisponible (art. 190, párrafo 2 inciso 2 del CPC).

En el presente apartado se analizará la decisión de la Sala Superior de integrar la sentencia ordenando la conservación del hijo demandado de su apellido paterno a pesar de estimarse la impugnación y desplazarse la paternidad del demandante.

Con este objeto, en primer lugar se abordará brevemente la naturaleza del derecho al nombre, y si este ampara la conservación del nombre del hijo en un escenario como el del desplazamiento de la paternidad, que quiebra el vínculo filial que, justamente, le dio origen. A partir de ello, se determinará si la integración de la sentencia se justificó en el marco de protección de este derecho.

El derecho al nombre posee reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú (artículo 18° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño), como en el derecho interno (artículo 6° inciso 6.1 del Código de los Niños y Adolescentes).

Como se indicó en el apartado anterior, el nombre constituye un aspecto de la identidad estática, siendo un instrumento que “cumple una función identificadora e individualizadora de la persona humana dentro de la sociedad” (Fernández, 1997, p. 251), aunque también denotando su pertenencia a una familia⁶⁰. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

Es en función del mismo que la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico. (STC Exp. N.° 04509-2011-PA/TC SAN MARTÍN, del 11 de julio de 2012, fundamento 10)

Como se aprecia, este derecho se encuentra íntimamente vinculado con el de filiación, configurándolo nuestro ordenamiento a partir del vínculo filial⁶¹, según lo cual toda persona tiene el derecho y el deber (art. 19° del Código Civil) de llevar los apellidos de sus padres (art. 6° inciso 6.1 del Código de los Niños y Adolescentes, art. 20° del Código Civil, art. 18° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por tal motivo, el Tribunal Constitucional ha caracterizado al apellido como irrenunciable e inmodificable -salvo por trámite judicial-, indicando que este “establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad” (STC Exp. N.° 2273-2005-PHC/TC LIMA, del 20 de abril de 2006,

⁶⁰ “... [el nombre] permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a una familia” (STC Exp. N.° 2273-2005-PHC/TC LIMA, del 20.04.2006, fundamento 13).

⁶¹ Incluso la disposición del art. 21° del Código Civil, que faculta a la madre o padre que reconoce primero al hijo extramatrimonial a inscribirlo con el apellido del otro progenitor declarado, reposa en una presunción de veracidad de la declaración, a fin de no postergar el derecho del niño a llevar los apellidos de sus padres (Ramírez, 2018, p. 23). En tal sentido, la única excepción a esta regla sería la del recién nacido de padres desconocidos, en cuyo caso su nombre se lo asigna el registrador del estado civil (art. 23°), operando ello solamente ante la imposibilidad de entablar el vínculo filial, a efectos de preservar el derecho de identificación del niño.

fundamento 14). Consecuentemente, tanto en los emplazamientos filiatorios en el registro, vía presunción legal o reconocimiento, como en las sentencias resultantes de las acciones de estado filial, los títulos de estado acarrear por defecto la adopción del hijo del apellido materno o paterno correspondiente (y, viceversa, los desplazamientos de estado conllevan la supresión del apellido del padre o madre desplazados).

Sin embargo, tal como la filiación, el nombre involucra tanto la esfera estática como la dinámica del derecho a la identidad. Si bien este posee –nuevamente al igual que la filiación– una vocación de estabilidad, a efectos de conseguir la identificación plena del sujeto (cuestión de gran interés tanto para aquel, por permitirle el ejercicio de diversos derechos, como para la sociedad, que requiere una seguridad jurídica al respecto), es justamente ese sentido de permanencia el que le otorga relevancia en la construcción de la identidad dinámica a través de las interacciones sociales, que se valen de este, por ser el instrumento de identificación esencial en el ámbito social⁶²⁶³. En virtud de tal cualidad, el nombre refuerza cuestiones como el sentido de pertenencia a la familia⁶⁴, la identidad étnica⁶⁵, o la identidad de género⁶⁶.

Entonces, a partir de esta concepción más amplia del derecho al nombre, se justifica su cambio o conservación con independencia del vínculo filial, en obediencia a razones que reporten el arraigo del nombre con el que la persona se identifica. Vale indicar que ello no puede comportar su inestabilidad, pues no debe olvidarse que, aun primando la faz dinámica de la identidad en su consolidación, debe cumplir indispensablemente con la finalidad de identificación asociada con el ámbito estático de este derecho, que es de orden público. Tampoco puede desatenderse, siguiendo con el componente estático del nombre, la cuestión de la seguridad jurídica, que constituiría una razón a favor de la conservación del nombre, y tiene que ponderarse de acuerdo con su relevancia en cada caso.

Así, el cambio de nombre, regulado en el artículo 29° del Código Civil, debe interpretarse de conformidad con esta concepción del derecho. Por su lado, la conservación del nombre ante la ruptura del vínculo filial, si bien no goza de previsión expresa en la ley, ha sido reconocida jurisprudencialmente como derecho: en efecto, en la Casación N.° 2112-2009, del 29 de marzo de 2010, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema sostuvo que “el derecho a la identidad del niño involucra también su

⁶² Artículo 26° del Código Civil: “Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre...”.

⁶³ Véase Famá, *Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial*, 2007, p. 61-62.

⁶⁴ “De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega [el padre socioafectivo cuya paternidad se impugnó] y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto [los hermanos socioafectivos]; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno ‘Medina’” (Casación Nro. 950-2016 Arequipa, del 29.11.2016, fundamento sexto).

⁶⁵ Véase el caso del ciudadano Jiang Zhu Mei, originario de China, quien, pese a ser adoptado por padres peruanos, adquiriendo sus apellidos formalmente, continuó identificándose con sus apellidos originales, desenvolviéndose como un descendiente chino en su entorno social y cultural, y transmitiendo su apellido de nacimiento a sus hijos peruanos; en atención a ello, la Corte Suprema ordenó el cambio de sus apellidos de adoptado (Casación Nro. 1417-2014 Lima, del 14.09.2016).

⁶⁶ “... a futuro se encontrará garantizado el derecho de acceso a la justicia de las personas que deseen solicitar la modificación de sus datos [sexo y nombre] en sus documentos de identidad. . . . [lo cual] permitirá que los órganos judiciales tutelen el derecho a la identidad y la personalidad jurídica de las personas transexuales” (STC Exp. N.° 6040-2015-PA/TC SAN MARTÍN).

derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define”. Si bien es cierto que dicha resolución aludía estrictamente al derecho a conservar los apellidos de los padres⁶⁷, y no de los que eran desplazados de ese estado (la corte declaró improcedente una impugnación de reconocimiento fuera del plazo legal), al hacer referencia indirecta a la identidad dinámica del hijo como un sustento de su decisión⁶⁸, reafirmó tácitamente que aquella también se vincula con el derecho a conservar el nombre. Asimismo, otros procesos han sido resueltos ordenando el mantenimiento del nombre del hijo a pesar de extinguir la filiación, entre los cuales pueden mencionarse la Casación Nro. 2833-2003 Huancavelica⁶⁹, del 30 de marzo de 2005, citada por la Sala Superior en el expediente comentado; la Casación Nro. 3456-2016 Lima⁷⁰, del 21 de septiembre de 2017, y, por supuesto, el expediente objeto de análisis.

Habiendo hecho este preámbulo, se evaluará la decisión de la Sala Superior de integrar la sentencia de primera instancia, disponiendo que la exclusión del nombre del demandante de la partida del hijo demandado no comportaría la privación del primer apellido de este último. Se ha señalado que el hijo demandado nació en fecha 18.08.2006; por tanto, al momento de dictarse la sentencia de vista (31.08.2010), aquel tenía cuatro años recién cumplidos. Este dato basta para dudar de que en ese tiempo el nombre del niño ya se hubiese afianzado en su identidad dinámica, pero a ello hay que sumarle que presumiblemente al tiempo de interponerse la demanda (esto es, cuando el niño tenía apenas un año de edad) el demandante ya no tenía ningún vínculo con él, por haberse separado de su madre, como ambos reconocieron. Siendo así, y teniendo en cuenta que la madre se allanó a la demanda y no ejerció su derecho de contradicción durante todo el proceso, al punto de no impugnar la sentencia de primera instancia que ordenó desplazar la paternidad del demandante, se podría inferir que tras la separación el niño dejó de ser identificado con su apellido paterno, tanto en su entorno familiar, como en el colegio.

Estas suposiciones pudieron ser verificadas por el juez de primera instancia en la etapa probatoria, mas no por la Sala Superior, cuya facultad para integrar la sentencia impugnada se encontraba

⁶⁷ Corte se remitió a la STC Exp. N.º 4444-2005-HC/TC LIMA, del 25.07.2005, que indicó que el derecho al nombre comprende el conocer a los padres y conservar sus apellidos (fundamento 4).

⁶⁸ “... teniendo en cuenta además que a la fecha el menor ya cuenta con más de cinco años de edad” (fundamento décimo primero).

⁶⁹ Aunque debe resaltarse que esta sentencia posee contradicciones en su fundamentación, como el indicar que al niño no le corresponden los apellidos de quien no es su progenitor (fundamento sexto, declarado incluso como principio jurisprudencial en el punto c) de la parte dispositiva), y a la vez señalar que el desplazamiento de la paternidad no supone la privación del apellido paterno del hijo (fundamento octavo); además, el sustento otorgado para la conservación del nombre fue que “el nombre de una persona es un atributo de su personalidad” y que “toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre”, lo cual, evidentemente, no legitima esta decisión frente a los justiciables.

⁷⁰ En esta decisión la sala suprema se esmeró un poco más en justificar la conservación del nombre de la hija, motivando que aquella “siempre se [había] identificado con el apellido del demandante, por lo que [correspondía] que conserve dicho nombre” aludiendo vagamente a su identidad dinámica (una justificación más clara fue la dada por la sala superior, cuya decisión reafirmó la sala suprema). No obstante, hay que llamar la atención sobre la manifiesta injusticia de la decisión, que ratificó la estimación de impugnación de reconocimiento de un padre respecto de su hija de catorce años, a pesar de haberla criado hasta ese momento, eludiendo completamente pronunciarse sobre la identidad dinámica, aun cuando fue el argumento principal de la madre recurrente.

restringida a los fundamentos expresados en su parte considerativa⁷¹ (donde no aparecía ningún argumento en favor de la conservación del nombre del niño, sino todo lo contrario). Es más, aun si la Sala Superior se hubiese arrogado la potestad de sustentar su integración en nuevos fundamentos de mérito, no habría hallado ninguno en el expediente, ni tampoco en la audiencia de vista de la causa, a la cual la madre demandada no acudió (como se desprende del escrito ingresado por la demandada el mismo día de la audiencia, pidiendo que se confirmase la sentencia). Por consiguiente, se debió preferir el cambio de los apellidos del niño por los de su madre, que es la consecuencia prevista legalmente ante el desplazamiento de la paternidad del marido, al tornarse la filiación en extramatrimonial⁷².

Aunado a lo anterior, hay que tener en cuenta que la conservación del apellido paterno ante la estimación de una impugnación de paternidad debe ser una situación excepcional en razón de que esta da como resultado que en la partida de nacimiento del hijo conste la inexistencia del padre (cuyo nombre es retirado del acta), lo que trae consigo que el apellido paterno del hijo comunique implícitamente la impugnación de paternidad ocurrida. Esta es, en sí misma, una posición discriminatoria para el hijo, como da cuenta de ello la Ley N.º 29032, al prescribir, en una situación análoga, que los reconocimientos no efectuados el mismo día de la inscripción y las declaraciones judiciales de paternidad o maternidad no generan una rectificación o adición en la partida de nacimiento, sino la expedición de una nueva, a fin de preservar el derecho a la intimidad del hijo. Efectivamente, los cambios en el estado filial no deberían ser expuestos en las partidas de nacimiento, razón por la cual los jueces deben ser especialmente cuidadosos al adoptar esta decisión. Lamentablemente, en el expediente comentado la Sala Superior no se encontró ante esta disyuntiva, ya que, por un defecto de la Ley N.º 29032⁷³, la impugnación de paternidad no fue contemplada como supuesto de emisión de una nueva partida, con lo cual la vulneración a la intimidad del hijo se habría configurado de una u otra manera (nótese que en la sentencia de primera instancia, confirmada en todos sus extremos, se ordenó la anotación marginal del desplazamiento del padre en la partida de nacimiento).

Habiendo concluido este punto, queda por abordar una breve cuestión, concerniente a la omisión por parte de Sala Superior de efectuar el control difuso de constitucionalidad del artículo 21º del Código Civil. Tal y como se explicó previamente, el desplazamiento del marido del estado de padre genera que la filiación ya no sea matrimonial, sino extramatrimonial, con lo cual el hijo debe portar, a falta de padre extramatrimonial, los apellidos de su madre, como determina el mencionado artículo. Consecuentemente, la decisión de conservar un apellido sin filiación que le dé sustento, siendo plenamente constitucional, es una que se aparta de esta previsión legal general, por lo que la Sala Superior debió, conjuntamente con la declaración de inaplicación del artículo 364º (recuérdese que es

⁷¹ Artículo 370º del Código Procesal Civil: “[El juez superior] puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa”.

⁷² En efecto, el artículo 21º del Código Civil prevé que, en caso la madre extramatrimonial no declare el nombre del padre (presumiéndose que no lo conoce), se debe inscribir al hijo con sus apellidos.

⁷³ Ciertamente, no hay motivo para que esta protección alcance solo a los actos de reconocimiento y las declaraciones judiciales de paternidad extramatrimonial. Este defecto de la Ley N.º 29032 fue advertido por el RENIEC, que ha tratado de subsanarlo en su Directiva DI-008-DRC/001, primera versión, disponiendo la emisión de una nueva partida también para los casos de impugnación de paternidad y maternidad, y la nulidad de reconocimiento.

este el artículo de caducidad que debió inaplicar, y no el 400° como señaló en la sentencia), hacer lo propio con el artículo 21°, para, seguidamente, elevarlo en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

4. La prueba de ADN y su valor para determinar la estimación o desestimación de una demanda de impugnación de paternidad

Como último problema jurídico, se tratará el valor de la prueba de ADN para determinar el resultado del proceso de impugnación de paternidad, distinguiendo entre la que es actuada en sede judicial y aquella obtenida extrajudicialmente, siendo esta última la que decidió el resultado en el expediente objeto de análisis.

La prueba de ADN es el ejemplo por excelencia de la prueba científica, siendo esta última aquella que resulta “de avances tecnológicos y de los más recientes desarrollos en el campo experimental, que se caracterizan por una metodología regida por principios propios y de estricto rigor científico, cuyos resultados otorgan una certeza mayor que el común de las evidencias” (Midón, 2007, como se citó en Gozaíni, 2012, p. 169). Se la distingue de la prueba pericial en que “aquí no se trata de conocimientos especiales en alguna ciencia por la cual el perito puede leer el registro y traducir en un lenguaje natural comprensible para el juez y las partes, se trata de algo distinto, de experimentos especiales y particulares generalmente de alta complejidad” (Falcón, 2012, como se citó en Alfaro, 2021, p. 7). Así, la prueba científica se enmarca dentro de los llamados “medios probatorios atípicos⁷⁴”, no obstante lo cual, dada la similitud en su producción con la prueba pericial, es común que sea actuada como un peritaje⁷⁵ (Gozaíni, 2022, p. 170-171), como, en efecto, ocurre con la prueba de ADN.

Tal cual se indicó anteriormente, en nuestro país la prueba genética se introdujo a las acciones de estado filial a través de la Ley N.º 27048, que, en el caso de la impugnación de paternidad, fue prevista como presupuesto para ejercitar el derecho de impugnación y conseguir el desplazamiento de la paternidad del marido (artículo 363° inciso 5 del Código Civil). Con mayor precisión, la demostración de ausencia de vínculo parental a través de la prueba genética es el supuesto de hecho del cual deriva la consecuencia jurídica de exclusión de la paternidad impugnada. En la pretensión de impugnación de paternidad, la solicitud de desplazamiento sería el petitorio (elemento objetivo), y el supuesto de hecho comentado la causa petendi (elemento causal)⁷⁶, pudiendo invocarse simultáneamente otra causa petendi (alguno de los demás supuestos de hecho previstos en la norma), que configuraría una

⁷⁴ Artículo 193° del Código Procesal Civil: “los medios probatorios atípicos . . . están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios”.

⁷⁵ Continuación del artículo 193° del Código Procesal Civil: “... los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga”.

⁷⁶ Apolín, La Cosa Juzgada Implícita y el Derecho de Defensa, 2015, p. 277-278.

pretensión independiente y sería acumulada en forma subordinada a la primera (ello porque el legislador expresamente concede prevalencia a la prueba genética⁷⁷).

Varsi ha criticado esta perspectiva, argumentando que “la prueba de ADN no es una causal, es un medio efectivo para esclarecer la filiación. No hay en ella nada que probar, sirve para la demostración de lo alegado” (2010, p. 61). Sin embargo, debe verse que, ante la gran exactitud del resultado proporcionado por la prueba de ADN, el legislador la destinó como la prueba por excelencia de todos aquellos supuestos de hecho no contemplados en los cuatro incisos previos, asegurándose –mediante su inclusión como causal- de que sea esta la única forma de acreditarlos. Al respecto, una cuestión interesante es la de la exigencia de un principio de prueba del hecho. Comparto la opinión de Plácido, cuando señala (refiriéndose al análogo supuesto del artículo 402° inciso 6) que “conjuntamente con la demanda no es necesario acompañar la certificación médica de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica. Bastará la sola invocación de la nueva causal y el mero ofrecimiento de la prueba pericial respectiva” (2003, p. 285). Efectivamente, sería irrazonable exigir al demandante realizar una prueba de ADN extraprocesal para admitir la demanda, cuando igualmente se actuará otra en sede judicial. No obstante, no es tan clara la cuestión respecto a si se debería requerir algún otro principio de prueba como condición de admisibilidad, teniendo en cuenta que, de no hacerlo, quien demande podría cuestionar la paternidad del marido sin sustento alguno, limitándose a solicitar el peritaje de ADN, y, así y todo, tendría que darse trámite regular al proceso, lo cual atentaría contra la estabilidad y la paz familiares⁷⁸. En razón de ello, a pesar de no hallarse previsto expresamente, considero que el juez debería exigir un sustento verosímil para la realización de la prueba genética⁷⁹, que podría venir dado, entre otros, por la declaración de la madre, la prueba del adulterio en la época de la concepción (podría bastar la acreditación de que hay un proceso de separación o divorcio en trámite por aquel motivo), la invocación simultánea de otra causal del artículo 363°, o la prueba de ADN extraprocesal (como hizo el demandante en el expediente analizado).

Se indicó líneas atrás que para impugnar la paternidad por la causal del inciso 5 no es indispensable ofrecer como peritaje de parte el dictamen del test de ADN obtenido extrajudicialmente, pero sí

⁷⁷ Artículo 363° inciso 5 del Código Civil: “... el Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética...”.

⁷⁸ Esta vulneración ya era advertida, en una situación similar, por los tratadistas del derecho civil francés, quienes vieron conveniente optar por un sistema cerrado muy restringido (el del Código Napoleónico original), antes que “tolerar el abuso de los maridos de interponer a su arbitrio la acción de desconocimiento basados en una simple sospecha o por cualquier motivo injustificado creando una inestabilidad respecto a la situación de los hijos habidos en el matrimonio y alterando la paz de las familias” (Brenneisen, 1986, p. 17-18). Si bien el tiempo evidenció las excesivas limitaciones de aquel modelo, virando el derecho civil francés hacia un sistema abierto en 1972 (Plácido 2003, p. 302), ello no deslegitima la preocupación por no someter a la familia y sus integrantes a procesos que menoscaban su estabilidad sin una justificación razonable.

⁷⁹ Una postura análoga es la esgrimida por Martel Chang respecto al proceso especial de reclamación de paternidad extramatrimonial (Ley N.° 28457), al manifestar que en este el juez no debe emitir el mandato de paternidad solo por el mero relato fáctico del demandante, sino a partir de las pruebas aportadas con la demanda, de modo que, “si el emplazado no formula oposición alguna, la cosa juzgada material no solo es consecuencia de su conducta procesal, el silencio o falta de oposición, sino del relato del demandante y los medios probatorios que aportó para sustentarlo” (como se citó en Varsi, 2010, p. 74). Esta medida tendría por efecto proteger al demandado contra demandas gratuitas, tomando en cuenta que, de emitirse el mandato de paternidad, necesariamente tendrá que someterse a la prueba de ADN para impedir su emplazamiento como padre.

solicitar la realización del peritaje oficial o de designación judicial⁸⁰, y ello es así porque, como pudo verse en el expediente comentado, el segundo tiene preferencia sobre el primero, no tanto por el riesgo de parcialización del perito de parte, sino, fundamentalmente, porque el nivel de certeza de casi 100% que ofrece la prueba atiende solamente a las muestras genéticas analizadas, pero no a las posibles contingencias que se pueden presentar en el procedimiento para la obtención del resultado, sujetas al error humano (Alfaro, 2021, p. 17). En otras palabras, la certeza del resultado solo será tal siempre y cuando la prueba se haya obtenido siguiendo rigurosamente los parámetros científicos aceptados. Por ello, siendo una prueba tan determinante en el proceso de filiación, el juez debe “controlar el trabajo del experto para verificar la credibilidad y validez del resultado que proporciona al proceso la prueba científica o técnica” (Simons, 2017, p. 214); concretamente, tiene que “saber quién tomó registro de la muestra; en qué objeto se depositó la misma; cómo fue la cadena de custodia; si es que el laboratorio donde se llevó a cabo el procedimiento de comparación genética cuenta con la autorización respectiva, entre otras cuestiones” (Alfaro, 2021, p. 19). Solamente después de asegurarse de la corrección del procedimiento de obtención, el juez se encontrará en posición de atribuirle a la prueba de ADN la calidad de concluyente. Por lo tanto, la prueba genética prevista en la causal del inciso 5 es, en primer término, la que se actúa íntegramente dentro del proceso y permite de manera óptima un control judicial, debiendo valorarse el peritaje de parte únicamente cuando aquella no sea posible (sin renunciar al control que de este pueda hacerse; esto es, requerir al perito de parte en la audiencia de pruebas una explicación pormenorizada del dictamen y el procedimiento que lo generó⁸¹, permitiendo además la formulación de observaciones de las partes⁸², todo lo cual, evidentemente, también operaría respecto del peritaje oficial).

Como puede anticiparse, la aportación de un principio de prueba al invocar el presupuesto del inciso 5 no solo debe ser una carga para el demandante, sino que, además, podría resultarle de utilidad en el escenario en que la madre que posea la tenencia del niño se niegue a llevarlo a la toma de muestras, imposibilitando la realización de la prueba, como ocurrió en el expediente. Antes de desarrollar este punto, conviene anotar que, para la circunstancia en que la madre que no posea la tenencia no acuda a la audiencia de pruebas a pesar de haberse ordenado practicar la prueba genética con su muestra también, en conjunto con la del hijo y el padre (que es lo que suele hacerse), el juez debería ordenar continuar con la actuación de la prueba, pues, aun cuando la que solo estudia muestras del padre y el hijo no es tan segura como la que incluye a la madre, su probabilidad de acierto es igualmente bastante alta⁸³. Hecho este paréntesis, se comentará el escenario correspondiente al caso del expediente en los siguientes párrafos.

⁸⁰ En el expediente, la jueza, al calificar la demanda, no exigió al demandante el ofrecimiento del peritaje a realizarse en sede judicial, admitiendo en su lugar la prueba de ADN que obtuvo en forma particular. Sin embargo, al ser este ofrecido luego por la curadora especial del niño demandado, siendo admitido como prueba de aquella, ordenó que el demandante costeara su realización, lo cual, si bien incoherente (no se regula para la impugnación de paternidad que el demandante deba asumir el costo de la prueba aun cuando la ofrezca el demandado), permitió, en los hechos, subsanar la omisión de requerirle esta prueba al demandante, como se le debió ordenar al haber invocado la causal del inciso 5.

⁸¹ Artículo 265° del Código Procesal Civil: “... el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas”.

⁸² Artículo 266° del Código Procesal Civil: “los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas”.

⁸³ Lagos, Poggi, Mellado, Conceptos básicos sobre el estudio de paternidad, 2011, p. 545-546.

Abordar el valor de la prueba de ADN en la decisión del juez presupone colocarse en el supuesto en que no se hubiera configurado una filiación socioafectiva, con lo cual el interés preeminente en el proceso sería alinear el vínculo filial con la verdad biológica (*favor veritatis*). En ese contexto, la actuación de la prueba de ADN en sede judicial debería ser un objetivo prioritario para el juez y las partes. Esto parecería despojar de sentido la subsistencia de las presunciones contenidas en los supuestos de hecho de los incisos del 1 al 4 del artículo 363° -que la ley contempla como suficientes para desplazar la paternidad del marido-, pero al facultarse a la parte demandada⁸⁴ a contradecirlos solicitando la actuación de la prueba de ADN aunque el demandante no hubiese invocado el inciso 5, se otorga una garantía de que el actor no pueda restringir el debate a la probanza de meras presunciones. Entonces, si el demandante se niega a someterse a la prueba genética, se configurará la presunción en su contra prevista en el artículo 282° del Código Procesal Civil, la cual enervará el presupuesto de no paternidad que pudiese haber acreditado, por ser una negativa injustificada⁸⁵.

De esta manera, descartado el riesgo que podían entrañar las presunciones de los incisos 1 al 4 del artículo 363°, corresponde resaltar su utilidad, que es la que justifica su conservación (al menos, en el modelo “cerrado” de presupuestos taxativos que dispone el legislador). Se adelantó párrafos atrás que el actor puede acumular subordinadamente a su pretensión amparada en el inciso 5 otra que se apoye en alguna de las presunciones de los cuatro primeros incisos, sirviéndole esta última no solo como aportación de un principio de prueba para la admisión de la primera pretensión, sino también como un medio para no quedar supeditado a la buena fe procesal de la madre, quien podría optar por no concurrir con su hijo a la toma de muestras de ADN y con ello imposibilitar⁸⁶ la actuación de dicha

⁸⁴ En principio, si el demandado no ofrece la prueba de ADN (supuesto improbable, debido a que el niño siempre deberá estar representado por un curador especial, quien, de actuar diligentemente, la ofrecerá, como ocurrió en el caso del expediente), el juez no tendría potestad para ordenar de oficio la actuación de esta prueba, por hallarse la acreditación de la causal invocada por el demandante (cualquiera de los incisos 1 al 4) prevista como suficiente para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, con lo cual no podría configurarse el requisito de insuficiencia probatoria para ordenar la prueba de oficio (art. 192° del Código Procesal Civil). No obstante, existe un precedente del TC, para el caso análogo de la reclamación de paternidad extramatrimonial, en el que se ratificó la pertinencia e indispensabilidad de la prueba de ADN ordenada de oficio para resolver la pretensión de declaración judicial de paternidad, a pesar de no haber sido el presupuesto invocado en la demanda (STC Exp. N.° 227-2011-PA/TC LAMBAYEQUE, del 04.01.2012, fundamento 4). La flexibilización de esta institución procesal se explicaría en la función tuitiva del juez en los procesos de familia (precedente vinculante del III Pleno Casatorio Civil) y, sobre todo, en la especial consideración del interés superior del niño que se exige a los jueces (art. IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes e inciso 26.8 del artículo 26° del reglamento de la Ley N.° 30466).

⁸⁵ “La negativa a someterse a los análisis imprescindibles para determinar o excluir positivamente la paternidad disputada, constituirá presunción en contra del que se niega. Esta conclusión, aceptada por doctrina, se ve robustecida ahora que, merced a los nuevos estudios biológicos de que se dispone, la ciencia garantiza con certidumbre prácticamente total el resultado de las pruebas” (Plácido, 2003, p. 314).

⁸⁶ En la Casación N.° 4018-2017 Pasco, la Corte Suprema indicó que en estos casos el juez debe emplear los mecanismos compulsivos del art. 53° del Código Procesal Civil para conseguir la realización de la prueba (fundamento sexto). No comparto esta opinión por tres razones: la primera es que las facultades coercitivas del juez consignadas en la norma citada se encuentran referidas a la desobediencia de mandatos judiciales que impongan obligaciones a las partes, como lo serían una sentencia o medida cautelar (Simons, 2010, p. 92); la segunda, que la consecuencia para la falta de concurrencia de las partes a las actuaciones procesales se encuentra prevista en el art. 109° inciso 6 del Código Procesal Civil, siendo una sanción de multa; por último, si

prueba, causando la desestimación de la pretensión sustentada en el inciso 5. Efectivamente, la sola presunción contra la madre generada por su obstrucción de la diligencia no constituiría prueba suficiente para declarar fundada la impugnación de paternidad, pero sí lo será la acreditación del supuesto de hecho invocado como petendi de la pretensión subordinada, que, en este escenario, desplegará la consecuencia jurídica prevista en la ley al no ser posible resolver la cuestión mediante la prueba de ADN judicial, por causa no imputable al demandante. De manera semejante, la aportación de una prueba genética extraprocesal por el actor surtiría el mismo efecto, ya que esta reemplazaría a la prueba que no pudo actuarse judicialmente por culpa de la demandada. En ambos casos, la referida presunción en contra de la madre derivada de su conducta, que no basta por sí misma para desplazar la paternidad, servirá de complemento y refuerzo a la prueba principal⁸⁷, originalmente principio de prueba de la causal del inciso 5.

Llegados a este punto, corresponde trasladar la explicación anterior al caso del expediente analizado. Primeramente, se debe responder la pregunta de si en el caso se configuró una imposibilidad de actuar la prueba de ADN oficial. Al respecto, se tiene que, seis días después de la audiencia de pruebas, a la que no asistieron la madre demandada ni el hijo demandado, la primera presentó un escrito justificando su inasistencia en que su hijo había sufrido un cuadro de fiebre, por lo que solicitaba una reprogramación de la toma de muestras (recién adjuntaría el certificado médico veinte días después de formular este pedido). Este escrito era radicalmente opuesto al que la demandada había presentado el mismo día de la audiencia, reiterando su allanamiento y pidiendo concluir el proceso en el más breve plazo, y fue rechazado por la jueza mediante Resolución 14. Por regla general, el pedido de la demandada sería improcedente y denotaría mala fe, por contradecir manifiestamente su conducta procesal previa; sin embargo, considero que la jueza debió amparar esta solicitud, reprogramando por única vez la audiencia de pruebas, en atención del interés superior del niño demandado. Aquella no era una decisión sencilla, pues en ese momento aún no se reconocía expresamente a los jueces de familia la facultad tuitiva de flexibilización del principio de preclusión en atención al interés superior del niño (como se estipularía en calidad de precedente vinculante en el III Pleno Casatorio Civil, del 2010, y se replicaría con mayor especificidad en el inciso 26.8 del artículo 26° del reglamento de la Ley N.° 30466, del 2018); no obstante, ya se hallaba vigente el mandato constitucional sobre los jueces de considerar el interés superior del niño al adoptar medidas concernientes a aquellos (inciso 1 del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, plasmado además en el artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes).

Ahora bien, poniendo entre paréntesis la cuestión anterior, se tiene que, al dictar sentencia, la jueza estimó la pretensión del demandante valorando la prueba de ADN ofrecida por este como peritaje de parte, así como, complementariamente, las declaraciones de la demandada allanándose y reconociendo haberse practicado la prueba de ADN. Lo último sería, a mi juicio, correcto, pues, aunque el allanamiento era improcedente, las declaraciones de la madre contenidas en aquel -así como en otros escritos- no tenían ningún impedimento para ser valoradas como refuerzo de otras pruebas (tal cual lo sería la presunción en contra de la demandada por su conducta obstruccionista, no explicitada

los jueces pudieran obligar a las partes a acudir a todas las actuaciones procesales, perdería sentido la regulación de la presunción contra aquellas derivada de su conducta obstruccionista (art. 282°).

⁸⁷ Una regla similar es la contemplada en el artículo 767° inciso 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, para procesos de determinación de la filiación. Consúltese al respecto: Segura, 2018, p. 278-279.

en la motivación de la sentencia). En cuanto al peritaje de parte, sin embargo, es preciso formular un reparo: se indicó que, en los casos de valoración de esta prueba, el juez debía efectuar un adecuado control –a posteriori- de la actividad del perito, a fin de validar científicamente el resultado contenido en el dictamen, lo que no ocurrió de forma idónea en el caso del expediente, puesto que, si bien se actuó la prueba con la presencia del perito, preguntándosele si se ratificaba en el contenido de su dictamen luego de que este reexaminara su contenido⁸⁸, la jueza omitió pedirle una explicación respecto a dicho contenido y al método empleado. Faltando este control, considero que el peritaje no podía tener la capacidad de generar certeza en el juzgador respecto a la ausencia del vínculo parental (ni aun valorado conjuntamente con las declaraciones y conducta de la madre). En tal sentido, la sentencia no habría estado debidamente motivada, con lo cual la Sala Superior debió declararla nula, junto con todas las actuaciones hasta la audiencia de pruebas, ordenando retrotraer el proceso a ese estadio.



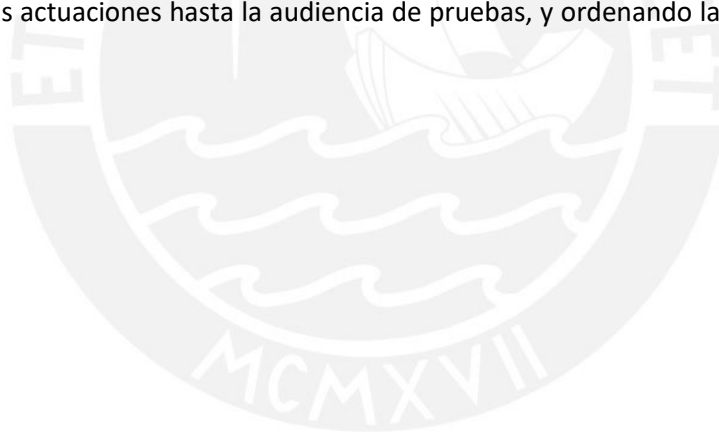
⁸⁸ Lo cual ya coloca esta actuación en una posición más apropiada para el convencimiento sobre la validez científica del resultado que la regulada para el proceso especial de reclamación de paternidad extramatrimonial de la Ley N.º 28457, que solo contempla una audiencia para la toma de muestras.

V. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis de los problemas jurídicos identificados en el expediente, se concluye lo siguiente:

1. La impugnación de paternidad es una acción de contestación de la filiación matrimonial que se distingue de la acción de impugnación del reconocimiento de paternidad o maternidad, destinada para impugnar la filiación extramatrimonial. Mientras que en la primera se impugna directamente la paternidad del marido atribuida por presunción legal (presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*), la segunda contesta solo indirectamente la paternidad o maternidad extramatrimonial, debido a que lo impugnado en sí mismo es el acto de reconocimiento del hijo. Los operadores jurídicos del expediente confundieron ambas acciones de estado, atribuyendo erróneamente un acto de reconocimiento al marido por consignar su firma en el acta de nacimiento del hijo (el único “reconocimiento” que este último puede efectuar es el contemplado en los incisos 1 y 2 del artículo 366°, que no se destina a la constitución de un vínculo filial, sino que es tan solo una manifestación –expresa o tácita- de conformidad con la paternidad que la ley le atribuye en virtud del matrimonio).
2. En el esquema constitucional actual, que reconoce el derecho a la identidad -tanto en su faceta estática como dinámica-, acoge un nuevo modelo de familia independiente de la finalidad procreativa, y adopta la doctrina de la protección integral -en cuyo marco se erige como una consideración fundamental para la sociedad el interés superior del niño-, el concepto de filiación socioafectiva ha adquirido el reconocimiento de auténtica manifestación de la filiación jurídica, construyéndose esta a lo largo del tiempo mediante el ejercicio de la parentalidad y, una vez consolidada, siendo prevalente sobre el dato biológico. Esta realidad sustenta su impacto en la acción de impugnación de paternidad, caducando el derecho a contestar la paternidad simultáneamente con la consolidación del estado de familia dada por la posesión constante de estado (artículo 376° del Código Civil). Por tanto, pese a que en el expediente el plazo de caducidad del artículo 364° fue inaplicado correctamente por los jueces, estos omitieron averiguar si el derecho a impugnar del marido había quedado extinguido en mérito a la comprobación de una posesión constante de estado, lo cual habría prevalecido ante la demostración de la inexistencia del vínculo biológico, en aras de proteger la filiación socioafectiva y la identidad dinámica del niño (*favor filii*).
3. El derecho al nombre, si bien es un componente de la identidad en su faz estática, siendo un instrumento que permite la identificación de la persona, posee también vinculación con el ámbito dinámico de la identidad, al ser el medio de designación en las relaciones sociales que entabla la persona, construyendo una identidad asociada con aquel, así como reafirmando su sentido de pertenencia a una familia, etnia o género. Esta consideración sustenta su cambio o conservación con independencia del vínculo filial, que, aunque es el que determina su origen en nuestro ordenamiento, debe ceder ante el arraigo del nombre en la identidad dinámica de la persona. En ese contexto, la decisión de la Sala Superior de integrar la sentencia de primera instancia, que al desplazar la paternidad del marido privaba de su apellido paterno al niño, era a priori legítima. Sin embargo, al ordenarlo sin una motivación que reposara en la previa determinación de que se estaba protegiendo la identidad dinámica del hijo, quedó expuesta como una decisión injustificada, sobre todo al considerar que las actuaciones del expediente no daban cuenta de un arraigo del apellido paterno en el niño.

4. Para que la prueba de ADN produzca convicción en el juzgador sobre la inexistencia del nexo biológico entre el marido y el hijo en la impugnación de paternidad (sustentando el desplazamiento de la paternidad para el supuesto del inciso 5 del artículo 363° del Código Civil), debe actuarse, en primer término, como un peritaje oficial (es decir, de actuación íntegra en el proceso), al ser esta la vía más idónea de asegurar la validez científica de su actuación y la certeza del resultado, pese a lo cual puede, ante la imposibilidad de realizar aquella por causa imputable a la parte demandada, actuarse únicamente como peritaje de parte, debiendo efectuar el juzgador el control adecuado de su validez mediante la formulación de preguntas y observaciones al perito en la audiencia de pruebas, respecto al dictamen y al procedimiento seguido en la realización del test. Bajo esta perspectiva, se justificaría la decisión de la jueza en el expediente de valorar la prueba de ADN aportada por el demandante como peritaje de parte, a efectos de acreditar la configuración de la causal de exclusión de paternidad del inciso 5. Pese a ello, el control que se hizo de esta prueba durante su actuación fue deficiente, ya que, si bien se realizó el acto de ratificación del perito en el contenido del dictamen, la jueza no le requirió una explicación sobre dicho contenido ni sobre el procedimiento de obtención, custodia y evaluación de las muestras, con lo cual no se corroboró la validez científica de la prueba y no se le pudo haber atribuido legítimamente certeza para disolver la filiación impugnada. De tal suerte, la valoración de la prueba fue errónea y la sentencia indebidamente motivada, lo que debió advertir la Sala Superior, anulando las actuaciones hasta la audiencia de pruebas, y ordenando la nueva realización de esta última.



VI. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro Valverde, L. (2021). Repensando la prueba de ADN en el proceso de filiación. Una prueba pericial no exenta de error. *Derecho & Sociedad*, (57), 1-24.

<https://doi.org/10.18800/dys.202102.005>

Apolín Meza, D. L. (2015). La Cosa Juzgada Implícita y el Derecho de Defensa. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 274-285.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15663>

Bernal de Afanador, S. y Buitrago, M. (1988). *Impugnación de la paternidad legítima* [tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Javeriana].

Brenneisen Kimura, M. G. (1986). Contestación de paternidad en el Nuevo Código Civil. La Inseminación Artificial: Nueva Causal de la Acción [Tesis de bachillerato, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Campos García, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*, (50), 351-378.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r25553.pdf>

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

<https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Sentencia del 27 de abril de 2012 recaída en el Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Recuperado a partir de

https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República (2010). III Pleno Casatorio Civil.

Delgado Menéndez, M. D. C. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú] Repositorio de tesis PUCP.

Famá, M. V. (2007). Tensiones constitucionales en el procedimiento de determinación de la paternidad extramatrimonial. *JUS Jurisprudencia*, (6), 51-71.

Fernández Sessarego C. (1997). Daño a la identidad personal. *THEMIS Revista De Derecho*, (36), 245-272.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11743>

Gozaíni, O. A. (2012). La Prueba Científica No es Prueba Pericial. *Derecho & Sociedad*, (38), 169-175.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13116>

Lagos, M., Poggi, E. y Mellado, C. (2011). Conceptos básicos sobre el estudio de paternidad. *Revista médica de Chile*, 139(4), 542-547.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872011000400019>

Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2013). La filiación, entre biología y derecho. *Prudentia iuris*, (76), 79-106.

<https://corteidh.or.cr/tablas/r32808.pdf>

Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina (2022). La triple filiación en la jurisprudencia argentina. *Boletín de jurisprudencia*, diciembre, p. 7-44.

<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4085>

Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP*, (77), 219-233.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010>

Morales Galán, I. (2019). El daño moral producido por no ser reconocido jurídicamente por el padre biológico como hijo o por la no revelación de la identidad del padre biológico por parte de la madre. En Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD), *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: Violencia contra*

niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables. Concurso Internacional de Ponencias (1ª ed., pp. 169-186). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Plácido Vilcachagua, A. (2003). *Filiación y patria potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica.

Plácido Vilcachagua, A. (26 de septiembre de 2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (1). *Blog de Alex Placido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/26/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-1/>

Plácido Vilcachagua, A. (29 de septiembre de 2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (2). *Blog de Alex Placido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/29/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-2/>

Plácido Vilcachagua, A. (9 de octubre de 2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (3). *Blog de Alex Placido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/09/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3/>

Plácido Vilcachagua, A. (21 de octubre de 2008). La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada (4). *Blog de Alex Placido*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/21/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-4/>

Puig Brutau, J. (1986). *Caducidad y prescripción extintiva*. (1.ª ed.) Bosch Casa Editorial S.A.

Ramírez Zapata, R. D. S. (2018). *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 de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú] Repositorio de tesis PUCP.

Rodríguez Iturri, R. (2018). Filiación. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano* (pp. 105-144). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sáenz Sucre, S. (2014). Impugnación de paternidad y filiación matrimonial [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (30 de marzo de 2005). Casación N.° 2833-2003-HUANCAVELICA. Lima, Perú.

Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (29 de marzo de 2010). Casación N.° 2112-2009-CALLAO. Lima, Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (14 de septiembre de 2016). Casación N.° 1417-2014-LIMA. Lima, Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (29 de noviembre de 2016). Casación N.° 950-2016-AREQUIPA. Lima, Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (21 de septiembre de 2017). Casación N.° 3456-2016-LIMA. Lima, Perú.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (16 de julio de 2019). Casación N.° 4018-2017-PASCO. Lima, Perú.

Segura Cros, B. (2018). Procedimiento para la determinación o impugnación de filiación. *La prueba civil a debate judicial: estudios prácticos sobre prueba civil I*. (1ª ed.). Wolters Kluwer España, S.A.

Simons Pino, A. (2010). El derecho a la ejecución plena de las decisiones judiciales y los medios compulsorios procesales. *THEMIS Revista De Derecho*, (58), 81-98,

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9120>

Simons Pino, A. (2017). La prueba científica. *THEMIS Revista De Derecho*, (71), 209-226.

<https://doi.org/10.18800/themis.201701.014>

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia del 25 de julio de 2005 recaída en el Expediente 4444-2005-PHC/TC LIMA. Recuperado a partir de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04444-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia del 20 de abril de 2006 recaída en el Expediente 2273-2005-PHC/TC LIMA. Recuperado a partir de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia del 6 de noviembre de 2007 recaída en el Expediente 06572-2006-PA/TC PIURA. Recuperado a partir de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del 4 de enero de 2012 recaída en el Expediente 00227-2011-PA/TC LAMBAYEQUE. Recuperado a partir de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00227-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional (2012). Sentencia del 11 de julio de 2012 recaída en el Expediente 04509-2011-PA/TC SAN MARTÍN. Recuperado a partir de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/04509-2011-AA.html>

Tribunal Constitucional (2014). Sentencia del 18 de marzo de 2014 recaída en el Expediente 00139-2013-PA/TC SAN MARTÍN. Recuperado a partir de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00139-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2016). Sentencia del 21 de octubre de 2016 recaída en el Expediente 06040-2015-PA/TC SAN MARTÍN. Recuperado a partir de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06040-2015-AA.pdf>

Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima; Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.; Fondo Editorial de Cultura.

Varsi Rospigliosi, E. (2006). Incaducibilidad de las acciones de estado filial. *Diálogo con la jurisprudencia*, (97), 23-32.

Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. (2ª ed.). JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Varsi Rospigliosi, E. (2019). Las acciones filiatorias. En M. Torres (Dir.), *Derecho Procesal de Familia* (pp. 7-78). Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. y Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial* (pp. 255-277). (2ª ed.). JURISTA EDITORES E.I.R.L.

Vidal Ramírez, F. (2022). *Prescripción extintiva y caducidad*. (1.ª ed.) Gaceta Jurídica.

Asamblea Constituyente de 1978. (1979). Constitución Política del Perú de 1979.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993.

Código Civil de 1936. *Ley N.º 8305 de 1936*.

Código Civil de 1984. *Decreto Legislativo N.º 295 de 1984*.

Código Procesal Civil de 1993. *Decreto Legislativo N.º 768 de 1992*.

Código de los Niños y Adolescentes. *Ley N.º 27337 de 2000*.

Congreso de la República del Perú. (1998). *Ley N.º 27048 de 1998*. Por lo cual se expide *Ley que modifica diversos artículos del Código Civil*.

Congreso de la República del Perú. (2005). *Ley N.° 28457 de 2005*. Por lo cual se expide *Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*.

Congreso de la República del Perú. (2007). *Ley N.° 29032 de 2007*. Por lo cual se expide *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*.

Congreso de la República del Perú. (2008). *Ley N.° 29227 de 2008*. Por lo cual se expide *Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías*.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP. Por lo cual se expide *Reglamento de la Ley N.° 30466. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*.

Poder Ejecutivo. (2018). *Decreto Legislativo N.° 1377 de 2018*. Por lo cual se expide *Decreto Legislativo que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes*.

Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (2020). *Resolución Secretarial N.° 000141-2022/SGEN/RENIEC de 2022*. Por lo cual se aprueba la *Directiva DI-008-DRC/001 "Procedimientos del Registro Civil", primera versión*.

VII. ANEXOS

Se adjunta, a continuación, copia de las piezas principales del expediente.

