

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO
ABAD DEL CUSCO**

ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**



TEMA

**INAPLICACIÓN DE LA NORMA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 364
DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVA AL PLAZO DE LA ACCIÓN
CONTESTATORIA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD**

**Presentado por el Bachiller:
Ermitaño Gilberto Gil Caviedes**

**Para optar al Grado Académico de
Maestro en Derecho Mención Derecho
Civil y Procesal Civil.**

Asesor: Dr. Máximo Córdova Huamaní

CUSCO – 2019

DEDICATORIA

La presente tesis, las dedico a Ramón y Paulina, mis padres, por haberme dado la vida, por darme una profesión que es mi pasión, por haber creído en mí y luchado día a día conmigo para ver lograr mis objetivos. A Ramón, por seguir siendo mi ejemplo, mi inspiración y fuerza, quien, a pesar de sus años de esfuerzo, su piel arrugada, sus ceños fruncidos, sus cabellos canosos y sus fuerzas disminuidas sigue labrando la tierra para hacerla producir. Y, a Paulina, hoy convertido en ángel guía mi camino desde el cielo. A mis hijos Roy Washington y Nahil Fernanda, por quienes me esfuerzo para enseñarles el cómo y el por qué, a quienes les formo alas para que un día vuelen solos. A mis hermanos, por su aliento permanente y por seguir unidos en el amor de papa. A Rosa mi compañera incondicional, que en los momentos más turbulentos estuvo conmigo motivándome constantemente, dejando de lado sus labores propias de madre y profesional y silenciosamente recorrió los caminos que no los pude hacer personalmente.

Gracias a todos ellos.

AGRADECIMIENTO

A Dios y la mamita del Carmen, por permitirme disfrutar de mi padre, mis hijos, mi esposa y mis hermanos. A todos ellos por apoyarme en cada decisión y proyecto. A la vida por enseñarme que cada uno es distinto al otro.

No ha sido sencillo recorrer el camino hasta ahora, pero gracias a todos pude lograr la meta trazada.

Dejo constancia de mi agradecimiento a todos ellos.

Ermitaño Gilberto Gil Caviedes

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	i
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática	4
1.2. Formulación del problema	6
1.3. Justificación de la investigación	7
1.4. Objetivos de la Investigación	8

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas	9
2.1.1. Derecho a la identidad del hijo matrimonial	9
2.1.1.1. <i>Filiación de paternidad matrimonial.</i>	9
2.1.1.2. <i>Filiación y presunción de paternidad.</i>	13
2.1.1.3. <i>Dimensiones del derecho a la identidad y verdad biológica.</i>	17
2.1.2. Acción contestatoria	27
2.1.2.1. <i>Negación e impugnación de paternidad.</i>	27
2.1.2.2. <i>Titulares de la acción y plazo.</i>	30
2.2. Marco conceptual	35
2.3. Antecedentes empíricos de la investigación	37

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis	47
3.2. Identificación de categorías	48

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Diseño metodológico	49
4.2. Unidades de análisis	50

4.3. Técnicas de recolección de información	51
4.4. Técnicas de análisis e interpretación de la información	51

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Procesamiento, análisis, interpretación y discusión de resultados	52
5.2. Prueba de hipótesis	86
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES	92
BIBLIOGRAFÍA	93
ANEXO I: Matriz de consistencia	99
ANEXO II: Proyecto de ley	101
ANEXO III: Ficha de análisis	103
ANEXO IV: Ficha de análisis	104

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro N° 01: Categoría y Subcategorías	48
Cuadro N° 02: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 134-2018/Lambayeque	66
Cuadro N° 03: Fundamentos por los que se justifica la aplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 134-2018/Lambayeque	67
Cuadro N° 04: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenido en la consulta N° 3143-2009/Ancash	71
Cuadro N° 05: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1072-2011/Arequipa	72
Cuadro N° 06: Fundamento por el que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenido en la consulta N° 3079-2012/Piura	73
Cuadro N° 07: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 15157-2013/Del Santa	73
Cuadro N° 08: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1712-2010/Santa	76
Cuadro N° 09: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1975-2010/Lima	77
Cuadro N° 10: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 2561-2010/Lambayeque	78
Cuadro N° 11: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 942-2011/Ica	79

Cuadro N° 12: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 3038-2011/Ica	79
Cuadro N° 13: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 2802-2012/Arequipa	80
Cuadro N° 14: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 4666-2012/Lambayeque	81
Cuadro N° 15: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 3245-2018/Lima Este	82
Cuadro N° 16: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 670-2010/Lambayeque	83
Cuadro N° 17: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1598-2012/Lambayeque	84
Cuadro N° 18: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 14320-2013/Lima	85

RESUMEN

Como establece el artículo 364 del Código Civil, la acción contestatoria puede ser interpuesta por el marido dentro de noventa días, que deberán ser contados desde el día siguiente al parto, y de encontrarse el marido ausente desde el día siguiente de su regreso. Este plazo no ha sido tomado en cuenta al momento de interponer demandas para impugnar la paternidad matrimonial, las que pese a ello fueron admitidas en mérito a la aplicación del control difuso de constitucionalidad, bajo el argumento de la garantía del derecho a la identidad, avalando dicha posición la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República. En este contexto, el objeto de la investigación fue determinar si la Sala en mención aprobó de manera adecuada las resoluciones que le fueron elevadas en consulta. De manera específica se pudo advertir, a través de una investigación cualitativa, que la Sala sustenta su posición en la verdad biológica, como elemento determinante del derecho a la identidad, señalando que puede ser garantizado al tener certeza respecto a que el actor no es el padre biológico, en un proceso en el que no es posible determinar quién si lo es, pese a que la Sala Suprema afirma lo contrario, dejando la paternidad del menor en estado de incertidumbre, sin considerar la consolidación de la posesión de estado en mérito al vínculo filial generado en el marco de la presunción de paternidad. De este modo se puede afirmar que la Sala Suprema aprueba las resoluciones elevadas en consulta de manera incorrecta.

Palabras clave: Derecho a la identidad, acción contestatoria.

ABSTRACT

As the Article 364 of the Civil Code notes, the rebellious action can be brought by the husband within ninety days, which must be counted since the day after the child is born, and in case the husband is absent since the day after he returns. This deadline was not taken into consideration when bringing claims to contest matrimonial paternity, which in spite of that were admitted regarding the application of the constitutionality, under the argument of ensuring the right to an identity, being endorsed by the Constitutional and Social Law Chamber of the Supreme Court of Justice. In this context, the aim of this research was to determine if this chamber approved the resolutions properly. More specifically, it became apparent, through some qualitative research, that the Chamber keeps its position on the biological truth, furnishing that it takes part of the right to an identity, and that it's possible its elucidation when it is certain that the actor is not the biological father. This fact is actually wrong because through the rebellious action, it is not possible to determine who the father is, leaving the paternity of the child uncertain. In addition to it, the dynamic aspect of the right to an identity translated in possessing a status is not considered. In this way, it was demonstrated that the Social Law Chamber of the Supreme Court of Justice approves the resolutions inadequately.

Key words: Right to an Identity, deadline of the rebellious action

INTRODUCCIÓN

En el artículo 361 del Código Civil se hace referencia a la presunción de paternidad, pues se establece que el hijo que nace dentro del matrimonio tiene como padre al marido. El Código en mención otorga a este último la potestad de impugnar la paternidad, señalando de manera específica que la acción contestatoria debe ser interpuesta dentro de los noventa días desde el día siguiente del parto cuando el marido estuvo en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente.

Ahora bien, la brevedad del plazo está asociada a la importancia de garantizar cuanto antes los derechos del menor que se determinan en mérito a la filiación, además no se debe mantener la paternidad en estado de incertidumbre por mucho tiempo. A ello se debe agregar la posesión de estado generada en mérito al vínculo filial que nace en el marco de la presunción de paternidad.

Aspectos en los que se ve reflejado el derecho a la identidad, pues contiene diversos elementos de orden objetivo y subjetivo, que deben ser considerados de manera integral.

Sin embargo, hay quienes olvidan lo antes mencionado, interponiendo demandas fuera del plazo establecido, con la atingencia que existen jueces que admiten las mismas inaplicando la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, bajo el argumento de la garantía del derecho a la identidad, basado en la verdad biológica, con el aval de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema (en adelante Sala de Derecho Constitucional y Social).

En tal sentido, surgió como interrogante por qué la Sala Suprema en mención aprueba las resoluciones que le son elevadas en consulta de manera incorrecta, interrogante que fue respondida a través de la información contenida en cinco capítulos.

En el primer capítulo, se plantea el problema materia de investigación, en atención a la descripción de la situación problemática, la formulación del problema general y los específicos, además de la justificación.

En el segundo capítulo, se desarrolla el marco teórico conceptual considerando los antecedentes de investigación que permiten conocer las investigaciones efectuadas en la materia. Además, contiene las bases teóricas por medio de las que se contextualiza el derecho a la identidad del hijo matrimonial, tomando en cuenta con tal fin la filiación de paternidad matrimonial, la presunción de paternidad, las dimensiones del derecho a la identidad, y la verdad biológica; también se incluye lo relativo a la acción contestatoria considerando las situaciones en las que esta procede, los sujetos legitimados y el plazo; para definir finalmente términos básicos.

En el tercer capítulo se plantea la hipótesis general como respuesta tentativa al problema de investigación, la que junto con las hipótesis específicas se demostraron en mérito a los resultados de la investigación. En efecto, como figura en el capítulo V se estableció que la Sala de Derecho Constitucional y Social aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta, pues no existe incompatibilidad normativa alguna, permitiendo que se conteste la paternidad fuera de los noventa días establecidos en el artículo 364 del Código Civil. Y de manera específica se pudo demostrar que los dos argumentos utilizados a nivel de la Corte Suprema para sustentar las aprobaciones, son incorrectos: por un lado se afirma que el derecho a la identidad queda garantizado al establecer quien no es el padre biológico, pese a que ello no da cuenta de la materialización de ninguno de los elementos que lo conforman, y por otro lado se afirma que a través de la aplicación de la norma contenida en el artículo 364 se impedirá establecer la verdad biológica, aunque a través de la acción contestatoria se cuestiona únicamente la filiación matrimonial generada por el reconocimiento efectuado en mérito a la presunción de paternidad.

En el capítulo cuarto consta la metodología, siendo el enfoque de la investigación cualitativo documental y de tipo dogmático exploratorio. Las unidades de análisis utilizadas son consultas por las que se aprueban resoluciones que dan cuenta de la inaplicación del artículo 364 del Código Civil, además de casaciones que se emiten en casos de impugnación de paternidad matrimonial. Se utilizó el análisis documental para extraer información contenida en las consultas y casaciones, a través de la ficha respectiva, para su posterior sistematización y análisis.

Finalmente, se presentan las conclusiones y una recomendación que incluye como sugerencia el establecimiento de un precedente vinculante, y la modificación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, proponiéndose el proyecto de modificación normativa.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Según el artículo 361 del Código Civil “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”, artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 1377 de 24 de agosto de 2018, incorporando como excepción que la madre declare expresamente lo contrario. Es por ello que el artículo 362 queda redactado en el sentido que “el hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”¹. No cabe duda que no siempre se está frente a la presunción de paternidad.

A partir de ello los hijos matrimoniales ven determinada su filiación, y con ello su derecho a la identidad, con la atingencia que el padre biológico puede ser extramatrimonial. Sin embargo, bajo el contexto de las normas mencionadas, no siempre se tendrá conocimiento de quien es el padre, pues no es suficiente la declaración de la madre respecto a que su marido no lo es.

El Código Civil prevé como posibilidad que el padre pueda negar la paternidad en los supuestos contenidos en el artículo 363:

- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

¹ Antes de la modificación, el texto del artículo 362 era el siguiente ““el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.

- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Siendo preciso puntualizar que en el marco de la contestación de paternidad se puede hacer referencia a la negación y a la impugnación. En el primer supuesto el hijo de la mujer casada no está amparado por la presunción *pater est*, mientras que en el segundo si lo está, recayendo la carga de la prueba en el marido.

El plazo de la acción contestatoria está regulado en el artículo 364 del Código Civil, bajo los siguientes términos “la acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”.

Como es evidente la potestad de contestar la paternidad es otorgada al marido. Sin embargo, es preciso tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 367 del Código Civil, según el cual “la acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”.

No se debe perder de vista lo establecido por medios del artículo 368 del Código en mención, según el cual “la acción puede ser ejercida por los

ascendientes del marido, en el caso del artículo 43, incisos 2², y 44, incisos 2 y 3³. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad”.

No hay duda respecto a quienes tienen la titularidad de la acción, los que a su vez debe cumplir las exigencias en cuanto al plazo. Pese a ello, existen jueces que consideran que las demandas deben ser admitidas a trámite aunque sean interpuestas fuera del mismo. De este modo, inaplican el artículo 364, considerando que al no permitirse contestar la paternidad se generaría la vulneración del derecho a la identidad.

En este contexto, los jueces de las instancias de mérito, además los supremos, no pueden olvidar que el derecho a la identidad abarca diversos aspectos, por ello su garantía no puede estar basada únicamente en la verdad biológica, pues de lo contrario se estaría olvidando, por ejemplo, la posesión de estado, aspecto fundamental para la materialización de este derecho.

1.2. Formulación del problema

a. Problema general

¿Por qué la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria?

² Inciso derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384 de septiembre de 2018.

³ Incisos derogados por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384 de septiembre de 2018.

b. Problemas específicos

1. ¿Por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se garantiza el derecho a la identidad al establecer quien lo reconoció no es el padre biológico?
2. ¿Por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica?

1.3. Justificación de la investigación

Cuando se habla de filiación de paternidad matrimonial se está frente a la presunción, sin perder de vista que ahora la madre puede declarar expresamente que el hijo no es de su marido. Incorporándose para el primer supuesto la acción contestatoria, estableciéndose como plazo, a través del artículo 364, noventa días contados desde el día siguiente del parto de estar presente en el lugar, o frente a su ausencia desde el día siguiente de su regreso. Plazo que consideramos permite la protección del derecho a la identidad que se desarrollará a partir del vínculo filiatorio generado.

Así, de interponerse una demanda fuera de plazo tendría que ser declarada improcedente. Pese a ello, existen jueces que consideran que la norma debe ser inaplicada, cuestionando su validez material, al encontrar incompatibilidad con el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución que reconoce el derecho a la identidad. La Corte Suprema avala la posición de los jueces de primera o segunda instancia, respectivamente, pues la Sala de Derecho Constitucional y Social aprueba en todos los casos las resoluciones que son elevadas en consulta.

De este modo la investigación tiene *relevancia práctica y jurídica*, si se toma en cuenta que es importante determinar si en efecto existe la incompatibilidad alegada, pues de lo contrario se estaría demostrando que a nivel de Corte Suprema se permite la vulneración del derecho a la identidad. Lo que

conllevaría la necesidad de identificar los mecanismos pertinentes para dar solución a la situación establecida, que podrían incluir el establecimiento de precedentes vinculantes o modificaciones normativas.

1.4. Objetivos de la Investigación

a. Objetivo general

Establecer por qué la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria.

b. Objetivos específicos

1. Establecer por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se garantiza el derecho a la identidad al establecer quien no es el padre biológico.
2. Establecer por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Derecho a la identidad del hijo matrimonial

2.1.1.1. *Filiación de paternidad matrimonial.*

Como señalan Gonzáles y Durán (2013) la filiación constituye un hecho natural, pero también jurídico:

Como hecho natural, la filiación siempre existe, pues es consecuencia de la procreación, por lo que todas las personas tienen unos padres de los cuales descienden. Ahora bien, para que la filiación como hecho natural adquiera relevancia (exista) para el Derecho ha de ser determinada. (p.28)

En esta línea, se puede considerar lo manifestado por Puig (como se citó en Vargas, 2011) en el siguiente sentido:

a. La filiación se basa fundamentalmente, aunque no exclusivamente, en un hecho natural. No hay filiación sin un hecho natural de filiación preexistente. b. La filiación es un estado, ya que frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un «estado», es decir, una especial posición ante el orden jurídico, que genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante. c. La filiación supone siempre una investidura legal, en la medida que es el derecho el que determina o declara el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación. (pp. 59 y 60).

Así, se distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial⁴, diferencia que según Diez de Ulzurrun (2006) no está referida a la existencia de diferentes derechos, sino a los mecanismos y régimen jurídico que permiten la determinación de la filiación⁵. Sin perder de vista la filiación adoptiva, generada por un vínculo jurídico establecido normativamente, y la filiación derivada de la aplicación de métodos de reproducción considerada por Varsi (2013).

Ya de manera concreta, en palabras de Peralta (como se citó en Sullón, 2015) “la filiación matrimonial proviene de los términos latinos FILIUS y MATRIMONIUM o hijo que procede de padre y madre casados, dicho de otro modo, son hijos matrimoniales los nacidos de padres que han contraído nupcias de acuerdo con las leyes vigentes” (p. 19).

⁴ Según afirma Bueno (como se citó en Sullón, 2015) la filiación matrimonial y extramatrimonial “deben su origen al derecho Romano, sin perder de vista que: la tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar)...en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes” Varsi (como se citó en Moscol, 2016, p. 46).

⁵ Pérez (2010) da cuenta de la siguiente clasificación: “a. *Filiación legítima*: Es la que se explicaba como la que nacía entre padres e hijos, cuando éstos últimos eran concebidos durante el matrimonio, podían nacer y ser reconocidos como hijos legítimos después de disuelto el vínculo matrimonial, siempre que hubieran sido concebidos mientras existió la unión matrimonial. b. *Filiación natural*: Era aquella que se establecía entre los padres y los hijos, cuando los últimos nacían fuera del matrimonio. En este caso la filiación se establecía respecto de la madre automáticamente, más no así por lo que hacía al padre, puesto que en su caso la filiación sólo existía cuando se diera un reconocimiento voluntario o se declarara judicialmente. c. *Filiación legitimada*: Es la que explica en los casos de los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo o los padres los reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ellas, ésta tenía por efecto, lograr que los hijos nacidos fuera del matrimonio lograran obtener el estado de hijo legítimo”. Por otro lado, Placido (como se citó en Vargas, 2011) considera que “el modelo de codificación civil decimonónica consagró, conforme a sus inmediatos precedentes históricos, una clasificación de las relaciones de filiación legítima e ilegítima, según procedieran del matrimonio o fuera del mismo. A su vez, la filiación ilegítima se divide en natural y no natural (cita omitida). la filiación no natural comprendía a la espuria o adulterina, la incestuosa –la habida entre ascendiente y descendiente- y la mancillada –la habida con ramera pública-. Esta clasificación, tomada del Código de Napoleón, se incorporó al ordenamiento peruano en 1852 y se siguió en parte hasta el código civil de 1936 (cita omitida)” (p.60).

Así, en palabras de Aguirre (2008) “la filiación matrimonial se funda en tres pilares fundamentales: el vínculo de filiación materno; el vínculo de filiación paterno y el vínculo conyugal entre los padres”.

En este contexto, Sokolich (2012) en relación a la filiación matrimonial, se pronuncia respecto al deber de fidelidad en mérito a lo establecido en el artículo 288 del Código Civil, señalando que “-el débito conyugal y la continencia sexual- nos podría permitir inferir *prima facie que*, en efecto, la presunción «*pater ist est quem nuptiae demonstrant*» resulta válida, toda vez que de acuerdo a dicha presunción «el hijo de mujer casada es hijo del marido»” (p.63).

En este sentido, es importante distinguir si el nacimiento se produjo o no dentro del matrimonio, pues como de manera acertada señala Varsi (2013) ello permitirá determinar “*in limine*, la atribución paternal, sea legal (presunciones), negocial (reconocimiento) o judicial (acciones de filiación)” (p.76).

De forma similar, haciendo referencia a la determinación de la filiación, Famá (como se citó en Varsi, 2013) se pronuncia manifestando que esta implica establecer en términos jurídicos quién es la madre y/o el padre de una persona, lo que puede tener su origen en tres fuentes:

- a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; y c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida. (p. 31)

En atención a ello, Placido (2003) ha dicho de manera acertada que “la determinación de la paternidad y maternidad resulta de la atribución que hace la ley de las relaciones jurídicas respecto de los progenitores y del hijo” (p.86), señalando de manera específica que según el artículo 409 del Código Civil, la maternidad se determina siempre por el parto, mientras que la paternidad se puede determinar por presunciones legales en caso la filiación sea matrimonial,

ello en mérito al artículo 361 del mismo cuerpo normativo, y en caso sea extramatrimonial por reconocimiento o sentencia judicial, según lo establece el artículo 387.

Ahora bien, surge como interrogante, si el acto matrimonial permite por sí mismo establecer la filiación, la respuesta se enmarca en diversas teorías que pretenden determinar cuándo un hijo es matrimonial y cuándo extramatrimonial:

la **Teoría de la concepción**, que señala que serán hijos matrimoniales, quienes hayan sido concebidos durante el matrimonio, independientemente que nazcan dentro o fuera del mismo; en segundo lugar está la **Teoría del nacimiento**, que señala que serán hijos matrimoniales, quienes hayan nacido dentro del matrimonio, independientemente que hayan sido concebidos dentro o fuera del mismo; y por último existe la **Teoría mixta**, que señala que para atribuir una paternidad matrimonial es importante tanto el momento de la concepción como del nacimiento, tomando en cuenta los plazos legales determinados en la norma sustantiva... (Varsi, 2006, pp.24 y 28)

A ello se puede agregar lo planteado por Corral (2003) en el sentido que “el matrimonio tiene como una de sus finalidades la procreación, es decir, el que los cónyuges devengan en padres” (p.1), considerando además que “es indudable que la procreación puede ocurrir fuera de matrimonio. Pero esta constatación no puede llevar a negar la relación jurídico-institucional que existe entre matrimonio, filiación y familia” (pp. 1-2).

Según Escriche (como se citó en Varsi 1999) “los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo”⁶ (p. 203). De este modo, se ha dicho con acierto que “a pesar de las marcadas características de cada uno de estos términos, la corriente

⁶ Para Rueda (como se citó en Varsi, 2013, p.87) “en la filiación matrimonial, la paternidad y maternidad se establecen simultáneamente. Algunas veces cabe una sin la otra, en los casos específicos de impugnación” (p. 505).

jurídica que postuló el derecho a la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación” (Silva, 1987, p. 326).

En este contexto, se puede manifestar que a partir de la filiación surgen derechos y deberes que determinan la relación entre padres e hijos, al respecto se considera que:

La filiación es un medio o instrumento jurídico de cuya existencia depende la atribución de la responsabilidad del padre y de la madre y que permite a la familia el cumplimiento de su función protectora de la prole, de la filiación se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación⁷. Galindo (como se citó en Varsi, 2013, p.99)

2.1.1.2. *Filiación y presunción de paternidad.*

Siguiendo a Ortega (s.f.) la filiación matrimonial implica “la presunción de la paternidad y la relación jurídica derivada de la misma, entre los progenitores y sus descendientes”. A ello se puede agregar lo planteado por Abad (2012):

la paternidad de un hijo nacido constante matrimonio viene determinada por medio de la «presunción de paternidad»... Por tanto, esta presunción determina la paternidad matrimonial de forma extrajudicial, ya que se producirá cuando sean acreditadas en la forma establecida por la Ley ciertas circunstancias en virtud de las cuales se estima probado el supuesto de hecho en que la filiación descansa. (p. 15)

Para Aguirre (2008) la prueba del matrimonio no presenta dificultad alguna, pues la partida es el instrumento que da cuenta del vínculo conyugal existente entre los padres. En lo que respecta a la madre señala que impera el principio

⁷ Según sostiene Lafaille (Como se citó en Sullón, 2015) “la filiación establece una relación entre padres e hijos que tiene el mismo contenido en términos de derechos y deberes recíprocos” (p. 302).

según el cual “es madre del niño aquella que lo alumbra”, pero cuando se habla del padre señala de manera expresa:

Un principio tradicional proclama que la paternidad se presume: el matrimonio de los padres hace presumir la paternidad legítima. La particularidad de la filiación matrimonial es que la maternidad hace presumir la paternidad. Así, la prueba de maternidad constituye en sí misma prueba de filiación matrimonial.

La interpretación que realiza Royo (como se citó en Martínez, 2007, p.71) de esta regla es que “ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre y es el significado actual” (p.78).

De este modo, se está en el marco de la denominada *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, referida a la presunción de la paternidad del esposo de la madre respecto a su hijo. En relación a lo mencionado se ha dicho con acierto que “la presunción *pater is est* tiene un carácter de historicidad que deberá actualizarse o andar a la par con el devenir de las relaciones sociales y técnicas, pues su carácter ancestral desmedra su eficacia y no le otorga valor absoluto”. Zannoni y Bossert (como se citó en Varsi 2013, p. 137)

Según los últimos autores en mención, para que las presunciones consagradas normativamente no devengan en ficciones, se debe tener claro el “hecho que las nutre”, agregando que “se trata de presupuestos biológicos, que exigen, en cada caso, una correlativa concordancia con el vínculo jurídico que instrumentan”.

La Sala Civil de la Corte Suprema en la Casación N° 2657-98/Lima, se pronuncia en el fundamento cuarto respecto a los requisitos de la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, bajo los siguientes términos:

Es necesario precisar que, la presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo

dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento...”

Por ello, la presunción de paternidad será consecuencia de la posesión de estado de esposo⁸, la que se fundamenta en lo siguiente:

esta determinación automática de la determinación de la filiación matrimonial se fundamenta en el matrimonio, que genera la obligación y presunción de vivir juntos, de guardarse fidelidad, de respetarse mutuamente y de actuar en interés de la familia y origina una filiación matrimonial. De las relaciones íntimas y exclusivas mantenidas por un hombre y una mujer, unidos en constante matrimonio, es habitual que nazcan niños. Niños que, normalmente, son biológicamente del marido. (Gonzáles, 2013, pp. 85,86)

En la misma línea se han pronunciado varios autores, ponderando la monogamia como aspecto fundamental para que la presunción de paternidad sea sostenible. Por ejemplo Sullón (2015) considera que “la presunción «pater is est» que sustenta la filiación matrimonial se basa en la configuración del matrimonio monógamo, que tiene reconocimiento actual en el derecho peruano y comparado” (p.25).

Del mismo modo, Grosman (como se citó en Vargas, 2011) afirma que “la presunción de paternidad del marido de la madre obra en un determinado contexto socio cultural; funciona dentro de la familia organizada de acuerdo con el actual modelo legal y constituye un efecto normal del matrimonio monogámico” (p.147).

⁸ Repárese que el artículo 376 del Código Civil establece de manera expresa lo siguiente “cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo”.

Por su parte, Monge (2003) señala que “la filiación se funda en los deberes de fidelidad y cohabitación de los cónyuges” (p.676).

Lo que sin duda es de trascendental importancia, pues la garantía del derecho a la identidad queda supeditada a que el reconocimiento que se efectúa en el marco de la presunción se ajuste a la verdad. A ello se puede agregar lo dicho por Zannoni y Bossert (como se citó en Vargas, 2011) respecto a que la presunción *pater is est* “satisface una necesidad social: que el niño cuente con un padre cierto desde el momento mismo del nacimiento”⁹.

Por otro lado, es preciso advertir que según disponía el artículo 362 del Código Civil, antes de su modificación en agosto de 2018, el hijo se presumiría matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o esta sea condenada como adúltera, en este caso se estaba frente a la presunción reafirmatoria de paternidad. Como señala Monge (s.f.):

es posible advertir que en el Derecho peruano la filiación se funda en una presunción de moralidad y no en la verdad biológica del vínculo de filiación. Consecuentemente, la voluntad individual juega un rol determinante en el establecimiento de la filiación. En efecto, dentro de nuestra legislación civil, la presunción de paternidad aparece como una obligación y como un derecho del marido.

El mismo autor cuando habla de obligación se refiere a que existe un compromiso implícito de reconocer y tratar a los hijos de su mujer como si fueran suyos.

Se puede concluir con lo afirmado por Zannoni y Bossert (citado por Vargas, 2011) en el sentido que “la presunción de paternidad es una regla que basándose en el principio de normalidad (*id quod plerumque accidit*), establece legalmente quién es el padre cuando se cumple determinados requisitos”.

⁹ En la actualidad, de acuerdo a lo señalado por Vargas (2011) “la presunción *pater is est* sí cumple un papel relevante en el reconocimiento de derechos”⁹ (p.152).

2.1.1.3. Dimensiones del derecho a la identidad y verdad biológica.

De acuerdo a lo establecido en el Informe Defensorial N° 100 el derecho a la identidad es un derecho humano, por lo tanto es “de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable”. A ello se agrega que es de contenido complejo, incluyendo entre otros aspectos el derecho a tener un nombre y apellidos, a contar con registros establecidos legalmente y a una nacionalidad.

En el mismo contexto, las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema hacen referencia a dos aspectos del derecho a la identidad: estático y dinámico.

En el fundamento quinto de la Consulta 3143-2009/Ancash la Sala de Derecho Constitucional y Social, señala que:

... a la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida, se sumarán luego en el transcurso del desarrollo de cada persona, otros elementos complementarios, uno de estos elementos complementarios y dinámicos es el referido a las relaciones familiares, la que instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano¹⁰.

En la Consulta 2777- 2009/La Libertad, la Sala en mención se pronuncia en el fundamento sétimo respecto al derecho a la identidad señalando que éste “debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos”, se refiere al estático y dinámico.

¹⁰ La Sala de Derecho Constitucional y Social se pronuncia en el mismo sentido en las Consultas: N° 670-2010/Lambayeque, N° 2861-2011/La Libertad, N° 1072-2011/Arequipa, N° 3038-2011/Ica y N° 1407-2012/Lambayeque.

En relación al primero señala que “está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y a un estado civil)”¹¹, en relación al segundo que:

Es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contienen múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; El [sic] conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás¹².

En esta línea García (como se citó en RENIEC, 2010) considera al derecho a la identidad como:

¹¹ En la misma Línea la Sala de Derecho Constitucional y Social se pronuncia en las consultas: N° 1712-2010/Santa, N° 1794-2010/Lima, N° 1975-2010/Lima, N° 2253-2011/Lima, N° 2561-2010/Lambayeque, N° 3688-2010/Puno, N° 4076-2010/Lima, N° 942-2011/Ica, N° 2039-2011/Lima Norte, N° 4164-2011/Lambayeque, N° 1598-2012/Lambayeque, N° 1870-2012/Lima Norte, N° 2802-2012/Arequipa, N° 3079-2012/Piura, N° 4666-2012/Lambayeque, N° 14320-2013/Lima, N° 15157-2013/Del Santa, N° 11957-2014/Lima Sur y N° 24227-2017/Lima. Cabe recordar lo señalado por Valle (2008) en el sentido que “en nuestra Constitución vigente se reconoce el derecho a la identidad como un derecho del hombre y que reemplaza a lo que la Carta de 1979 denominaba derecho al nombre, ambos son derechos muy parecidos pero no son lo mismo. La identidad personal quiere decir «uno mismo» y debe ser entendida por lo que uno es realmente. En cambio, el nombre es un medio de identificación e individualización de la persona, pero que no revela la total personalidad del sujeto, de ahí que se entienda a la identidad como un derecho más amplio” (p.316).

¹² En la misma Línea la Sala de Derecho Constitucional y Social se pronuncia en las consultas: N° 1712-2010/Santa, N° 1794-2010/Lima, N° 1975-2010/Lima, N° 2253-2011/Lima, N° 2561-2010/Lambayeque, N° 3688-2010/Puno, N° 4076-2010/Lima, N° 942-2011/Ica, N° 2039-2011/Lima Norte, N° 4164-2011/Lambayeque, N° 1598-2012/Lambayeque, N° 1870-2012/Lima Norte, N° 2802-2012/Arequipa, N° 3079-2012/Piura, N° 4666-2012/Lambayeque, N° 14320-2013/Lima, N° 15157-2013/Del Santa, N° 11957-2014/Lima Sur y N° 24227-2017/Lima. En la última consulta en mención, la Sala de Derecho Constitucional y Social señala de en el fundamento Noveno que “...dentro del derecho a la identidad se encuentra comprendido el derecho a la identidad biológica, entendiendo como el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal concordante con su identidad biológica, como se desprende de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”

un derecho de connotaciones binarias consistentes en la autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único y distinto de sus congéneres. En efecto, cada persona tiene signos distintivos formales y sustanciales (jurídicos, ideológicos y conductuales) que lo hacen esencialmente disímil a los demás, al margen por cierto de características naturales que son comunes a toda la especie humana (la libertad, la racionalidad, la sociabilidad). (p. 36)

A ello se debe agregar que en la Consulta 2777-2009/La Libertad, antes referida, de manera específica en el fundamento octavo, la Sala Suprema refiere lo siguiente:

En consecuencia, 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 todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado¹³, como un derecho fundamental de la persona tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza, sean estos temporales o materiales¹⁴.

Estará entonces el derecho a la identidad personal, vinculado en esencia a la verdad biológica. No se debe perder de vista que Varsi (2001) hace referencia al derecho a conocer el propio origen biológico, señalando que si bien no está

¹³ Según el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos...”

¹⁴ En la misma Línea la Sala de Derecho Constitucional y Social se pronuncia en las consultas: N° 1712-2010/Santa, N° 1794-2010/Lima, N° 1975-2010/Lima, N° 2253-2011/Lima, N° 2561-2010/Lambayeque, N° 3688-2010/Puno, N° 4076-2010/Lima, N° 942-2011/Ica, N° 1072-2011/ Arequipa, N° 2039-2011/Lima Norte, N° 4164-2011/Lambayeque, N° 1598-2012/Lambayeque, N° 1870-2012/Lima Norte, N° 2802-2012/Arequipa, N° 4666-2012/Lambayeque, N° 14320-2013/Lima, N° 15157-2013/Del Santa y N° 11957-2014/Lima Sur.

consignado en la Constitución, lo está de manera tácita en el derecho a la identidad.

En tal sentido, es indispensable establecer la diferencia que existe entre la identidad genética y la identidad filiatoria.

Kitainik mencionado por Zannoni (como se citó en Krasnow, 2012) se pronuncia respecto a la primera al considerar que “abarca el patrimonio genético heredado de sus progenitores biológicos, convirtiendo a la persona en un ser único e irrepetible”¹⁵ (p. 29), y respecto a la segunda que “resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia, en vinculación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres” (p. 232).

Un aspecto que debe ser resaltado es que según el fundamento tercero de la casación N° 950-2016/Arequipa “la verdad biológica es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política y tratados internacionales, por la cual cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente es su padre”. Posición compartida en parte, pues a nivel constitucional lo que se consagra es el derecho a la identidad, que incluye la verdad biológica, afirmar lo contrario obligaría a omitir el aspecto dinámico, vinculado a lo que se denomina la identidad filiatoria.

Respecto a la identidad filiatoria la Sala de Derecho Constitucional y Social en el fundamento sexto de la consulta 3143-2009/Ancash señala que esta:

¹⁵ Según afirma Mendoza (2015) “la identidad biológica conforma uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona y, por eso, no tiene condición de facultad conferida por el orden normativo a la voluntad de aquella. La identidad biológica, por tanto, no es un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil, del cual nace y se proyectan las relaciones de familia” (p. 58). El mismo autor indica que “el tema del derecho a la identidad genética y biológica ha sido muy trabajado últimamente. Se ha llegado a afirmar que, «mediando familia rescatable y vínculos biológicos acreditados, constituye un derecho subjetivo del menor que se agoten las instancias para permanecer en familia; se protegen así su identidad y la relación familiar, en tanto se trata de derechos personalísimos del menor y no se afecta su nombre, si se quiere llegar a mayores extremos en la conclusión»” (p. 60).

... consiste en el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal correspondiente, como se desprende de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del niño¹⁶, del cual el Estado peruano es signatario...

En este contexto, según establece Fernández (2009) el derecho a la identidad “supone el reconocer a cada persona, en cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática (cita omitida), implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquella de carácter social” (p. 112), de este modo:

la identidad posee una doble vertiente; de un lado, aquella estática, la que no cambia con el transcurrir del tiempo, la otra dinámica, que varía según la evolución personal y la maduración de la persona. La primera

¹⁶ La Convención establece en términos generales que se tiene el derecho a preservar la identidad. En el mismo sentido se pronuncia la Sala Suprema en las consultas: N° 670-2010/Lambayeque, N° 2861-2011/La Libertad, N° 3038-2011/Ica y N° 1407-2012/Lambayeque. A ellas se pueden agregar las consultas: N° 14320-2013/Lima y la N° 15157-2013/Del Santa, en las que se hace referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la que el derecho a la identidad no está reconocido de manera expresa, pero su protección se deduce del artículo 17 relativo a la protección de la familia: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo” y, del artículo 18 referido al derecho al nombre: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”. Y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que hace referencia al derecho a la identidad en el artículo 24: “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

de ellas, la estática ha sido la única que se consideró jurídicamente, hasta no hace mucho, como la identidad personal. Se le designaba comúnmente como identificación. Entre los elementos estáticos de la identidad personal que no varían, que son estables a través de la existencia, se encuentran entre otros, el código genético, el lugar y la fecha de nacimiento, los progenitores, las características físicas inmodificables, contorno somático, el nombre. (Mendoza, 2015, p. 57)

De acuerdo a Grández (2016) el derecho a la identidad en un sentido integral reconoce la existencia de “elementos objetivos (sociales) y subjetivos (personales)”, señalando que ambos niveles deben ser tutelados para garantizar su ejercicio, aclarando que “solo se entenderá como tutelado este derecho cuando no solo se reconozca de manera formal, sino que también se reconozca el elemento material de aquella identidad que es ejercida y desarrollada por la persona en su fuero individual y social”(p. 410).

El pronunciamiento de este autor es coincidente con lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02273-2005-PC/TC¹⁷, en los siguientes términos:

El derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)

Es preciso advertir que la herencia genética está consignada como parte del carácter objetivo del derecho a la identidad, mientras que la Sala de Derecho

¹⁷ En la Casación N° 2726-2012/Del Santa, específicamente en el fundamento octavo, la Sala Civil Transitoria hace referencia al derecho a la identidad, tomando en consideración lo establecido en esta sentencia.

Constitucional y Social hace referencia a la específica verdad personal como parte del aspecto dinámico, hasta el año 2015.

El año 2016, centra su atención en la verdad biológica, según figura en el fundamento noveno de la consulta N° 24227-2017/Lima:

...dentro del derecho a la identidad se encuentra comprendido el derecho a la identidad biológica, entendido como el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal concordante con su identidad biológica, como se desprende del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; normas que obligan al Estado a preservar la identidad de toda persona.

A partir del año 2018, se toma en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional, pero en la sentencia recaída en el expediente N° 4509-2011-PA/TC, en cuyo fundamento 9 figura lo siguiente:

Este colegiado ha dejado establecido en su jurisprudencia que la identidad a que se refiere el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributo esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc.; mientras que en los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.

Y lo establecido en el fundamento 10 de la sentencia emitida en mérito al expediente N° 550-2008-PA/TC en el sentido que:

... dicho atributo implica: «... doble carácter de rasgos, por un lado es objetivo (nombre, seudónimo, registros, herencia, características corporales, etc.) y, por otro, es de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.), pudiendo ser en muchos casos más relevante este último. En este sentido, este derecho implica distinguir a una persona frente a otras a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas, pudiéndose requerir de referentes mucho más complejos como la costumbre o creencias; por consiguiente, este derecho se concibe de una manera integral»...

Ahora bien, según lo manifestado por Placido (2008) “en cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales”.

Lo que se ve reflejado en el artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño en el sentido que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Y en el artículo 8.2 según el cual “cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”¹⁸.

¹⁸ Respecto al derecho a la identidad, según consta en Informe Defensorial N° 100 “al conferir reconocimiento legal por parte del Estado, genera un vínculo formal por el cual éste queda obligado a protegerlo ante cualquier situación u omisión que amenace sus derechos [sic] y, por otra parte, genera obligaciones a los ciudadanos y ciudadanas como miembros integrantes de la sociedad”. Se señala además que “el derecho a la identidad constituye uno de los supuestos para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, el cual podría verse afectado si el Estado, o cualquier persona, lo desconocen. El reconocimiento de este derecho resulta esencial para la construcción de una ciudadanía colectiva, entendida ésta como el desarrollo del sentido de pertenencia e integración a una determinada comunidad política en la cual se es sujeto de derechos y obligaciones”(p. 3).

No se debe perder de vista el artículo 3 de la Convención mencionada, pues dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Así, es preciso advertir que si bien existe vínculo entre el interés superior del niño y el derecho a la identidad, mantienen características que los diferencian. En efecto, respecto al primero, el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en el fundamento 6 de la Observación General 14, señala de manera expresa que “es un concepto triple”: por un lado lo considera como derecho sustantivo, bajo los siguientes términos:

el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

Por otro lado, lo considera un principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido que “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo”.

Y finalmente, una norma de procedimiento, señalando que:

siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o

los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos¹⁹.

En esta línea, según López (2013) “es el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de Niñez y Adolescencia” (p. 55) añadiendo en términos generales que puede ser definido “como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña” (p. 55).

Repárese entonces, en lo manifestado por Cillero, en referencia a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del «interés superior del niño» y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo «interés superior» pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo «declarado

¹⁹ En esta línea, según afirma Sokolich (2013) “el Principio del Interés Superior del Niño debe indiscutiblemente ser la guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial; sin embargo, su sola enunciación no constituye razón ni justificación suficiente de la decisión; peor aún, no puede instituirse como herramienta de la arbitrariedad, sino que, por el contrario, debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño”.

derecho»; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser «interés superior».

Siendo uno de esos derechos, no cabe duda, el derecho a la identidad. Así, según se establece en el artículo 8:

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño y preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente a su identidad

2.1.2. Acción contestatoria

2.1.2.1. *Negación e impugnación de paternidad.*

En palabras de Varsi (2013) siempre ha existido una preocupación permanente respecto a la determinación de la paternidad, en relación a dos aspectos:

en primer lugar, por los efectos que ello genera y segundo por el tema de su probanza y fijación exacta (*pater Semper incertus*). Es por este esquema que se argumentaron las presunciones de paternidad a efecto de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden. (p.129)

En lo que respecta a la filiación matrimonial, en el Código Civil se establecen las acciones de contestación y reclamación²⁰. Como señala Vargas (2011) “las acciones de contestación son las de negación o desconocimiento de paternidad, impugnación de la paternidad e impugnación de la maternidad” (p.

²⁰ Según el artículo 373 del Código Civil “el hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos”.

62). Ahora bien, para explicar la diferencia que existe entre negación e impugnación el autor en mención cita a Cornejo, quien la explica bajo los siguientes términos:

la primera (se refiere a la negación) se funda en que el hijo ha nacido antes de cumplidos los 180 días desde la celebración del matrimonio, mientras que la segunda se sustenta en el hecho que el hijo ha nacido luego de este periodo. De otro lado, existe diferencia en razón de la probanza, ya que mientras en el primer caso la carga de la prueba recae sobre el hijo y la madre, en el segundo caso es el marido quien debe probar la ausencia de paternidad. (p. 62)

En tal sentido, la negación se presenta cuando el hijo de una mujer casada no está amparado por la presunción *pater is est*, materializándose lo contrario cuando se está frente a la impugnación.

No obstante el artículo 363 del Código Civil recoge los supuestos de negación e impugnación de manera indistinta. En efecto, según el inciso 1 procede la negación de paternidad cuando “el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio”, en este caso se está frente a la posibilidad de negar la paternidad, basta con demostrar que la concepción se produjo antes del matrimonio.

Otro caso de negación de paternidad se presenta en atención a lo dispuesto en el inciso 3, según el cual es factible la negación “cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período”, como es evidente la separación suspende deberes entre los cónyuges dentro de los que figura la cohabitación. Mientras que en el inciso 2 se presenta un claro supuesto de impugnación, aunque se considere que la negación es factible “cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo”, la pretensión se basa en la fecha probable de la concepción.

La norma contenida en el inciso 4 está también vinculada a un supuesto de impugnación, pues está referida a la impotencia absoluta, bastará con demostrar la imposibilidad física para mantener relaciones sexuales durante el período de concepción, rebatiendo la presunción *pater is est*.

El inciso 5, sirve de apoyo a los supuestos desarrollados, al contener una norma que posibilita la negación:

cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza

Ahora bien, Plácido (2008) señala que de surgir una controversia en relación a la paternidad matrimonial del hijo de una mujer casada, el ordenamiento civil vigente pondera de manera preferente la subsistencia de la presunción de paternidad matrimonial, pese a la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial. Considera que la doctrina nacional ha expuesto los fundamentos de esta solución resumiéndolos de la siguiente manera:

a) la acción de impugnación de la paternidad matrimonial corresponde sólo al marido, en consecuencia, su inactividad procesal implica la aceptación de tal paternidad que viene impuesta por la ley; b) la presunción de que las personas casadas cumplen sus deberes conyugales y, por tanto, se supone que el embarazo de una mujer casada es obra de su marido; y, c) el matrimonio es la única fuente de la que surge la familia y requiere protección, por lo que la defensa de la tranquilidad de los hogares requiere de ciertas prohibiciones específicas recogidas por el ordenamiento legal.

2.1.2.2. Titulares de la acción y plazo

Según lo dispuesto en el artículo 364° del Código Civil la acción contestatoria puede ser interpuesta por el marido, siempre que sea dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar; o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente²¹. En efecto, según afirma Monge (s.f.):

El derecho a la filiación matrimonial se funda en el principio tradicional de que solo el marido tiene legítimo interés para negar la paternidad del hijo de su mujer. Únicamente el marido puede interponer la acción correspondiente para destruir la presunción de paternidad que se deriva del matrimonio²². Y aun cuando la contestación pueda ser ejercida, después de su muerte, por sus herederos o ascendientes, es el marido el titular de la acción. (p. 631)

Respecto a la titularidad, García (2001) en referencia al Código Civil español señala con acierto que se niega “la legitimación *iure proprio* a la madre para

²¹ Se puede considerar lo señalado por Monge (s.f.) en el siguiente sentido: “Al silencio del marido durante el lapso de 90 días la ley le atribuye un efecto negativo, esto es la imposibilidad de contestar posteriormente la paternidad. Pero el silencio puede también ser interpretado como un reconocimiento tácito de paternidad. En cualquiera de las hipótesis, la abstención del marido de interponer la acción contestatoria nos permite presumir bien el perdón de la infidelidad, bien la resignación del engaño”. A ello agrega de manera acertada que “el legislador no contempla aquella hipótesis en la cual el nacimiento hubiera sido escondido al marido. Es dable suponer que, en este caso, el plazo de 90 días para interponer la acción contestatoria debe contarse desde el momento del descubrimiento del acontecimiento. Sin embargo, corresponderá al marido probar el fraude del cual ha sido víctima”.

²² Tómese en cuenta lo manifestado por Grosman (como se citó en Muro y Rebaza, s.f.), quien considera que la opción recogida en el Código Civil respecto a la titularidad de la acción contestatoria se basa en los siguientes argumentos: a) El desconocimiento de la paternidad constituye una afirmación de la infidelidad de la cónyuge. Ello la convierte en una cuestión de honor en que el marido es el único juez. b) El esposo es el único afectado por la conducta infiel de su esposa y por ende, se encuentra en condiciones de perdonar. De ahí que no resulte admisible la intervención de terceros en esta decisión. c) La contestación de la paternidad es un derecho potestativo constituido en exclusivo interés del marido. De ahí que se encuentre en plena libertad de ejercerlo o no. d) Aun cuando es posible determinar científicamente la paternidad, el interés para sacar a luz la verdad de una situación de hecho debe ceder ante el interés de la familia. En este caso, se otorga al esposo la facultad de apreciar dicho interés”.

impugnar” (p. 112) debido a que es inadmisibile que la misma alegue su propia infidelidad. Con la atingencia que en España la madre puede representar a su hijo a efecto de impugnar la paternidad, como se establece en el segundo párrafo del artículo 137.1 del Código en mención:

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

En esta línea de pensamiento Rebas (s.f.) considera que “se rechaza la posibilidad de que la cónyuge pueda demandar la contestación porque dicha pretensión se sustentaría necesariamente en su adulterio, lo cual atentaría contra la prohibición de invocar hecho propio”²³.

Un argumento interesante que plantea García (2001), por el que se critica la exclusión de la legitimación de la madre para impugnar la paternidad en nombre propio, es la verdad biológica, en el sentido que se limita su constatación, pues se impide su discusión a quien conoce la verdad respecto a la paternidad. De manera expresa señala:

que la verdad biológica tiene dos facetas, positiva y negativa: establecer la verdad, destruir la falsa filiación. Se garantiza su primacía si se le permite ejercer la acción que conduzca a su establecimiento con la correlativa destrucción de la falsa filiación... (acción de reclamación-impugnación...), además de que, en todo caso, puede cooperar al desvelamiento de la verdad en tanto que está pasivamente legitimada en todo proceso de filiación... La acción de reclamación-impugnación es el caso en que por excelencia se busca la verdad biológica.

²³ Según manifiesta Ortiz (1991) “...la imposibilidad de venir contra un hecho propio responde a una perspectiva objetiva de la buena fe” (p. 274).

No se debe perder de vista la norma contenida en el artículo 367 según la cual “la acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado”.

Esta posibilidad se basa en un interés económico, en el sentido que la masa hereditaria se incrementaría de ampararse la pretensión, al no existir vínculo biológico, dejando de lado la posesión de estado.

El Código Civil no otorga la titularidad para impugnar la paternidad al hijo, un argumento bastante objetivo por el que se cuestiona esta situación es el planteado por Grosman (como se citó en Muro y Rebaza, s.f.):

Nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado la igualdad de derechos, tanto para los hijos legítimos como para los ilegítimos. En este sentido, no encontramos razón para conceder a los hijos ilegítimos el derecho a reclamar la paternidad y, en el caso de los hijos legítimos que no tienen el vínculo biológico con el cónyuge de su madre, negarles el derecho a destruir ese vínculo y a demandar la filiación de su verdadero padre. Así, el artículo 407 del Código Civil faculta al hijo para reclamar la paternidad a quien considere su padre, sin distinguir entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

Respecto al plazo, se considera que la brevedad del mismo “se explica en razón del carácter grave de las consecuencias que genera la contestación de la paternidad” (Monge, s.f.) En efecto, es preciso que los intereses del menor estén garantizados cuanto antes.

Otro aspecto de suma importancia que es preciso considerar es el relativo a la necesidad que la paternidad no se encuentre en estado de incertidumbre por mucho tiempo.

En este contexto, no se puede omitir la posesión de estado, que implica el disfrute de determinado estado de familia, sin que exista un título específico sobre el mismo.

Para Varsi y Chávez (2010) la posesión de estado respecto a la filiación²⁴ es “la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica” (p. 58). El mismo autor cita a Lobo, que hace referencia al estado de filiación, señalando que este se identifica en cuanto se materialicen ciertos componentes:

- (i) tractatus comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres);
- (ii) nomen (la persona tiene el nombre de familia de los padres); y, (iii) fama (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades)” (p. 58).

Cuando se está frente a una realidad legal, más no biológica, es preciso poner atención a lo que se denomina filiación socio afectiva. Varsi (2013) desarrolla aspectos vinculados a la misma citando a dos autores. Por un lado, toma en cuenta a Duarte para quien “el derecho a la filiación no es solamente el derecho a la filiación biológica es, también, el derecho a la filiación vivida”²⁵ (p. 599), y por otro a Farias en el sentido que la filiación:

²⁴ En el Código Civil Venezolano, la posesión de estado está regulada de manera expresa en el artículo 214, bajo los siguientes términos: “La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer. Los principales entre estos hechos son: - Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre. - Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre. - Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad”.

²⁵ Repárese en lo señalado por Kelmelmajer (como se citó en Krasnow, 2014) en el sentido que es preciso distinguir entre el derecho a la identidad y filiación, así “la diferencia sustantiva a señalar es que mientras el derecho a la identidad (cita omitida) en su aspecto estático comprende el acceso a la verdad de origen; el derecho a la filiación refiere al derecho de toda persona a contar con un emplazamiento con doble

no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encauzando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socio afectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento de que realmente son parientes en primer grado entre sí. (p. 597)

En esta línea, Días (s.f.) considera que el concepto de filiación tiene nuevos alcances tanto a nivel doctrinario, como jurisprudencial, de manera expresa señala que “se empezó a hablar en –parentalidad socio afectiva-hecho jurídico compuesto de elementos sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas” (p. 85).

La misma autora cita a Luiz Edson para quien, “la verdadera paternidad no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socio afectiva” (pp. 85-86). Además, cita a Dlenki, quien considera que:

casi siempre la paternidad se identifica con la verdad biológica. Pero el parentesco ha dejado de mantener, necesariamente, correspondencia con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En estas hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad natural²⁶. Delante de los nuevos referenciales, ya no se puede buscar en la verdad jurídica o en la realidad biológica la identificación de los vínculos familiares.

vínculo filial, el cual puede fundarse en el elemento biológico (procreación natural) o en el elemento volitivo” (p. 18).

²⁶ No se puede perder de vista lo manifestado por Montagna (2016) para quien “la paternidad psicológica se refiere a una persona que tiene relación parental con un niño, este o no ligado biológicamente” (p. 225).

2.2. Marco conceptual

- **Acción contestatoria:** “Puede impugnarse por no ser verdadera la maternidad, la paternidad o el matrimonio a la época de la concepción o nacimiento del hijo” (Coral, 2003).
- **Derecho a la identidad:** “Reconocido universalmente como derecho fundamental del ser humano, engloba una conjunción de rasgos particulares y únicos que definen a la persona como un ser existente y aceptado dentro de un determinado campo social y real” (Flores s.f.).
- **Derecho Constitucional:** “Es un derecho que define la estructura del Estado y su funcionamiento, con el objeto de salvaguardar la libertad de los seres humanos en una convivencia pacífica; y para ellos, establece los derechos mínimos de los destinatarios del poder público y establece un régimen acotado de competencias para los detentadores del poder. De esa manera el Derecho Constitucional al organizar el funcionamiento del Estado, define dos de sus funciones principales: a) Organiza y define el funcionamiento del poder público y, por lo tanto, el régimen competencial de sus agentes; y, b) Los derechos de los destinatarios frente al poder público. Ambas funciones implican el ejercicio mínimo de un Estado de Derecho” (Quiroz 2005).
- **Filiación:** “Relación resultante de la vinculación de una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico y más restringidamente, la que vincula al hijo con sus padres)” (Cornejo 1987).
- **Filiación matrimonial:** En palabras de Peralta (como se citó en Sullón, 2015) “la filiación matrimonial proviene de los términos latinos FILIUS y MATRIMONIUM o hijo que procede de padre y madre casados, dicho de otro modo, son hijos matrimoniales los nacidos de padres que han contraído nupcias de acuerdo con las leyes vigentes” (p. 19).

Se distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial. La filiación matrimonial y extramatrimonial “deben su origen al derecho Romano, sin perder de vista que: la tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar), en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes” Varsi (como se citó en Moscol, 2016, p. 46).

- **Interés superior:** “El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores. El interés superior del menor es un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento” (ACNUR, 2008).

- **Verdad biológica:** Según el fundamento 3 de la Casación N° 950-2016/Arequipa: “La verdad biológica es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política y tratados internacionales, por la cual cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente es su padre”.

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, señala en el fundamento noveno de la Casación N° 24227-2017/Lima, “...dentro del derecho a la identidad se encuentra comprendido el derecho a la identidad biológica, entendiendo como el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal concordante con su identidad biológica, como se desprende de las

disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”.

- **Impugnación de paternidad:** Es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando en unión marital de hecho se presume la paternidad; sin embargo, estas presunciones hoy admiten prueba en contrario.
- **Plazo de la acción:** Jurídicamente el plazo es el tiempo legal o contractualmente establecido que ha de transcurrir para que se produzca un efecto jurídico. Cuando se habla del plazo de la acción, nos referimos específicamente al plazo procesal, definido como el tiempo en que debe realizarse un acto procesal. Son: Plazo legal, plazo convencional, plazo judicial, plazo común, plazo particular, plazo prorrogable, plazo improrrogable, falta de plazo, plazo perentorio o preclusivo y plazo no perentorio (Cornejo 1987).

2.3. Antecedentes empíricos de la investigación

A. Antecedentes internacionales

– Madrid (2015) presentó la tesis: *Impugnación de paternidad. Legitimación en causa y caducidad de la acción*, en la Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: La identidad es un derecho personalísimo, que lo hemos definido en toda su amplitud. Pero no deja de sorprendernos el sentido y alcance que se le ha dado como derecho en la jurisprudencia ecuatoriana. Hay varios criterios, que incluso yo compartía al inicio de esta investigación, que priorizan la realidad biológica al momento de definir el vínculo jurídico de la filiación. Bajo esta postura, la simple comprobación de la inexistencia del nexo biológico es fundamento suficiente para desvincular a un padre o

madre de su hijo. La Corte Nacional sin menoscabar la importancia de la verdad biológica que se sustenta en la prueba de ADN, sostiene que ésta no es decisiva para determinar la filiación de una persona, puesto que se deben tomar en cuenta otros aspectos de su identidad personal. Se han dictado fallos que acogen la postura del profesor francés Philippe Malaurie que sostiene que en materia de filiación existen muchas verdades, la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo); la del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida, vivifica y refuerza el vínculo). De esta manera, la Corte Nacional ha rechazado demandas basadas en pruebas de ADN que excluyen la paternidad del actor; en aras de proteger al hijo evitando todo tipo de injerencias en su vida familiar. Podemos ver que el análisis no se limita a la existencia del vínculo biológico, sino que se extiende al marco familiar y afectivo dentro del cual ha crecido el hijo, tomando en cuenta su desenvolvimiento en la sociedad, frente al Estado y con todas aquellas personas con las cuales ha establecido vínculos de parentesco. Si una persona ha sido conocida en sus relaciones paternas filiales de una forma específica, no es viable que se le despoje de un estado de familia que le ha reportado ventajas y beneficios de índole afectivo.

Segunda: La Corte Nacional en el precedente jurisprudencial indicado anteriormente, excluye al reconociente de los legitimados activos para entablar una acción de impugnación de reconocimiento voluntario, sin perjuicio de que ésta prospere por vía de nulidad. ¿Qué sucede si el reconociente válidamente ha suscrito el acta de reconocimiento pero ha sido víctima de un engaño? Se podrá aducir error, fuerza o dolo, más hay que reconocer la dificultad de probar estos hechos en la práctica. La Corte Nacional tiene razón al decir que, en un mal entendido acto de generosidad muchos hombres deciden reconocer a una persona como hijo, y tras arrepentirse entablan la acción correspondiente. La ley prevé estos casos al poner trabas como la irrevocabilidad del reconocimiento y las causales del artículo 251 del Código Civil. Es decir, que ya existían suficientes obstáculos para que la acción no prospere. Se ha dicho que el verdadero espíritu de la

norma es dar la legitimación activa a los padres biológicos. A mi parecer, esta solución lo único que hace es zanjar el legítimo derecho del reconociente a impugnar su propio acto bajo las condiciones legales taxativamente enumeradas. El precedente jurisprudencial en mención, despoja al reconociente de un derecho válido. Con esta exposición, no pretendo apoyar una paternidad libre e irresponsable, pero sí invitar a la reflexión sobre las decisiones judiciales que se toman en base a un mal entendido concepto de identidad e interés superior del niño.

Tercera: Hay quienes niegan que una familia pueda fundarse en una mentira, es decir, cuando entre sus miembros no existen vínculos reales de sangre y uno o ambos progenitores son conscientes de ello. Los que apoyan este enunciado se pronuncian a favor del principio de la verdad biológica. No así la Corte Nacional, para quien la identidad de una persona no se limita al conocimiento de sus padres biológicos, sino que se forja de distinta manera. La tendencia de la jurisprudencia ecuatoriana ha sido considerar a la identidad de una persona, como el conjunto de características que lo individualizan en sus relaciones sociales, profesionales, familiares, culturales y políticas que se han dado a lo largo de su vida.

Cuarta: El plazo de caducidad de la acción evita que la filiación del hijo esté sujeta a constantes cuestionamientos, permitiendo que el menor goce de un estado civil inalienable, indivisible, oponible y permanente. Es el hijo y no el padre el que debe ser protegido en esta situación puesto que al ser la identidad un derecho personalísimo, su pérdida sólo puede afectar a la persona a la que se le despoja de sus caracteres individualizantes. El que la acción no tenga límite temporal para el hijo, halla justificación suficiente en el hecho de que él es el principal interesado en todo lo que pueda afectar a su identidad.

Quinta: Sólo la notoria contradicción entre un precepto jurídico y la Constitución da lugar a la declaratoria de inconstitucionalidad. Los operadores de justicia tienen la obligación de analizar correctamente el alcance y sentido de la norma jurídica cuya constitucionalidad ponen en

duda, para proceder a elevar una consulta a la Corte Constitucional. Tal fue el caso de la resolución de Registro Oficial N° 607 de 08 de Junio del 2009 que describimos en el presente trabajo, en la que los magistrados se pronunciaron a favor del plazo de caducidad aduciendo que éste resguarda la identidad del hijo al evitar que su filiación permanezca indefinida por mucho tiempo.

Sexta: Salvo el marido o conviviente de la madre, herederos o ascendientes del marido y el hijo; nadie más puede impugnar la paternidad. De lo contrario, la ley hubiera incluido a otras personas en su enumeración taxativa, o la jurisprudencia hubiera ampliado el abanico de legitimados activos. Así, zanjamos la posibilidad de que la madre o un tercero que alegue ser el padre biológico tengan legitimación en causa para impugnar la paternidad.

– Flores (2006) presentó la tesis: *Análisis de las vicisitudes judiciales en los casos de paternidad y filiación, y la necesidad de que se adecue el artículo 201 del Código Civil con respecto a la impugnación por parte del marido*, en la Universidad de San Carlos de Guatemala. Se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: La familia forma parte esencial de la sociedad, y al regularse como un derecho, constituye un conjunto de normas, principios, instituciones que tratan de lograr con su aplicación armonía entre los miembros de una familia, en función de la paz social.

Segunda: Que, en la actualidad, se ha incrementado las convivencias de hecho, más no los matrimonios, así también, en contrapartida, también se ha incrementado el número de separaciones y de divorcios, todo lo cual trasciende en perjuicio gravemente de los hijos.

Tercera: Que en el caso de la impugnación de la paternidad, es una facultad que la ley le otorga con exclusividad al marido, y que debe cumplirse determinados requisitos, existiendo una limitación para el marido respecto de

ello, así como que la norma relacionada hace que el marido cometa error, dolo, que trasciende en un reconocimiento ilegal o ilegítimo por parte de una persona que no es el padre de dicho menor, transgrediendo normas de carácter internacional en protección de los menores como lo es la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Cuarta: Que el procedimiento para la impugnación de la paternidad por parte del marido, es a través de la vía ordinaria, así también, colateralmente, puede el marido impugnar de nulidad el matrimonio tomando en consideración el plazo señalado, aunque en la actualidad, por existir técnicas avanzadas para conocer sobre un embarazo, no tiene razón de ser, sino más bien, debe adecuarse la norma a las realidades concretas, que tengan como función contribuir a la paz social y armonía entre los miembros de una familia, cuando surgen controversias que son de conocimiento de un juez.

Quinta: Que existen otros supuestos dentro de los cuales, puede encontrarse el marido y la mujer con respecto a la paternidad legítima o ilegítima de los hijos, los cuales no contempla la ley, especialmente el Artículo 201 del Código Civil, los cuales, deberán ser revisados y actualizados por los legisladores.

B. Antecedentes nacionales

– Macedo (2016) presentó la tesis: *El reconocimiento del padre biológico a hijo de mujer casada y la vulneración constitucional del derecho a la identidad del menor. Casación N° 2726-2012 Del Santa-* caso, en la Universidad Científica del Perú. Se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: El derecho a la identidad, engloba un conjunto de derechos inherentes a toda persona, y en especial sentido, a todo niño. Abarca el derecho al nombre, nacionalidad, filiación, entre muchos otros que resultan necesarios para configurar el verdadero universo del menor.

Segunda: El derecho a la filiación es un derecho derivado, del derecho a la identidad, consagrado en el conglomerado de instrumentos jurídicos reconocidos en nuestra normativa.

Tercera: La legislación en materia de filiación extramatrimonial, aún cuenta con unos vacíos legales, que en la praxis, traen consigo, problemas que resultan de la falta de adecuación de la norma con la realidad social.

Cuarta: La normativa respecto a la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada, desde nuestra perspectiva, no es pertinente y adecuada, con la realidad social, además, no es una ley, que ayude a la resolución del conflicto que se genera entre las partes en pro del menor, por el contrario, puede en la aplicación procesal, generar un daño este último, al prevalecer la prueba legal, por sobre la prueba biológica.

Quinta: Los jueces deben aplicar la ley en los procesos judiciales, sin embargo, si afecta principios supremos, como el referido "interés superior del niño", deben ellos adecuarse al caso específico, y solucionar el conflicto que pueda generarse (ya sea de carácter ético o legal) y decantarse por una sentencia favorable al menor, a pesar de que ello implique, no aplicar la referida ley.

Sexta: Es necesario una reforma en la legislación en materia de filiación extramatrimonial, siguiendo un monitoreo pertinente, y revelando las estadísticas de estos procesos, que impliquen que la norma se adecue, en estos casos, a proteger y velar por el menor y su desarrollo pleno como persona.

Séptima: Se debe sensibilizar y fomentar el que los jueces sepan defender los derechos constitucionales y la constitucionalidad de las leyes a través del método difuso.

Se debe tener en cuenta la fiscalización de la aplicación del control difuso por parte de los miembros del Tribunal Constitucional, quienes tienen la

facultad y potestad de aplicar el control concentrado, para hacer un seguimiento a jueces corruptos que aprueben leyes o resoluciones inconstitucionales.

Generar y difundir doctrina y/o jurisprudencia sobre el Control Difuso, como método de control de la constitucionalidad, con la finalidad de obtener jueces imparciales.

Se debe sensibilizar y fomentar el que los jueces sepan defender los derechos constitucionales y la constitucionalidad de las leyes a través del método difuso.

Octava: Se debe tener en cuenta la fiscalización de la aplicación del control difuso por parte de los miembros del Tribunal Constitucional, quienes tienen la facultad y potestad de aplicar el control concentrado, para hacer un seguimiento a jueces corruptos que aprueben leyes o resoluciones inconstitucionales.

– Sullón (2015) presentó la tesis: *Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada*, en la Universidad Nacional de Piura. Se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: Se concluye que la aplicación de la presunción Pater Is Est recogido [sic] en el artículo 364 del Código Civil en la cual se basa el plazo de caducidad establecido para la impugnación de paternidad matrimonial y su vigencia mientras dure el vínculo matrimonial afecta el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de mujer casada, derecho fundamental recogido en nuestra Carta Magna e Instrumentos Internacionales.

Segunda: Independiente de la seguridad jurídica, de la protección a la integridad de la familia, la consagración del matrimonio que es aquello en que se asienta el principio pater is est, no es menos cierto que el avance de

la tecnología (como prueba de ADN que permite saber con certeza la relación biológica entre padre e hijos estableciendo una filiación verdadera) ha traído consigo el establecimiento de nuevos principios como la libre investigación de la paternidad y derecho a la verdad biológica que actualmente son los pilares del Derecho a la Identidad con respecto al establecimiento de la Filiación.

Tercera: El principio favor legitimatis (favor de la verdad formal) es un principio que afecta el Derecho a la Identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada, como derecho fundamental teniendo el carácter de imprescriptible.

Cuarta: La vigencia de la presunción Pater Is Est, ha quedado con el paso del tiempo desfasada y no resulta pertinente en la actualidad ya su aplicación, teniendo en cuenta el principio actual que rige las acciones de filiación es el principio es el derecho a conocer la verdad biológica, el cual está siendo considerado por la mayoría de doctrinarios y derecho comparado como fuente del derecho a la Identidad, teniendo en cuenta que el Código Civil peruano fue y sigue siendo pensado sobre premisas desfasadas, niega la realidad en que vivimos y se tropieza día a día con relaciones familiares nuevas.

Quinta: El establecimiento de la Filiación engloba derechos y deberes provenientes de la patria potestad así como derechos sucesorios y al aplicar la presunción pater is est concerniente al plazo establecido en el artículo 364 se afectan estos derechos en un sentido negativo de igual forma para el presunto padre a quien la ley le ha establecido la filiación matrimonial y por lo tanto tendrá ante el presunto hijo que cumplir si o si las obligaciones como la alimentaria si es menor de edad o mayor incapaz, porque el sistema legal le cierra la posibilidad de demostrar fehacientemente su presunta paternidad.

– Vargas (2011) presentó la tesis: *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984*, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Se arribó a las siguientes conclusiones:

Primera: La dinámica familiar actual producto de las transformaciones socioeconómicas constituyen un aliciente en la transformación constante del Derecho de Familia y viceversa.

Segunda: Las relaciones familiares que surgen en la sociedad merecen ser amparadas por el Derecho de Familia y le imprimen, a su vez, un fuerte contenido ético, moral, político y social, que lo convierte en un Derecho humanista, específico y singular. Dicho contenido determina una regulación y aplicación sustantiva y procesal diferentes al resto de las ramas del Derecho, así como la necesidad de instrumentación de mecanismos que como la Mediación contribuyan a la resolución pacífica de los conflictos de índole familiar.

Tercera: El análisis del derecho de familia y, en concreto, de la presunción pater is est se debe realizar con parámetros de derecho constitucional e internacional de los derechos humanos, en la medida que estos ejercen influencia sobre el primero, ya que de acuerdo al principio de jerarquía la Constitución es la norma máxima del ordenamiento, lo que es consecuencia del fenómeno denominado «constitucionalización del derecho».

Cuarta: Los principios constitucionales que influyen en la filiación en el ordenamiento peruano son: El principio de igualdad, unidad de la filiación, protección integral del niño, protección de la familia, la libre investigación de la paternidad y el derecho a la identidad.

Quinta: La presunción pater is est ha pasado de proteger el derecho al honor del marido y la unidad de la familia a amparar el derecho del hijo a la identidad. Esta concepción proveniente del derecho romano, y acentuada con el Código Napoleónico, ha inspirado la regulación legislativa de la filiación matrimonial y las acciones de estado vinculadas a dicho instituto.

Sexta: Los elementos esenciales del derecho a la identidad que se definen a partir de la filiación son: A. el nombre y B. las relaciones familiares: conocer a sus padres, lo que implica un vínculo con la verdad biológica y a ser

cuidado por ellos. Conviene señalar que ninguno de estos elementos resulta ser determinante sobre el otro para definir el contenido de la identidad a partir de la filiación, sino que todos son igualmente relevantes.

Séptima: Antes que promover la supresión de la presunción pater is est, lo que se debe hacer es flexibilizar su diseño en el ordenamiento peruano. Mantenerla 237 otorga seguridad y protección al hijo nacido dentro del matrimonio, eliminarla sería más gravoso para el niño/a.

Octava: La vigencia de la presunción pater is est en el ordenamiento peruano no supone un atentado contra el principio de igualdad y no discriminación. Por el contrario, no es posible equiparar los deberes y obligaciones que se derivan del matrimonio con otras formas de relación entre parejas que no generan esta serie de consecuencias jurídicas. Lejos de quedar desfasada, la presunción de paternidad también podría extenderse para el régimen de las uniones de hecho.

Novena: En el caso del presunto padre biológico, hay quienes admiten su legitimidad, otros que la restringen, y aquellos que admiten una tesis ecléctica basada en la protección de los derechos del niño, como el derecho a la identidad, por lo cual esto se resuelve dependiendo del caso en concreto y en atención al interés superior del niño.

Décima: En el ámbito jurisprudencial, la forma de resolución de una demanda de impugnación de paternidad matrimonial no tiene una resolución unívoca, es casuística. A menudo se tendrá que valorar u optar entre el derecho a la identidad (verdad biológica, nombre y relación con los padres) y la posesión de estado, todo ello analizado desde la perspectiva del interés superior del niño. Existe jurisprudencia peruana que valora el interés superior del niño como criterio para resolver casos en los que se involucran sus distintos derechos y se analizan instituciones del derecho de familia. Estas sentencias sirven para sustentar los fundamentos de nuestra propuesta de resolución de casos.

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis

a. Hipótesis general

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria sin que exista incompatibilidad con una de rango constitucional.

b. Hipótesis específicas

1. El argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se garantiza el derecho a la identidad al establecer quien no es el padre biológico es incorrecto porque ello no permite la materialización de ninguno de los elementos que lo conforman.

2. El argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica es incorrecto porque a través de la acción contestatoria se cuestiona únicamente la filiación matrimonial generada por el reconocimiento efectuado en mérito a la presunción de paternidad.

3.2. Identificación de categorías

Cuadro N° 01: Categoría y Subcategorías

Categorías	Subcategorías
Derecho a la identidad del hijo matrimonial	<ul style="list-style-type: none">– Filiación de paternidad matrimonial– Presunción de paternidad– Dimensiones del derecho a la identidad– Verdad biológica
Acción contestatoria	<ul style="list-style-type: none">– Negación de paternidad– Impugnación de paternidad– Titulares de la acción– Plazo de la acción contestatoria

Elaboración propia.

CAPÍTULO IV METODOLOGÍA

4.1. Diseño metodológico

Enfoque de la investigación	Cualitativo documental: La investigación cualitativa estudia las características y cualidades de un fenómeno (de ahí su nombre). Este último grupo pertenece a la investigación documental, porque trata de interpretar la realidad a través de documentos y otras fuentes de información. Según Baena (1985), la investigación documental es una técnica que consiste en la selección y compilación de información a través de la lectura y crítica de documentos y materiales bibliográficos, bibliotecas, bibliotecas de periódicos, centros de documentación e información. Se han seleccionado y compilado un número de treinta consultas emitidas por las Salas de Derecho Constitucional de la Corte Suprema correspondiente a los años 2010 (10 casos); 2011 (6 casos), 2012 (06 casos), 2014 (02 casos), 2015 y 2017 (un caso por cada año), de los cuales se han detallado los argumentos de 18 consultas que tienen el mismo fundamento para la inaplicación del artículo 364 del Código Civil, y también se pondera el criterio en voto singular emitido en la consulta N° 134-2018/Lambayeque, por el Juez Supremo Wong Abad.
------------------------------------	--

	<p>También se ha revisado casaciones emitidas por la Sala de Derecho Civil de la Corte Suprema a partir de 1998 (01 caso), 2013 (02 casos), 2016 (02 casos); y, 2018 (01 caso), de los cuales hemos concluido que contrario al criterio adoptado por la Sala de Derecho Constitucional, se ha ponderado no solo el derecho a la verdad biológica, sino también a la identidad filiatoria, pues no solo toma en cuenta resultados de una prueba de ADN sino también la identidad filiatoria a partir de un informe psicológico del titular de la identidad.</p>
<p>Tipo de investigación</p>	<p>Dogmático exploratorio:</p> <p>La investigación dogmática, es un tipo de investigación que propone el estudio del ordenamiento jurídico para conocerlo y mejorarlo. Por otro lado, la investigación exploratoria, es la que se realiza para conocer el contexto sobre un tema que es objeto de estudio (Witker, 1995).</p> <p>El trabajo se sustenta en la revisión de las consultas emitidas por las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en cuanto al plazo de caducidad de la acción contestaría para determinar que la Sala en mención aprueba de manera incorrecta las resoluciones consultadas.</p>

4.2. Unidades de análisis

- Consultas emitidas por las Salas de Derecho Constitucional y Social que aprueban resoluciones elevadas en consulta por la inaplicación del artículo 364 del Código Civil.
- Casaciones emitidas en procesos de impugnación de paternidad matrimonial.

4.3. Técnicas de recolección de información

- a. Técnica: Análisis documental.
- b. Instrumento: Ficha de análisis (anexos III y IV).

4.4. Técnicas de análisis e interpretación de la información

La información contenida en las consultas y casaciones materia de investigación será sistematizada para su posterior análisis, utilizando cuadros con tal fin, cuando corresponda.

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Procesamiento, análisis, interpretación y discusión de resultados

Como ya se mencionó, la Sala de Derecho Constitucional y Social tiene la potestad de aprobar las resoluciones que le son elevadas en consulta en el marco de la aplicación del control difuso. La decisión de la Sala tiene efectos vinculantes para las partes, más no trascendencia *erga omnes*.

A ello se debe agregar que los jueces de primera y segunda instancia aplican el control difuso de forma discrecional cuando identifican algún tipo de incompatibilidad entre una norma con rango legal y otra constitucional, con la atingencia que existen otros jueces cuyo pronunciamiento transita por una línea diferente, pues aplican la norma convalidando su constitucionalidad.

Centrando la atención en la impugnación de paternidad matrimonial, por medio de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se establece el plazo y la titularidad de la acción, cuya aplicación para algunos jueces posibilita la vulneración del derecho a la identidad, posición que hasta el 2018 viene siendo avalada de manera incorrecta por la Sala de Derecho Constitucional y Social.

Como ya se desarrolló ampliamente, el derecho a la identidad puede ser visto desde una dimensión dinámica y una estática, o subjetiva u objetiva como lo establece el Tribunal Constitucional, pese a ello, la última Sala en mención ha centrado su atención únicamente en la verdad biológica, dejando de lado la posesión de estado. Aunque, existen casos que a nivel de la propia Corte Suprema –Salas Civiles Especializadas- dan cuenta de lo contrario.

A. Pronunciamiento de las Salas Civiles Especializadas de la Corte Suprema

a. Casación N° 2726-2012/Del Santa

En este caso, quien interpone la demanda es el padre biológico (existe prueba de ADN), aduciendo la vulneración del derecho a la identidad consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución, afirmando que mantuvo relaciones extramatrimoniales con la madre de la menor. Como figura en el segundo fundamento, solicita de manera específica:

...se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo: se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento.

En el fundamento tercero, figura el contenido de la contestación de la demanda, de la que se pueden extraer como datos importantes los siguientes:

- El demandado contrajo matrimonio con la demandada, y que fruto del mismo nació su menor hija, que fue reconocida en el plazo legal.
- No tenía conocimiento que la menor no era hija suya.
- La prueba de ADN se practicó sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, sin que sea ordenada judicialmente.
- Durante el tiempo que duró el vínculo matrimonial vivieron juntos, hasta que decidieron separarse voluntariamente, que fue cuando acordaron la tenencia, alimentos y régimen de visita, incluso salía a pasear con la menor los fines de semana, la llevaba a la casa donde habitaba con sus padres y hermanos, al médico cuando era necesario, nunca negó ser el padre de la menor.

Ahora bien, en primera instancia se declara fundada la demanda inaplicando los artículos 396 y 404 del Código Civil, dejando sin efecto el reconocimiento efectuado por el demandado, declarando la paternidad a favor del padre biológico, ordenando se extienda una nueva partida de nacimiento.

Al sustentar su decisión, el Juez *A quo* reconoce que la menor nació dentro del matrimonio, considerando a la presunción de paternidad una regla de carácter imperativo, que al no ser absoluta admite prueba en contrario. En atención a ello, según consta en el fundamento cuarto:

...el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro de matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico, sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger.

En este contexto, es evidente que prima la verdad biológica, no se toma en cuenta que la menor consideraba como padre al demandado, existiendo un vínculo entre ambos.

Debiendo advertirse que las resoluciones por las que se inaplican normas, deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social para la respectiva aprobación o desaprobación, si no fueran impugnadas, en este caso se interpone recurso de apelación.

En segunda instancia, se revoca la sentencia por la que se declara fundada la demanda declarándola improcedente. El argumento de la Sala está basado en que la menor nació dentro del matrimonio, por lo que no es aplicable el artículo 396 del Código Civil, tanto más si el cónyuge de la madre no impugnó la paternidad en ningún momento, mostrando su voluntad de no hacerlo, no concurriendo los supuestos del artículo 376 del Código Civil respecto a la titularidad.

No existe pronunciamiento de la Sala respecto al derecho a la identidad alegado, de este modo quién tiene la razón, el juez de primera instancia o los de segunda. Realmente el derecho en mención se verá vulnerado al impedir que la demanda sea interpuesta por el padre biológico.

La Corte Suprema avala la posición adoptada en primera instancia declarando nula la sentencia de vista, señalando que su pronunciamiento no debe limitarse a exigencias normativas, sino que además debe existir pronunciamiento respecto al control difuso, lo que es imprescindible, pues el demandante fundamenta su pretensión en mérito a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Constitución que reconoce el derecho a la identidad. No se debe olvidar que en este caso, a quien le compete pronunciarse sobre la inaplicación es al Juez Superior.

En segunda instancia se emite una nueva sentencia de vista, considerando una vez más que la demanda debe ser declarada improcedente, pues no es interpuesta por la menor a través de su representante para que se garantice su derecho a la identidad.

A ello se debe agregar que los jueces superiores consideran que el presunto padre biológico interpone su demanda sustentando la misma en los resultados del ADN, al que se ha sometido voluntariamente, manifestando de manera expresa en el fundamento sétimo que:

respecto a esta persona los artículos 367 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, no vulneran ningún derecho constitucional; en otras palabras, se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por lo tanto, la demanda deviene en improcedente.

En este contexto, se revalora el derecho a la identidad asociado a los intereses que puede tener la menor, más no a la necesidad del supuesto padre biológico, respecto a dejar sin efecto el reconocimiento efectuado por el marido de la madre.

El caso llega nuevamente a la Corte Suprema, quien declara nula la sentencia de segunda instancia, confirmando la de primera que declara fundada la demanda.

Por un lado, como figura en el fundamento octavo, señala que el derecho a la identidad ocupa un lugar primordial en la Constitución, comprendiendo a su vez diversos derechos: a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, tener una nacionalidad, y que el Estado reconozca su personalidad jurídica. En este marco se hace alusión a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02273-2005-PHC/TC, en la que claramente se establecen dos acepciones del derecho a la identidad, una de orden objetivo y la otra de orden subjetivo, incluyendo la primera el derecho a la verdad biológica.

A ello, en el fundamento décimo, incluye lo manifestado por Varsi cuando señala que la filiación, como parte del derecho a la identidad, implica un triple estado: “*estado jurídico*, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; *estado social*, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas²⁷; *estado civil*, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad”.

Y en el fundamento décimo primero, recoge el planteamiento de Zannoni para quien:

...el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona, y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un

²⁷ En la consulta N° 3245-2018/Lima Este, se cita a Díaz de Guijarro, quien considera que la realidad biológica tiene un contenido ético y social, señalando de manera expresa, según consta en el fundamento 5.5. que “« (...) se trata de que la relación jurídica familiar propenda a la realización de los fines familiares... son objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de cultura. De este modo solo un vínculo biológico cuyo contenido ético satisfaga la consecución de los fines familiares debe merecer adecuada recepción en la relación jurídica familiar»”.

determinado estado de familia, en relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero no puede estarlo...

A nivel de Corte Suprema se da prevalencia a los dos supuestos, tanto el derecho a la verdad biológica, como a la identidad filiatoria, pues la decisión se basa en los resultados de la prueba de ADN, y en la versión de la menor que figura en un informe psicológico.

De manera específica señala que el Juez *Ad quem* sustenta su decisión en el hecho que la demanda no es interpuesta por la representante de la menor para garantizar su derecho a la identidad, pero que frente a ello debe prevalecer tanto el interés superior del niño, como sus derechos. En tal sentido, hace referencia al pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos plasmado en la Opinión Consultiva OC/17-02, en el sentido que se debe “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan [sic] el niño”.

Toma en cuenta además, la declaración de la madre, que consta en el expediente sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, en el sentido que viene conviviendo con el demandante en compañía de la menor, versión no cuestionada por el demandado.

Y el informe psicológico practicado a la menor, del que se deduce que se identifica con su familia, considerando que el demandante es protector y cariñoso. A partir de ello se determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, afirmando su filiación.

En este sentido, la Sala Suprema considera inaplicable lo dispuesto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, en atención al derecho a la identidad.

En el marco de lo señalado, se puede afirmar que por medio de la inaplicación se garantiza el derecho a la identidad, si se toma en cuenta que es el padre

biológico el que impugna la paternidad, quien a su vez mantiene un vínculo con la menor, avalado por la misma.

b. Casación N° 950-2016/Arequipa

En este caso, se interpone recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que confirma la sentencia apelada, por la que se declara fundada la demanda.

La demanda es interpuesta por el presunto padre biológico, buscando se declare la nulidad de la partida de nacimiento, y accesoriamente se disponga la filiación extramatrimonial. El demandante funda su posición en los siguientes argumentos:

- Es el padre biológico de la menor, que nació en el marco de la relación de convivencia que tuvo con su madre, tiempo en el que vivió con esta - hasta su fallecimiento- y el demandante.
- La madre de la menor se encontraba separada de hecho del demandado, al nacer la menor el demandante fue impedido de suscribir la partida de nacimiento.
- La madre de la menor, bajo presión del demandado, la inscribe como su hija, en su condición de esposo.
- Desde su nacimiento la menor ha estado al cuidado de su madre y del demandante, como si fuera el verdadero padre. Al fallecer la madre estuvo al cuidado de su abuela.
- El demandado acude a la DEMUNA sumiendo que la menor se encontraba en estado de abandono.

En este caso no existe prueba de ADN que permita sustentar la verdad biológica, por lo que el demandado la solicita.

En la contestación de la demanda, se arguye que desde su nacimiento la menor ha sido declarada como su hija, lleva su apellido y está a su cuidado. Niega que su cónyuge haya mantenido una relación convivencial con el demandante, que no le consta de manera fehaciente que sea el padre biológico. Además, trae a colación una denuncia archivada por abandono, que en su momento dio lugar a una pericia psicológica en la que se llega a la siguiente conclusión: “a nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación al padre y hermanos, y la dinámica familiar es adecuada”. A ello se agrega que a través de un informe social se sugiere que la menor debe continuar bajo la protección del demandado.

En primera instancia se declara fundada la demanda en base a la verdad biológica establecida en mérito a la prueba de ADN, señalado que es un derecho reconocido a nivel constitucional, lo que es un error, pues lo que se reconoce es el derecho a la identidad, como ya se manifestó. De manera expresa el Juez *A quo* señala que el demandado “queda excluido de la presunta relación de parentesco en condición de padre biológico de la referida menor”.

Otro argumento utilizado es que el reconocimiento efectuado no es coincidente con la realidad, siendo en tal sentido contrario al orden público constitucional, afectándose en este contexto el derecho fundamental de la menor a conocer su verdad biológica.

La Sala Superior confirma la sentencia en base a la verdad biológica, es preciso advertir que en determinado momento se establece que “si bien por mandato judicial debe desplazarse el nombre del padre registrado, cediendo paso al nombre del verdadero padre biológico, ello no determina la nulidad de la referida partida que constituye la única prueba del nacimiento y por tanto la existencia de la persona titular de la misma”. No se debe olvidar que en la sentencia de primera instancia se señala de manera expresa lo siguiente:

De todo lo dicho, se debe tener presente que si bien el demandante interpone una demanda de impugnación de paternidad sin que el marido

haya negado su paternidad y fuera del plazo de caducidad, no obstante de los fundamentos de hecho se puede desprender que lo que en realidad se estaría cuestionando es la validez del reconocimiento practicado en favor de la menor, siendo éste un petitorio implícito; por lo que habiéndose establecido que el objeto del citado reconocimiento es físicamente imposible y que se estaría atentando contra el orden público constitucional, es evidente que procede la declaración de nulidad por estas causales.

Qué es lo que en realidad se cuestiona, de la demanda se advierte que lo pretendido es que se declare la nulidad de la partida de nacimiento, y se disponga la filiación, lo que en efecto carece de sentido.

El Juez *Ad quem* también se pronuncia al respecto, al señalar que la acción de invalidez de un acto jurídico es distinta a la de impugnación de paternidad, siendo esta última la que se materializa en este caso. Para sustentar la posibilidad que se otorga al padre biológico para interponer la demanda, pese a que el Código no le otorga esa titularidad, señala lo siguiente:

no existe en el caso bajo análisis un acto jurídico de reconocimiento voluntario; y, en segundo lugar, porque no se han denunciado como causales de invalidez y/o vicios que afecten la eficacia constitutiva o estructural del acto, sino la inexistencia del nexo biológico entre el demandado y la menor involucrada, situación que faculta al padre biológico a impugnar la presunta paternidad. En tal sentido es además contradictorio sostener al mismo tiempo la nulidad estructural de un acto jurídico con la impugnación del mismo, ya que sus causas y efectos son incompatibles.

En ninguna instancia se hace referencia al control difuso de constitucionalidad, se inaplica una norma sin argumentar respecto a la incompatibilidad con una de rango constitucional, en efecto, quien impugna la paternidad es el padre biológico pese a que el Código Civil no le otorga esa potestad. Lo único que se puede apreciar es que en la sentencia de vista se señala que:

si bien es cierto la acción para impugnar la paternidad matrimonial corresponde al marido, según el citado artículo 396 del Código Civil, también lo es, que no se prohíbe ni se excluye expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan demandar dicha pretensión, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. En este caso es evidente que el demandante como padre biológico de la menor... tiene legítimo interés para impugnar una paternidad no acorde con la realidad ni la verdad.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación, revocando la sentencia apelada, declarando infundada la demanda, cuando lo correcto hubiera sido declararla improcedente.

La infracción normativa está centrada en la supuesta vulneración del interés superior del niño y el derecho a la identidad. Para la Sala Suprema no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica de la menor, ello en atención al informe social según el cual: “«*La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente*»”, y en atención a las conclusiones del examen psicológico en el sentido que: “«*A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada*»”. Además, toma en cuenta que el demandado demuestra afecto y vínculo paterno filial a quien siempre ha considerado su hija.

Otro aspecto fundamental que es tomado en cuenta por la Sala Civil Permanente es la declaración de la menor:

“« (...) que vive con sus hermanos ellos son cuatro (...) todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina”

porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto;(…)
¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la hizo ver (…)
¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no (…)”

En este contexto, según la Sala Suprema afirma en el fundamento octavo de la casación en comentario, queda demostrada “la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado”.

c. Casación N° 4935-2017/Moquegua

En este caso, se interpone casación contra el auto de vista que confirma el auto apelado que declara fundada la excepción de caducidad deducida por la demandada. En tal sentido, se presenta un supuesto completamente diferente al que dio sustento a los casos antes analizados.

En efecto, tal como consta en el fundamento tercero, el demandante sustenta su recurso alegando la infracción normativa de carácter material del artículo 400 del Código Civil, al considera que:

... en el caso de *litis* se ha producido la infracción de esta norma ya que una interpretación de la Corte Suprema ha establecido que habiendo transcurrido el plazo fijado por el artículo 364 del Código Civil del año mil novecientos ochenta y cuatro, obliga a que el *A quo* debió preferir el derecho a la verdad biológica de la demandada, derecho fundamental consagrado por la Constitución Política del Perú en el artículo 2; y en consecuencia, dicho plazo de noventa días no resulta de aplicación.

El artículo 2 de la Constitución regula el derecho a la identidad, no a la verdad biológica. En esta línea, la Sala Civil Transitoria no avala la infracción alegada, señalando de manera expresa en el fundamento quinto lo siguiente:

... siendo que claramente se ha establecido que para el presente caso atendiendo al plazo de caducidad y a la identidad asumida por la demandada por más de cuarenta y dos años, corresponde ampararse la excepción de caducidad máxime si con el mérito de la sentencia de nulidad de partida de matrimonio se puede advertir que desde el año mil novecientos setenta y seis, en que se expidió la misma, el demandante ya tenía conocimiento que la demandada no era su hija, siendo ello así lo peticionado ha caducado...

En este contexto, se valora la identidad asumida por la demandada por más de cuarenta y dos años, restando importancia a la verdad biológica.

Al respecto, la Sala Civil Permanente en el fundamento décimo de la casación N° 3797-2012, señala de manera acertada:

... la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial, sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una dinámica proyectiva.

A ello agrega en el fundamento undécimo que al objetarse la paternidad se tienen que valorar tanto el aspecto dinámico como el estático, ello implica que al impugnar la paternidad “no puede justificarse únicamente en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos físicos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo”.

B. Pronunciamiento de la Sala de Derecho Constitucional y Social

La Sala de Derecho Constitucional y Social en atención al control difuso, aprueba todas las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación del artículo 364 del Código Civil. Es preciso advertir que cada caso es distinto si de garantizar el derecho a la identidad se trata, lo que no es tomado en cuenta por la Sala en mención.

Sin embargo, el fundamento para aprobar las consultas se basa en la verdad biológica, incluso en los casos en los que se hace referencia a los diversos elementos del derecho a la identidad (objetivos y subjetivos).

En este contexto, un aspecto que debe ser resaltado es la fecha de parto, que figura en algunas consultas, pues ello permite afirmar que los menores ya tenían más de cinco años, como se puede ver en los siguientes casos:

- La consulta N° 14320-2013/Lima, se emite el 15 de mayo de 2014, siendo la fecha de parto el 01 de abril de 2006.
- La consulta N° 15157-2013/Del Santa, se emite el 15 de mayo de 2014, siendo la fecha de parto el 15 de mayo de 2006.
- La consulta N° 1712-2010/Santa, se emite el 2 de julio de 2010, siendo la fecha de parto 16 de noviembre de 1993 (fecha de reconocimiento).
- La consulta N° 134-2018/Lambayeque, se emite el 08 de marzo de 2018, dando cuenta que a la fecha uno de los menores tenía 06 años de edad.

El vínculo generado a través de la convivencia con quien los reconoció en determinado momento es innegable. Como acertadamente señala Varsi y Chávez (2010) siguiendo la doctrina de Portugal “en los cerebros de los niños lo que se registra, lo que forma la persona, más que sus genes son sus relaciones con la gente que realmente se hizo cargo de ellos” (p. 58).

En este sentido, es cuestionable que se pretenda impugnar la paternidad fuera del plazo establecido por ley, siendo aún más criticable que sea la propia Corte Suprema la que lo permita bajo el argumento de la garantía del derecho a la identidad, con la atingencia que lo que pretende demostrar quien efectuó el reconocimiento es que no tiene la calidad de padre biológico, más no establecer quién si la tiene²⁸, salvo excepciones.

Quedando afectada de este modo la posesión de estado, referida al disfrute del status de hijo, cuando incluso puede corresponder a una realidad legal o biológica.

A partir de lo mencionado, se pueden analizar las consultas materia de investigación:

a. Posición a favor de la aplicación del artículo 364 del Código Civil

En la consulta N° 134-2018/Lambayeque, a través de un voto en minoría el juez Wong Abad plantea diversos argumentos para sustentar su posición respecto a la desaprobación de la sentencia elevada en consulta, los que son antagónicos a los planteados por los demás Jueces Supremos.

²⁸ Según figura en el considerando Primero de la casación N° 3008-2017/ La Libertad: “Se trata del recurso de casación formulado por la demandada Rebeca Lucy Paredes Cayetano (cita omitida) contra la sentencia de vista contenida en la Resolución número veintidós, de fecha catorce de noviembre de dos mil dieciséis dictada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (cita omitida) que confirmó la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda interpuesta, en consecuencia, se declara: 1.- Que Jhon Elvis Cepeda Sipra no es padre biológico del menor... 2.- Cancela el Acta de Nacimiento... inscrita ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con fecha veinte de agosto de dos mil siete, cuyo titular es el menor ... 3.- Dispone la expedición de una nueva acta de nacimiento en la que se consigne los mismos nombres y apellidos del menor, dejando «en blanco el rubro de datos del padre» y conservando plena validez los datos de la madre y demás detalles que aparecen en la cancelada Acta de Nacimiento... al haberse extinguido sólo todo derecho con respecto a la paternidad”. El recurso de casación interpuesto, fue declarado improcedente.

Cuadro N° 02: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 134-2018/Lambayeque

<p>Octavo: "...que de la relación matrimonial tuvieron tres hijos (el mayor de doce años de edad, y los otros dos menores cuya paternidad se discute); el demandante manifiesta que... luego que conversara con la demandada sobre su relación, ella le confesó que los menores... no eran suyos, afirmación que sostenía hasta esa fecha, separándose posteriormente de la demandada. Es así que, ante dichas circunstancias, recurre al órgano jurisdiccional con la finalidad de cuestionar la paternidad de los aludidos menores, cuya sentencia fue declarada fundada y que ahora es materia de consulta".</p>
<p>Décimo: "... la resolución objeto de consulta considera que el artículo 364 del Código Civil contraviene lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, en tanto afecta el desarrollo de la personalidad de los menores, encontrándose involucrado el derecho a la identidad que les asiste, el cual presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria; entonces, la norma citada inicialmente deviene en inaplicable, por cuanto en atención a lo expuesto en el artículo 2 inciso 1 de nuestra Constitución Política ...toda persona tiene derecho... a su identidad... derecho fundamental que se vería vulnerado si se aplicara el precitado articulado del Código Civil... en consecuencia, el artículo 364 del Código Civil importaría la afectación de derechos sustanciales de los menores... es evidente el conflicto existente entre el citado dispositivo legal y el derecho fundamental a la identidad que tienen los menores, pues de aceptar lo regulado en la aludida norma importaría la afectación de derechos sustanciales del menor..."</p>
<p>Décimo tercero: "... el derecho bajo análisis exige conceder a toda persona la posibilidad de conocer, en la medida que las circunstancias lo permitan, quiénes son sus progenitores, a fin de que pueda formar adecuadamente su identidad a partir de este dato".</p>
<p>Décimo cuarto: "no existe razón válida que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para impugnar la paternidad por uno de los que aparece como padre cuando no lo sea en la realidad".</p>

Fuente: Consulta N°134-2018/Lambayeque, de 08 de marzo de 2018.

En este caso, el plazo establecido en el artículo 364 del Código Civil denota importancia, al existir un vínculo entre los menores y quien los reconoció durante el matrimonio, lo que no fue tomado en cuenta, debido a que la Sala centra su atención en un aspecto del derecho a la identidad, traducido en la posibilidad de saber quiénes son los progenitores para formar adecuadamente la identidad a partir de ese dato.

No se toma en cuenta que a través del proceso de impugnación se podrá tener certeza únicamente, de existir la prueba de ADN, de que el impugnante no es el padre biológico.

Cuadro N° 03: Fundamentos por los que se justifica la aplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N°134-2018/Lambayeque

<p>Tercero: "...se dejó sin efecto legal el reconocimiento de paternidad realizado por el actor respecto de los menores, excluyéndose su nombre de las partidas de nacimiento; disponiéndose asimismo que los niños sigan usando como apellido paterno el que actualmente tienen hasta que sean reconocidos por el verdadero progenitor..."</p>
<p>Cuarto: "... En efecto, identificar de modo abstracto la identidad biológica como único fundamento de los lazos familiares, desconoce, de modo patente, la posibilidad de que una familia sea conformada por personas con distintas raíces biológicas, privilegiando una forma de familia frente a las otras que legítimamente pueden conformarse. Debemos hacer notar, asimismo, que permitir, en este caso, la práctica de negación de la paternidad realizado pone en peligro la propia supervivencia del menor pues el demandante quedará liberado de los deberes y obligaciones que garantizarán, entre otras cosas, los alimentos del menor".</p>
<p>Sexto: "en el caso que nos ocupa se daña gravemente los intereses del menor, pues con la acción de negación efectuada por el demandante, no solo se le está privando de los derechos alimenticios, de vestido, educación, salud, entre otros, que le corresponden; sino que además, el daño psicológico que de por sí se le produciría por el solo hecho del término de la filiación, se vería incrementado al saber el origen de su concepción, el cual si bien no ha sido acreditado por el juzgado, ha sido reconocido por la propia madre.</p> <p>Estas circunstancias no han sido debidamente analizadas por el juzgado al momento de resolver, pues, al limitarse a valorar los resultados de las pruebas de ADN para suprimir el vínculo paterno filial, no ha ponderado el Interés Superior del Niño frente al derecho que podría asistirle al demandante, cuyo daño sería patrimonial, olvidando con ello la protección especial que el Estado debe brindar a los menores, quienes podrían quedar en total desamparo, poniéndose en peligro su subsistencia.</p> <p>En ese mismo sentido, estimo que a efectos de proteger el derecho a la identidad del niño, no resulta suficiente que se mantenga el apellido del demandante en la partida de nacimiento de aquel, puesto que al anularse el reconocimiento y, por ende, los derechos y obligaciones que ello conlleva, aquella inscripción devendría en una mera anotación sin ningún beneficio concreto para el menor demandado".</p>

Fuente: Consulta N° 134-2018/Lambayeque de 08 de marzo de 2018

Respecto al derecho a la identidad el Juez Supremo señala que no es suficiente mantener el apellido del demandante en la partida de nacimiento, pues al anularse el reconocimiento, el menor quedará desprotegido, dañándose gravemente sus intereses, pues no subsistirá ningún derecho ni obligación.

A ello agrega el daño psicológico que se puede producir al menor al poner fin a la filiación, el que se incrementará al conocer su verdadero origen, con la atingencia que ello no es posible en el marco del proceso de impugnación.

Cuestiona además que el derecho a la identidad quede restringido a la valoración de la prueba de ADN, desconociéndose, según afirma, la posibilidad de que una familia pueda estar conformada por quienes tienen distintas raíces biológicas.

Los fundamentos planteados se ajustan a la garantía del derecho a la identidad, pues considerar lo contrario implicaría proteger únicamente los intereses del demandante.

b. Posiciones a favor de la inaplicación del artículo 364 del Código Civil

En la consulta N° 134-2018/Lambayeque, se hace referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional N° 1109-2002-AA/TC, en la que se pronuncia respecto al control difuso de constitucionalidad²⁹. En primer término, según consta en el fundamento 6 “el control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado”.

En tal sentido, señala que su ejercicio no es un acto simple, por lo que su validez requiere de la verificación en cada caso de los siguientes tres presupuestos:

- a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional...
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de

²⁹ En la misma línea, los Jueces Supremos se pronuncian en las consultas N°2376-2018/Lambayeque y, N°3661-2018/Huaura.

conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁰.

Si bien, este pronunciamiento está referido al control difuso en el proceso constitucional de amparo, como la propia Sala de Derecho Constitucional y Social manifiesta en el fundamento quinto de la consulta en mención, se “establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una controversia”³¹.

³⁰ Repárese que el principio aludido figura en la segunda disposición final de la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, bajo los siguientes términos: “Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

³¹ En la consulta N° 134-2018/Lambayeque, se hace referencia a la consulta N° 1618-2016/Lima Norte, en el sentido que en esta se establecen pautas vinculantes que orientan a los jueces al momento de efectuar el control judicial de las leyes, ya consideradas en el Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo. Enfatizando las siguientes reglas: “i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política (cita omitida), gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución (cita omitida); debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada (cita omitida). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular. iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última [sic] ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución (cita omitida), es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo (cita omitida). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular(cita omitida), por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido,

La sentencia aludida estuvo vigente durante el período en que se elevó la primera resolución en consulta, por la inaplicación del artículo 364 del Código Civil. Sin embargo, como se podrá apreciar, ninguna de las resoluciones calza en las exigencias del Tribunal Constitucional.

Las normas establecidas en el artículo 364 están referidas al plazo y a la titularidad para contestar la paternidad, siendo requisitos de procedibilidad. En tal sentido, su inaplicación debe constar en el auto por el que se declara admisible la demanda, mas no en la sentencia, como sea venido haciendo hasta la actualidad.

Ello es sustancial, pues en la etapa postulatoria no se evidencia incompatibilidad con el derecho a la identidad reconocido en la Constitución, como se viene alegando. En efecto, permitir que se impugne la paternidad fuera de plazo no permitirá establecer quién es el padre biológico, únicamente que quien figura como tal no lo es, ello si existe prueba de ADN que así lo determine. Con la atinencia que el derecho a la identidad no se limita a la verdad biológica.

Las siguientes consultas, por las que se aprueban autos emitidos en las instancias de mérito, permiten sostener lo afirmado hasta este punto:

el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional)..."

Cuadro N° 04: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenido en la consulta N° 3143-2009/Ancash

Tercero: "...mediante resolución de primera instancia el Juzgado... declaró improcedente la demanda de negación de paternidad... por haber interpuesto su demanda fuera del plazo de noventa días que establece el artículo 364 del Código Civil; al respecto la resolución... expedida por la Sala Civil ... en su sexto considerando señala que *«si bien el artículo 364 del Código Civil, establece el plazo para la interposición de la acción contestatoria de noventa días, también lo es que alegándose la verdad biológica de la filiación en atención a los derechos fundamentales que se afectan, resulta imprescindible que ante el órgano jurisdiccional se dilucide y establezca el vínculo paterno filial»*"

Sétimo: "... la aplicación del plazo establecido en el artículo 364 del Código Civil, no puede presentar un obstáculo para que el Estado preserve ese derecho a la identidad, que tiene un rango constitucional y supranacional..."

Fuente: Consulta N° 3143-2009/Ancash de 26 de enero de 2010.

Es cuestionable que la Sala Civil Superior utilice la verdad biológica para sustentar su posición, pues al impugnar la paternidad únicamente se podrá determinar que quien es considerado padre en mérito a la presunción, no lo es, si existe prueba de ADN que así lo permita.

Cuadro N° 05: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1072-2011/Arequipa

Primero: "...viene en consulta la resolución... expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declara nula la resolución, expedida por el a-quo, que resuelve en vía de saneamiento conceder tres días al demandante para que precise la fecha exacta en la que tomo conocimiento del nacimiento de su hijo materia del proceso, bajo apercibimiento de declararse nulo lo actuado y archívese el proceso, inaplicando para el caso de autos el artículo 364 del Código Civil".
Décimo: "... que en el presente caso se ha presentado un conflicto de norma jurídicas, de un lado la norma constitucional... que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro la norma legal (artículo 364 del Código Civil) que prescribe que la acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente; sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución... no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días la acción contestatoria por el marido; razón por la cual corresponde aprobar la resolución materia de consulta".
Décimo primero: "...posteriormente en vía de saneamiento, se expida la resolución de fecha 20 de julio de 2010, que fuera apelada y declarada nula, en el que se pide al actor que precise en su demanda la fecha exacta en que tomo conocimiento del nacimiento del menor respecto del cual indica no ser el padre..."
Décimo segundo: "...en tal virtud, la inaplicación determinada en la resolución materia de consulta posee sustento constitucional que determinada su aprobación por este colegiado..."

Fuente: Consulta N° 1072-2011/Arequipa de 02 de junio de 2011

La inexistencia de información respecto a la fecha en la que se tomó conocimiento del nacimiento del menor, debió ser advertida al momento de evaluar la concurrencia de los requisitos de procedibilidad, y no en vía de saneamiento. Con ello se pretende resolver el problema generado al admitir la demanda sin evaluar la caducidad del derecho.

Ello no justifica la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, pues debe estar sujeta a la existencia de incompatibilidad entre esta y una constitucional, lo que en el presente caso no está sustentado.

Cuadro N° 06: Fundamento por el que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenido en la consulta N° 3079-2012/Piura³²

“... se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sub litis, de un lado la norma constitucional y de otro la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, sin que la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conforme a la constitución; por ésta [sic] razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para impugnar la paternidad por uno de los padres cuando éste no lo sea en realidad

Fuente: Consulta N° 3079-2012/Piura de seis de setiembre de 2012.

Es cuestionable que se inaplique la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil sin que exista justificación alguna en relación al caso concreto, no basta mencionar en términos generales que existe incompatibilidad normativa.

Cuadro N° 07: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 15157-2013/Del Santa

Cuarto: “... mediante la resolución de vista de fecha 19 de septiembre de 2013, que es materia de consulta, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, confirma la resolución de primera instancia de fecha 2 de mayo de 2013, que declara infundada la excepción de caducidad deducida por la demandada... sosteniendo que la impugnación o negación de paternidad por el padre matrimonial se encuentra regulado en el artículo 364 del Código Civil conforme a lo cual ... agregando que el actor no se encontraba ausente en el momento y lugar del parto, habiendo nacido la menor el quince de mayo de dos mil seis, por lo que dicho plazo ha transcurrido en exceso. Sin embargo, debe identificarse los derechos, valores o principios constitucionales con los que colisiona tal norma legal, como lo es el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, atendiendo a que el derecho a la identidad paternal es uno de carácter fundamental tanto para el niño como para el padre, por lo que corresponde preferirse los principios constitucionales e inaplicarse la citada norma legal, en ejercicio de la potestad del control difuso”.

Noveno: “... la aplicación del plazo legal establecido en el artículo 364 del Código Civil no puede presentar un obstáculo para que el estado preserve aquel derecho fundamental”.

Fuente: Consulta N° 15157-2013/Del Santa de 15 de mayo de 2014.

³² Fundamentos similares figuran en las consultas N° 2039-2011/Lima Norte, de 01 de setiembre de 2011 y N° 1505-2010/Lima Norte, de 08 de julio de 2010.

La demandada interpone la excepción de caducidad cuestionando el plazo en el que se impugna la paternidad, señalando que el demandante estuvo en el momento y lugar del parto. Con ello se busca que el marido que en determinado momento reconoció al menor mantenga la calidad de padre.

En este caso no existe argumento que permita sustentar la incompatibilidad entre la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil y el derecho a la identidad consagrado a nivel constitucional, pues en términos generales se habla de preservarlo.

Por otro lado, son elevadas en consulta sentencias que dan cuenta de la inaplicación de normas contenidas en el artículo 364 del Código Civil, pese a que en este figuran requisitos de procedibilidad. Las sentencias son emitidas en procesos en los que se admite a trámite las demandas sin tomar en cuenta la caducidad del derecho.

Una consulta que merece atención especial es la N° 3245-2018/Lima Este, pues da cuenta que se eleva en consulta una sentencia, pese a ello los Jueces Supremos a través del fundamento tercero consideran que:

... la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, es aplicable para verificar la validez de la relación procesal entablada como consecuencia de la demanda de contestación de paternidad, en tanto corresponde verificar si la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo legal, resultando una causal de improcedencia cuando se advierte la caducidad del derecho (cita omitida); en este orden de ideas, la norma se vincula en forma relevante e indisoluble con este caso en específico, esto es, con la pretensión de contestación de paternidad, formulada por... por cuanto establece un requisito específico para la procedencia de su demanda, relativo al plazo de caducidad para contestar la paternidad (a efectos de dejar insubsistente la presunción legal de paternidad).

Como la misma Sala Suprema afirma, la vinculación con la norma procesal es con la procedibilidad, más no con cuestiones de fondo en la sentencia, señalando de manera expresa, en el fundamento tercero:

... siendo aplicable en principio en la etapa postulatoria y al examinar el cumplimiento de los supuestos procesales, conteniendo una regla procesal sobre la procedencia de la demanda con un plazo para interponerla, o excepcionalmente en la etapa decisoria, al pronunciarse sobre la validez de la relación procesal (cita omitida) (como ha ocurrido en el presente caso); no contiene regla aplicable para la decisión de declarar infundada o fundada la demanda, por el contrario, la decisión judicial sobre la pretensión depende de las normas sustantivas y hechos establecidos que integren las premisas del silogismo jurídico de la argumentación jurídica, en justificación interna y externa, premisas que deben estar integradas por las razones y principios de derecho, como el principio del interés superior del niño o adolescente, si el caso se encuentra referido a un menor de edad.

Pronunciamiento con el que se concuerda, pues la norma que se inaplica es la contenida en el artículo 364 del Código Civil, que establece el plazo para contestar la paternidad, el argumento respecto a la posible vulneración del derecho a la identidad que da sustento al control difuso se debe materializar en la etapa postulatoria, pues de lo contrario se estaría admitiendo a trámite una demanda pese a la caducidad del derecho sin ningún fundamento.

En este contexto, se puede ver que en diversos casos, la aprobación de las resoluciones elevadas en consulta se basa en la posibilidad de determinar a través de la prueba de ADN que quien contestó la paternidad no es el padre biológico, y que ello es suficiente para garantizar el derecho a la identidad, cuando no existe posibilidad alguna de establecer quien si lo es, y que además la posesión de estado está consolidada.

Un dato interesante al respecto lo encontramos en el fundamento duodécimo de la casación N° 1622-2015/Arequipa:

...el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria”.

Sin perder de vista que la posesión de estado está consolidada, como reiteradamente se viene afirmando. A partir de ello, se pueden analizar las siguientes consultas:

Cuadro N° 08: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1712-2010/Santa

Primero: ... viene en consulta la resolución, de fecha 10 de marzo de 2010, expedida por el Tercer Juzgado de Familia del Santa, que declaro fundada la demanda; en consecuencia, se resuelve declarar que la hoy adolescente... no es hija de... por ende es nulo, el reconocimiento paterno de la menor realizado por el demandante en el acta de nacimiento, los Registros Civiles de la Municipalidad Distrital de Coishco y habiéndose dejado de aplicar los artículos 364 y 366 inciso 2 del Código Civil.

Octavo: en el presente caso, quien había reconocido en su oportunidad la paternidad de la menor... ahora impugnada, señalando que no es su hija, afirmación que sido corroborada en autos, con las conclusiones arribadas en la prueba de ADN, y su ratificación, presentándose un conflicto de normas jurídicas, pues se tiene de un lado la norma constitucional, y de otro las normas legales, sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución... al haber sido reconocida por el demandante el 16 de noviembre de 1993, no obstante la existencia de una prueba irrefutable como es el ADN de que el hijo no es suyo.

Fuente: Consulta N° 1712-2010/Santa de 02 de julio de 2010.

La prueba de ADN es considerada prueba irrefutable para sustentar la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, sin tomar en cuenta que la paternidad quedará en estado de incertidumbre, pues se tendrá certeza únicamente respecto a quien no es el padre biológico.

Cuadro N° 09: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1975-2010/Lima

Primero: ... viene en consulta la resolución, su fecha 24 de marzo de 2020, expedida por el Segundo Juzgado Transitorio Especializado de Familia de Ate, que declaro fundada la demanda interpuesta por... contra... sobre impugnación de paternidad de su menor hija... En consecuencia, se declara que el demandante no es el padre biológico de la menor mencionada, debiéndose de oficiar a los Registros Civiles para la notación de la presente sentencia.

Octavo: que, en el presente caso, el actor, quien había reconocido en su oportunidad la paternidad de la menor... ahora impugnada, señalando que no es su hija, afirmación que ha sido corroborada en autos, con las conclusiones arribadas de la prueba de ADN, reconociendo, además, la demandada los hechos esgrimidos en la demanda conforme se aprecia su escrito, su fecha 8 de julio de 2001, presentándose un conflicto de normas jurídicas, pues se tiene de un lado la norma constitucional y de otro la norma legal... no obstante la existencia de una prueba irrefutable como es el ADN de que la hija no es suya; razón por la cual corresponde aprobar la resolución consultada.

Fuente: Consulta N° 1975-2010/Lima de 02 de agosto de 2010.

La prueba de ADN no posibilita de ningún modo la garantía del derecho a la identidad, debido a que únicamente permitirá establecer con certeza que quien impugna la paternidad no es el padre biológico, lo que incluso es corroborado con la declaración de la madre.

Cuadro N° 10: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 2561-2010/Lambayeque

Primero: ...viene en consulta la resolución, su fecha 18 de junio de 2010, expedida por el Juzgado Transitorio de Familia de Chiclayo, que declaro fundada la demanda interpuesta por... en consecuencia 1) se inaplicó para el caso concreto el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia, 2) que ... no es el padre de... 3) que la menor antes citada continúe llevando los apellidos que viene identificando hasta que se determine su verdadera filiación, debiéndose excluirse de dicha partida los datos que corresponden al padre, debiéndose cursar Oficio a la Municipalidad de Chiclayo para la anotación marginal del presente fallo en el original del acta de nacimiento.

Octavo: que, en el presente caso, el actor había reconocido en su oportunidad la paternidad de la menor... ahora impugnada, señalando que no es su hija, afirmación que ha sido corroborada con el informe pericial, de fecha 15 de setiembre de 2006, afirmación que tampoco ha sido cuestionada por la parte emplazada, por el contrario, en el expediente acompañado, obra el escrito de absolució de demanda en que la emplazada reconoce que el demandante no es el padre biológico de su hija y que se encuentra de acuerdo con lo que pretende por cuanto ella también necesita que el verdadero padre biológico firme y reconozca, presentándose un conflicto de normas jurídicas.

Fuente: Consulta N° 2561-2010/Lambayeque de 07 de setiembre de 2010.

Lo manifestado por el actor en el sentido que no es el padre de la menor, y la existencia de una pericia que corrobora dicha afirmación, de ningún modo permite la garantía del derecho a la identidad, si se toma en cuenta que la paternidad quedará en estado de incertidumbre.

Además, la absolució de la demanda se presenta una vez admitida pese a la caducidad del derecho, la menció que hace respecto a que es necesario que el padre biológico reconozca a la niña, no hace más que confirmar la falta de certeza respecto a quien lo es, esto se corrobora cuando el juez ordena que la menor mantenga los apellidos que tiene hasta que se determine su verdadera filiación.

Cuadro N° 11: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 942-2011/lca³³

Primero: “Es materia de consulta la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2010, que declaro inaplicable para el caso de autos el artículo, 364 del Código Civil, en el proceso seguido... sobre negación de paternidad y otra...”
Cuarto: “La resolución consultada considera que la aplicación al presente caso de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil, en cuanto establece un plazo de noventa días para hacer valer la acción de la menor, toda vez que, en el presente dicho plazo ha sido excedido; por lo que, se ha inaplicado dicha norma al caso concreto por ser incompatible con la Constitución. De esta manera, el citado artículo impediría que se reconozca la verdadera identidad de la menor, no obstante haberse acreditado a través de los medios probatorios actuados al interior del proceso, que el recurrente no es el padre biológico de la menor demanda”.
Octavo: “Esta Sala de Derecho Constitucional y Social considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso de sub Litis, de un lado la norma constitucional, de otro lado la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, sin que la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución, por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse a norma legal ... pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar 90 días de plazo para contestar la paternidad cuando esta no corresponde a la realidad”.

Fuente: Consulta N° 942-2011/lca de 26 de mayo de 2011.

A través de la prueba de ADN se puede determinar únicamente que quien contesta la paternidad no es el padre biológico, a partir de ello se generará un estado de incertidumbre respecto a la paternidad.

Cuadro N° 12: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 3038-2011/lca

Primero: “Es materia de consulta la resolución... de fojas ciento sesenticinco... que declara inaplicable el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia...”
Tercero: “... en el caso de autos... obra los resultados de la prueba científica de ADN, en donde se concluye que el actor no es el padre biológico del menor... por lo que el control difuso efectuado por la Segunda Sala Civil... para dejar de aplicar el plazo de caducidad contenido en el artículo 364 del Código Civil y aprobar la sentencia... que declara fundada la demanda...con arreglo a la norma constitucional del derecho a la identidad... se encuentra arreglado a ley... pues no puede admitirse que en base a una situación netamente procesal... se tenga que negar el acceso a la justicia, cuando en atención al derecho a la identidad consagrado en la Constitución, el Estado está en la obligación de preservar la identidad de la persona humana”.

Fuente: Consulta N° 3038/lca de 25 de octubre de 2011.

³³ Fundamentos similares figuran en la consulta N° 4164-2011/Lambayeque de 15 de diciembre de 2011.

El derecho de acceso a la justicia al que se hace referencia, está perfectamente garantizado al permitirse contestar la paternidad dentro del plazo de noventa días establecido en el artículo 364, no se aprecia vínculo alguno con la garantía del derecho a la identidad, pues de admitirse la demanda sólo se podrá determinar quién no es el padre biológico.

Cuadro N° 13: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 2802-2012/Arequipa³⁴

Primero: "...viene en consulta la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, su fecha 5 de marzo de 2012, en el extremo que aplicando el control constitucional difuso, declara inaplicable al presente caso el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional".
Cuarto: "en el caso de autos, de lo que aparece expuesto en los considerandos de la sentencia consultada, se advierte que el <i>A quo</i> en el proceso seguido por... contra ... sobre impugnación de paternidad, al momento de resolver el asunto controvertido ha aplicado el control constitucional difuso de las leyes, resolviendo inaplicar el artículo 364 del Código Civil, debido a que analizando lo que aparece en la partida de nacimiento del menor ... y el resultado de la prueba de ADN, se presenta un conflicto con el derecho a la identidad, porque la prueba científica, entre otras pruebas, como la declaración de la codemandada madre del menor y la declaración del supuesto padre biológico el codemandado ... determina que el citado menor no es hijo biológico del demandante, entonces su reconocimiento como tal es imposible".
Noveno: "en el presente proceso de impugnación de paternidad, se ha efectuado la prueba biológica del ADN, prueba científica que con grado de certeza acredita que el actor no es el padre biológico del menor... a quien reconoció como su hijo declaración de paternidad que el demandante efectuó bajo engaño porque la madre del menor, entonces su cónyuge, la demandada ... le hizo creer que el menor (nació dentro del matrimonio) era su hijo biológico... la antonimia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicar la de carácter general, pues no existe razón objetiva y razonable que justifique en el caso sub examine, que subsista el reconocimiento efectuado por el demandante como padre del menor... en la partida de nacimiento que aparece inscrita en la Municipalidad Distrital de Yanahuara, Arequipa con fecha 22 de enero de 2010".

Fuente: Consulta N°2802-2012 de 16 de agosto de 2012.

La prueba de ADN puede dar cuenta únicamente que quien contestó la paternidad no es el padre biológico, sin que se pueda determinar de manera fehaciente quién si lo es, como ocurre en este caso, pues solo existe una declaración del supuesto padre biológico.

³⁴ Pronunciamiento similar figura en la consulta N° 24227-2017/Lima.

Cuadro N° 14: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 4666-2012/Lambayeque

Primero: "... es materia la consulta... que declara inaplicar para el caso concreto el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional sin afectar su vigencia".

Quinto: "...la aplicación al presente caso de lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil... impide que se establezca la verdadera filiación biológica del menor..."

Sexto: "... el citado artículo impediría que se reconozca la verdadera identidad del menor, no obstante al haberse acreditado a través de los medios probatorios actuados al interior del proceso, que el demandante no es el padre biológico del menor en referencia".

Fuente: Consulta N°4666-2012/Lambayeque de 30 de octubre de 2012.

La existencia de medios probatorios que permitan acreditar dentro de un proceso que quien contesta la paternidad no es el padre biológico, de ningún modo permite garantizar el derecho a la identidad, por el contrario la paternidad quedará en estado de incertidumbre.

Cuadro N° 15: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 3245-2018/Lima Este

5.6 “el plazo de caducidad de negación de paternidad contenido en la norma del artículo 364 del Código Civil, prima facie en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, la cual es la protección y consolidación del estado de familia; sin embargo, no se observa que el medio para obtener dicha finalidad en el caso concreto resulte idóneo, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor de iniciales I.R.C.D., lo cual es comprobable con la prueba de ADN practicada en el presente proceso; en tal sentido, la medida legislativa de acción de estado de contestación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa (90) días resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento 5.3 de la presente resolución; concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 364 precitado) no guarda una causalidad razonable, estando más bien alejado del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el fundamento 5.4. de esta resolución”.

5.7 “Lo anterior permite concluir que el medio adoptado por el legislador, en relación al plazo para negar la paternidad, no es idóneo para el fin perseguido al pretender consolidar un estado de familia, cuando éste es cuestionado y puede ser determinado fiablemente por medios científicos si el demandante es o no el padre biológico del menor; cediendo el interés en abstracto del legislador frente al interés concreto de que se determine la identidad y familia biológica del menor, más aún si con ello se favorece en un entorno familiar idóneo. Por tanto, en virtud al Interés Superior del Niño, cuya situación requiere una solución adecuada a su caso, se debe privilegiar el derecho a la identidad biológica del menor, el cual se persigue consolidar con el proceso de impugnación de paternidad al establecer un vínculo paterno filial preexistente, lo que le permite conocer quién es su padre biológico”.

Fuente: Consulta N°3245-2018/Lima Este de 02 de abril de 2018.

La Sala Suprema afirma que en abstracto la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil tiene una finalidad constitucional traducida en la protección y consolidación del estado de familia, lo que consideramos se extiende a una valoración en concreto, aunque la Sala advierta lo contrario, argumentando que se restringe la familia biológica a la que pertenece el menor, limitando el derecho a la familia y a la identidad lo que es comprobable con la prueba de ADN practicada.

Está claro que lo argumentado a nivel de la Corte Suprema se restringe a la verdad biológica, el estado de familia quedó consolidado a partir de la filiación determinada en mérito a la presunción de paternidad. Sin perder de vista que a través del proceso de impugnación no se puede establecer quién es el padre

biológico. Ello permite afirmar que el plazo establecido por el legislador es idóneo para alcanzar el fin perseguido.

A ello, se deben agregar los casos en los que no existe pronunciamiento respecto a la existencia de algún elemento que permita acreditar que quien contesta la paternidad no es el padre biológico, y que el fundamento utilizado se resume en la incompatibilidad normativa mencionada en términos generales.

Cuadro N° 16: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 670-2010/Lambayeque³⁵

Tercero: "... mediante sentencia consultada, el Cuarto Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, declaro fundada la demanda interpuesta... en consecuencia, dispuso inaplicar para el caso concreto el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional, al considerar que dicho dispositivo legal no hace viable la defensa y protección de los derechos del demandante al establecer un plazo de caducidad que le impide el ejercicio de la acción impugnatoria al actor, al haber planteado su pretensión con posterioridad al transcurso del plazo fijado por la norma; asimismo precisa que encontrándose en discusión la filiación biológica de una persona, resulta imperiosa la necesidad que se establezca su verdadera filiación..."

Sétimo: "... la aplicación del plazo legal establecido en el artículo 364 del Código Civil no puede presentar un obstáculo para que el estado preserve aquel derecho a la identidad".

Fuente: Consulta N° 670-2010/Lambayeque de 24 de mayo de 2010.

Uno de los fundamentos utilizados para sustentar la emisión de la sentencia, es que al aplicarse el artículo 364 del Código Civil no se hace viable la defensa y protección de los derechos del demandante, lo que no tiene relación alguna con el derecho a la identidad, si se toma en cuenta que a través de la impugnación de paternidad no es posible establecer la verdadera filiación, por lo que la paternidad quedará en estado de incertidumbre.

³⁵ Fundamentos similares figuran en la consulta N° 2861-2010/La Libertad, de 27 de setiembre de 2010.

Cuadro N° 17: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 1598-2012/Lambayeque³⁶

Quinto: "... la sentencia de fecha 15 de abril de 2010 expedida por el Juzgado Transitorio de Familia de la Corte Superior de Justicia de Chiclayo ha declarado inaplicable para el caso en concreto el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; y bajo esa premisa ha amparado la demanda, declarando que el demandante no es el padre biológico de ... decisión que es confirmada por la sentencia de vista, de fecha 15 de octubre de 2010, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque, la cual confirma la resolución apelada".

Décimo: "... se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sub Litis, de un lado la norma constitucional y de otro la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, sin que la interpretación conjunta de ambas normas sea factible obtener una interpretación conforme a la constitución; por ésta [sic] razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la norma legal y preferirse la norma constitucional; pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para impugnar la paternidad por uno de los padres cuando éste no lo sea en realidad; razón por la cual corresponde aprobar la consulta formulada a efectos de posibilitar el análisis de fondo con respecto a la pretensión propuesta".

Fuente: Consulta N° 1598-2012/Lambayeque de 14 de agosto de 2012.

Se eleva en consulta la sentencia emitida en primera instancia, por la que se declara fundada la demanda, inaplicando con tal fin la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, incluso se deja constancia que la decisión fue confirmada por sentencia de vista. Lo que es cuestionable, pues lo que se debió elevar en consulta es el auto por el que se admite a trámite la demanda.

³⁶ Fundamentos similares figuran en las consultas: N° 2777-2009/La Libertad, de 26 de enero de 2010; N° 1794-2010/Lima, de 03 de julio de 2010; N° 2253-2011/Lima, de 01 de setiembre de 2010; N° 3688-2010/Puno, de 18 de noviembre de 2010; N° 4076-2010/Lima, de 17 de mayo de 2011; N° 1407-2012/Lambayeque, de 31 de mayo de 2012; N° 1870-2012/Lima Norte, de 14 de agosto de 2012. Tómese en cuenta que en la Consulta N° 3688-2010/Puno, de 11 de noviembre de 2010, la norma inaplicada es la contenida en el artículo 400 del Código Civil, frente a ello la Sala Suprema Constitucional considera que se trata de un error material, cuando el fundamento para sustentar la inaplicación de una norma en casos de impugnación de paternidad extramatrimonial, no puede equipararse al que se requiere para contestar la paternidad matrimonial. Además que en el fundamento quinto de la consulta N° 11957-2014/Lima Sur, de 02 de octubre de 2015, se equipara de manera incorrecta el derecho a la identidad con el derecho a conocer los padres biológicos, de manera expresa se señala "...la resolución objeto de consulta considera que el supuesto previsto en el artículo 364 de Código Civil se opone a la finalidad de las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos (derecho a la identidad)..." un aspecto que no se debe perder de vista es que en el mismo fundamento se señala que es necesario "establecer plenamente su identidad para evitar en el futuro inestabilidad emocional o trauma psicológico..." lo que es materialmente imposible en este proceso.

A ello se debe agregar que no existe ningún fundamento que sustente la incompatibilidad entre la norma que regula el plazo de la acción contestatoria y la contenida en el artículo 2.1 de la Constitución que consagra el derecho a la identidad.

Cuadro N° 18: Fundamentos por los que se justifica la inaplicación del artículo 364 del Código Civil contenidos en la consulta N° 14320-2013/Lima

Primero: "... es materia de consulta, la resolución expedida por el segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima ... declara inaplicar al caso concreto el artículo 364 del Código Civil y declara la no paternidad biológica de ... respecto del niño... nacido el primero de abril de dos mil seis... ordena la expedición de una nueva partida correspondiente a ... hijo de ... y ... quienes firmaran la partida, consignando además los datos contenidos en la primera partida, debiendo omitirse toda mención respecto al presente proceso bajo responsabilidad del registrador".
Tercero: "... mediante la referida resolución, el Segundo Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima (16/08/2013) señala que la aplicación del plazo de caducidad previsto en el artículo 364 del Código Civil al caso de autos, implicaría negar al menor J.D. su derecho constitucional a conocer su verdadera identidad, así como el derecho a establecer su verdadera filiación biológica".
Octavo: "... la aplicación del plazo legal establecido en el artículo 364 del Código Civil no puede presentar un obstáculo para que el estado preserve aquel derecho fundamental".

Fuente: Consulta N° 14320-2013/Lima de 15 de mayo de 2014.

Se considera que al aplicar el plazo de caducidad establecido en el artículo 364 del Código Civil se negaría al menor la posibilidad de conocer su verdadera identidad, cuando al impugnar la paternidad se podrá establecer únicamente si el que interpone la demanda es o no el padre biológico, con la atingencia que en este caso no se hace mención a ningún elemento que permita determinar dicha situación de manera fehaciente.

5.2. Prueba de hipótesis

La Sala de Derecho Constitucional y Social tiene la potestad de aprobar resoluciones que le son elevadas en consulta, en este caso lo hizo en atención a la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, aprobándolas en todos los casos. Sin embargo, los argumentos utilizados dan cuenta que lo hizo de manera incorrecta, pues no permiten identificar la existencia de incompatibilidad con una norma de rango constitucional.

De manera específica, la Sala Suprema hizo alusión a la garantía del derecho a la identidad, en mérito a supuestos basados en la verdad biológica, sin tomar en cuenta que al establecer quien no es el verdadero padre no se posibilita que los elementos que conforman dicho derecho se puedan materializar; y que es imposible que se pueda identificar al verdadero padre, en atención a los elementos que caracterizan a cada caso concreto.

En este contexto, se puede ver que las resoluciones elevadas en consulta fueron autos y sentencias. Al ser el plazo contenido en el artículo 364 requisito de procedibilidad, solo debieron ser puestas en conocimiento de la Sala Suprema las primeras –auto admisorio-, con la atingencia que la interposición de un recurso impugnatorio, no lo hace necesario.

A partir de ello se puede advertir, que los autos no contienen fundamentos que puedan dar sustento a la inaplicación, pese a ello son aprobados:

- a. Uno de los jueces señala que es imprescindible dilucidar y establecer el vínculo paterno filial ante el órgano jurisdiccional, argumento que hace suyo la Sala de Derecho Constitucional y Social para aprobar la resolución.
- b. En términos generales se señala que existe un conflicto de normas jurídicas, siendo una de ellas constitucional, no pudiendo ser el plazo establecido en el artículo 364 un obstáculo para preservar el derecho a la identidad.

La información contenida en las sentencias elevadas en consulta permite identificar dos situaciones.

Por un lado, se está frente a casos en los que existe prueba de ADN que posibilita demostrar que quien reconoció la paternidad en mérito a la presunción no es el padre biológico, siendo el único sustento que se utiliza para inaplicar el artículo 364 del Código Civil, ello de ninguna forma permite garantizar el derecho a la identidad, incluso si se admitiera, como se hace de manera cuestionable, que dicha garantía se puede materializar conociendo únicamente la verdad biológica.

Ahora bien, en dos casos se señala que el citado artículo impedirá que se reconozca la verdad biológica, si bien la filiación de paternidad extramatrimonial está supeditada a la acción contestatoria, no existe información que permita establecer la verdadera paternidad, además no se puede olvidar que la posesión de estado está consolidada.

En otro caso, figura la declaración del supuesto padre biológico, la que es tomada en cuenta junto con la prueba de ADN que determina que quien reconoció al menor no es el padre biológico, a partir de una declaración no se puede garantizar quien es el verdadero padre, con la atingencia que se deja constancia del engaño de la madre respecto a la paternidad. Una vez más es preciso advertir la consolidación de la posesión de estado.

Otro aspecto que es tomado en cuenta es que la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil en abstracto busca la protección y consolidación del estado de familia, argumentando que en concreto el medio para obtener dicha finalidad no es idóneo, al restringirse el derecho a la familia biológica, el que en efecto no se podrá consolidar pues sólo se podrá establecer que el reconocimiento lo efectuó quien no es el verdadero padre.

Finalmente, están las sentencias elevadas en consulta que no contienen ningún argumento que permita sostener la inaplicación, pues en términos generales se señala que existe un conflicto entre normas jurídicas, y que el

plazo legal establecido en el artículo 364 del Código Civil no puede presentar un obstáculo para preservar el derecho a la identidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La revisión de las consultas emitidas por la Sala de Derecho Constitucional y Social de Corte Suprema, nos ha permitido concluir que dicha Sala aprueba de manera incorrecta las resoluciones que son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil, al no ser incompatible con el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993. En efecto, la garantía del derecho a la identidad no se limita a conocer quien no es el verdadero padre, porque ello no permite la materialización de los elementos que conforman el derecho en mención; con la atingencia que a través de la acción contestatoria no se tendrá certeza respecto a quien si lo es. En este contexto, al permitir que se admitan a trámite demandas interpuestas fuera de plazo, y se emitan sentencias en procesos en los que se hizo caso omiso a la caducidad, se coloca al derecho a la identidad en estado de desprotección.

SEGUNDA

La Sala de Derecho Constitucional y Social, basa sus resoluciones de aprobación de las consultas por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Procesal Civil, en los resultados de la prueba del ADN posición que solo permite establecer que la persona que efectuó el reconocimiento en mérito a la presunción de paternidad no es el padre biológico. Esta conclusión no garantiza el derecho a la identidad de una persona, pues este derecho no solo se origina en la verdad biológica sino también en la identidad filiatoria que a decir del profesor francés Philippe Melaure (como se citó en Madrid 2015), tiene muchas verdades, como: La verdad afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados de la sangre); la sociológica (que genera la posesión de estado); la voluntad individual (para ser padre o madre es necesario quererlo; y, la del tiempo (cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida, vivifica y refuerza

el vínculo). La posesión de estado que nace a partir de las relaciones paterno filiales que se inician desde el nacimiento, al ser complejo está compuesto por elementos objetivos y subjetivos en este contexto no se verán materializados y por tanto la paternidad quedará en estado de incertidumbre, en un contexto en el que ya se consolidó la posesión de estado.

TERCERA

El argumento de la Sala de Derecho Constitucional y Social, al afirmar que cuando se dispone la inaplicación del artículo 364 del Código Civil, se permite conocer la verdad biológica durante el proceso, es incorrecto, porque, si bien, puede determinarse a través de la prueba del ADN que aquel que lo reconoció no es el padre biológico, surge la pregunta, y quien si lo es?. La falta de respuesta a la pregunta no solo genera incertidumbre en la identidad de la persona sino vacía de contenido el derecho fundamental, porque si bien en las decisiones de la Sala de Derecho Constitucional analizadas se ordena que el titular del derecho mantenga el apellido de quien lo reconoció sin serlo, esta decisión no resuelve el problema.

CUARTA

La Sala de Derecho Constitucional y Social, deja de lado el principio de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, pues la norma legal se verá plenamente incorporada cuando se haya aplicado e interpretada por los tribunales de la manera correcta y acorde con los principios que rigen el sistema judicial. Esta conclusión se basa en los criterios adoptados por la Sala de Derecho Civil de la Corte Suprema en las casaciones analizadas, que en el caso de aplicación del artículo 364 del Código Civil, pondera no solo la verdad biológica sino fundamentalmente la identidad filiatoria y a partir de ella concluye que el artículo 364 del Código Civil, no contraviene el derecho a la identidad prevista como norma fundamental en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política, lo que nos hace ver que dentro del mismo sistema de administración de justicia una Sala –Sala Constitucional- argumenta que debe

inaplicarse la norma civil por contravenir una norma constitucional, y otra Sala – Sala Civil- argumenta que esta norma no contraviene ninguna norma constitucional, por tanto su aplicación es válida dentro de nuestro sistema.

RECOMENDACIONES

Las conclusiones permiten afirmar que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma relativa al plazo para contestar la paternidad contenida en el artículo 364 del Código Civil. En tal sentido, se plantea las siguientes recomendaciones:

Primera:

Establecer a través de un pleno casatorio un precedente judicial, que establezca los parámetros que deben ser utilizados para resolver casos en los que se impugne la paternidad matrimonial sin que se vulnere el derecho a la identidad. Siendo preciso recordar que según el artículo 400 del Código Procesal Civil:

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente...

Segunda:

Modificar el artículo 364 del Código Civil, en los términos consignados en el proyecto de ley que figura en el anexo II.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad, E. (2012). La presunción de paternidad y la determinación de la filiación matrimonial. *Revista de Derecho UNED*. Recuperado de revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11089/10617.
- ACNUR (2008). Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño. Mayo de 2008.CNUR.
- Aguirre, J. (8 de febrero de 2008) *Filiación matrimonial*. Recuperado de <https://lawiuris.wordpress.com/2008/08/02/filiacion-matrimonial/>
- Bernad, R. (2006). *Curso de Derecho privado romano*. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Barrero, O. U. (2004). *Introducción al derecho privado*. Argentina: Editorial Juris.
- Camargo, J. E. (2005). *Filiación extramatrimonial en Colombia, evolución histórica, normativa y jurisprudencial*. (monografía de pregrado). Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, Colombia.
- Cifuentes, S. (2001). El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido. *La Ley*. Recuperado de <http://www.villaverde.com.ar/es/assets/docencia-2/061120-caq-cijuso-filiacion/bibliografia/comentario-cifuentes-fallosalaj-identidad-biologica.pdf>
- Cillero, M. (s.f.) El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Recuperado de http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- Cornejo H. Derecho familiar peruano, Tomo I Sexta Edición Librería Studium Ediciones, Lima, 1987. p. 394.
- Corral, H. (2003). La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*. Recuperado de <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2005). *El derecho a la identidad y la actuación de la administración estatal: Problemas verificados en la supervisión defensorial*. (100). Recuperado de https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/normas/Informe_Defensorial100.pdf

- Dias, M. B. (s.f.) Filiación socio afectiva; nuevo paradigma de los vínculos parentales. *Revista jurídica*. Recuperado de http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/711/Filiaci%C3%B3n_socioactiva.pdf?sequence=1
- Diez Ulzurrun, J. (2006). *La filiación*. Recuperado de [http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)
- Dulanto, M. E. (2008). *Acción de impugnación de paternidad matrimonial del hijo biológico y de la madre natural dentro del matrimonio* (tesis doctoral). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Fernández. C. (2009). *Derecho de las personas: exposición de motivos y comentarios al libro primero del código civil peruano*. Lima: Grijley.
- Flores, G. P. (2006). Análisis de las vicisitudes judiciales en los casos de paternidad y filiación, y la necesidad de que se adecue el artículo 201 del código civil con respecto a la impugnación por parte del marido (tesis de pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.
- Flores, P. J. (s.f). *El reconocimiento extramatrimonial del hijo de la mujer casada. Análisis y nueva perspectiva*. Recuperado de http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/1091/1/flores_fpj.pdf
- García, J. R. (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su dies a quo de ejercicio. *Derecho Privado y Constitución*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229881.pdf>
- González, M. y Durán, R. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Volumen 12. Madrid: Dykinson,
- Grández, A. (2016). El sentido integral del derecho a la identidad: jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la realidad registral del Perú. *Revista Derecho PUCP*. Recuperado de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/15679/
- Gutiérrez, S. (20 de abril de 2018). Lo que debes saber sobre la filiación de paternidad extramatrimonial tras la última reforma. *Legis.pe*. Recuperado de <http://legis.pe/filiacion-paternidad-extramatrimonial-ultima-reforma/>

- Hernández, R, y otros. (2010). *Metodología de la investigación*. Quinta edición. México: Mc Graw Hill.
- Krasnow, A. N. (2014). La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina. *InDret Revista para el análisis del Derecho*. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/1029.pdf>
- Krasnow, A. N. (enero-junio de 2012). El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho argentino. *Revista de Derecho privado*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/4175/417537440001.pdf>
- Krasnow, A. N. (2007). *El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo*. Recuperado de <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW.HTM>
- López, R. E. (2013). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), 51-70. Recuperado de <http://afamse.org.ar/files/Guatemala-Vol-13n1a01.pdf>
- Macedo, R. G (2016). *El reconocimiento del padre biológico a hijo de mujer casada y la vulneración constitucional del derecho a la identidad del menor. Casación N° 2726-2012 Del Santa- caso: Nolberto Hugo Roca Maza* (tesis de pregrado). Universidad Científica del Perú, Iquitos, Perú
- Machicado, J., “Clases de Plazos Procesales”, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/cpp.html>.
- Madrid, E. C. (2015). *Impugnación de paternidad, legitimación en causa y caducidad de la acción* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador.
- Martínez, M. L. (2007). *Régimen jurídico de las presunciones*. Madrid, España: Dykinson
- Mendoza, J. (2015). *Protección del Derecho a la identidad biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica* (tesis de pregrado). Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú
- Monge, (s.f). Presunción de la filiación matrimonial. . En (Ed.) *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Tomo II. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>

- Monge, (s.f). Plazo para interponer la acción contestataria. En (Ed.) *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Tomo II. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>
- Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Revista Derecho PUCP*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15636/16073>
- Moscol, M (2016). *Derecho a la identidad: ¿una excepción al principio de la cosa juzgada?: consideraciones a propósito de la sentencia del tribunal constitucional recaída en el Exp. N° 00550-2008- PA/TC* (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Piura, Perú.
- Muro M. y Rebaza A. (s.f). Legitimación de la acción contestataria. En (Ed). *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-ii.pdf>
- Ortega, S. (s.f). La filiación extramatrimonial. *Revista digital de derecho*. Recuperado de <http://www.acervonotarios.com/files/La%20Filiacion%20Extramatrimonial.pdf>
- Ortiz, R. (1991). La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil peruano. *Derecho*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084826.pdf>
- Pérez, M. M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Nosta Editores y Universidad Nacional Autónoma de México.
- Placido, A. (9 de octubre de 2008) *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial de hijo de mujer casada*. Recuperado de <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/> y <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/>
- QUIROZ E. Teoría de la Constitución. Porrúa, México, 2005.

- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (2010). *Los registro y las personas. Dimensiones jurídicas contemporáneas*. Recuperado de <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/220.pdf>
- Rosas, J. (2015). *El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rubio, M. y otros. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sokolich, M. I. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Revista del Instituto de Familia*. Recuperado de revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/download/421/286
- Sullón, I. J. (2015). *Análisis de la aplicación de la presunción pater is est y su afectación al derecho a la identidad del hijo que no es del marido de la mujer casada* (tesis de pregrado). Universidad Nacional de Piura, Piura, Perú.
- Tantaleán, M. A. (2017). *La vulneración del derecho a la identidad del menor en los casos de impugnación de paternidad matrimonial* (tesis de pre grado), Universidad San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Tantaleán R.M. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>
- Valle, J. (2008). *Manual de los Derechos Humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Vargas, R. P. (2011). *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984* (tesis de maestría). Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia. Derecho de la filiación*. Tomo IV. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi, E. y Chaves, M. (2010). Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno- filiales del imperio del biologismo la consagración del efecto. *Actualidad Jurídica*. Recuperado de http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3

Varsi, E. (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial: moderno tratamiento legal según la Ley No. 28457*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Varsi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Perú: Universidad de Lima Fondo de Cultura Económica-Perú.

ANEXO I

Matriz de consistencia

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
<p>Problema general</p> <p>¿Por qué la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Establecer por qué la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria.</p>	<p>Hipótesis general</p> <p>La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil relativa al plazo de la acción contestatoria sin que exista incompatibilidad con una de rango constitucional.</p>	<p>Tipo de investigación</p> <p>Dogmático exploratorio</p> <p>Nivel de investigación</p> <p>Descriptivo</p> <p>Técnica e instrumento de recolección de datos</p> <p>Análisis documental-ficha de análisis.</p>
<p>Problemas específicos</p> <p>1. ¿Por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>1. Establecer por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se garantiza el derecho a la identidad al establecer</p>	<p>Hipótesis específicas</p> <p>1. El argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a que se garantiza el derecho a la identidad al establecer quien no es el padre biológico es incorrecto porque ello no permite la materialización de</p>	<p>Unidades de análisis</p> <p>- Consultas emitidas por las Salas de Derecho Constitucional y Social que aprueban resoluciones elevadas</p>

<p>garantiza el derecho a la identidad al establecer quien lo reconoció no es el padre biológico?.</p>	<p>quien no es el padre biológico.</p>	<p>ninguno de los elementos que lo conforman.</p>	<p>en consulta por la inaplicación del artículo 364 del Código Civil.</p>
<p>2. ¿Por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica?</p>	<p>2. Establecer por qué es incorrecto el argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica.</p>	<p>2. El argumento utilizado por la Sala de Derecho Constitucional y Social en el sentido que al aplicar la norma contenida en el artículo 364 del Código Civil se impedirá establecer la verdad biológica es incorrecto porque a través de la acción contestatoria se cuestiona únicamente la filiación matrimonial generada por el reconocimiento efectuado en mérito a la presunción de paternidad.</p>	<p>- Casaciones emitidas en procesos de impugnación de paternidad matrimonial.</p>

ANEXO II

Proyecto de ley

1. Exposición de motivos

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprueba de manera incorrecta las resoluciones que le son elevadas en consulta por la inaplicación de la norma relativa al plazo para contestar la paternidad contenida en el artículo 364 del Código Civil.

En efecto, los argumentos utilizados en las instancias de mérito para sustentar la inaplicación están basados en la certeza que se tiene respecto a que el actor no es el padre biológico, lo que lejos de garantizar el derecho a la identidad permite su vulneración, al quedar la paternidad en estado de incertidumbre, olvidando además que la posesión de estado ya está consolidada.

De igual forma, se considera de manera incorrecta que en el marco del proceso de impugnación de paternidad matrimonial se puede dilucidar quién es el verdadero padre, cuando solo se cuestiona el vínculo filial generado por el reconocimiento efectuado en mérito a la presunción de paternidad.

La Sala de Derecho Constitucional y Social ha sentado su posición de manera contundente, aunque incorrecta. Siendo preciso resaltar que las Salas Civiles Especializadas al pronunciarse en mérito a recursos de casación mantienen una posición garantista del derecho a la identidad, desvirtuando lo planteado por la Sala Suprema Constitucional.

En tal sentido, debe ser el directamente afectado, que en este caso es el menor, el que pueda impugnar la paternidad alcanzada su mayoría de edad, o a través de un representante cuando corresponda.

Como se pudo advertir, otorgar esta potestad al marido de la madre, viene generando la vulneración del derecho a la identidad, visto en un contexto más amplio que la verdad biológica.

1. Análisis costo beneficio

Esta iniciativa legislativa no generará gastos al Estado, por el contrario permitirá que las sentencias y resoluciones por las que se admitan a trámite demandas de impugnación de paternidad matrimonial no sean elevadas en consulta, permitiendo que los procesos concluyan con mayor rapidez, y la Sala de Derecho Constitucional y Social, pueda avocarse con menos carga procesal a otros casos vinculados a la garantía de derechos fundamentales.

2. Fórmula legal

Texto original

Artículo 364

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

Texto modificado

Artículo 364

La acción contestatoria puede ser interpuesta por el hijo cuando adquiriera la mayoría de edad. De ser incapaz podrá estar representado por quien la ley autorice.

ANEXO III
Ficha de análisis

Consulta _____

Argumentos en los que se basa la inaplicación _____

Fundamentos de la Sala de Derecho Constitucional y Social respecto a la incompatibilidad con el artículo 2.1 de la Constitución que reconoce el derecho a la identidad _____

Parte resolutive _____

ANEXO IV
Ficha de análisis

Casación_____

Argumentos vinculados al derecho a la identidad_____

Argumentos vinculados al plazo en el que se impugna la paternidad_____
