

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**Garantía del derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial al padre
biológico de mujer casada en el ordenamiento jurídico**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Naysha Stefany Cueva Guerra

ASESOR

Cesar Augusto Chambergó Chaname

<https://orcid.org/0000-0003-3998-7714>

Chiclayo, 2023

**Garantía del derecho de reconocimiento del hijo
extramatrimonial al padre biológico de mujer casada en el
ordenamiento jurídico**

PRESENTADA POR
Naysha Stefany Cueva Guerra

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Dora María Ojeda Arriaran
PRESIDENTE

Betty Sulmi Anaya de Pauta
SECRETARIO

Cesar Augusto Chambergo Chaname
VOCAL

Dedicatoria

Dedicaré el presente Artículo Científico a nuestro Dios, a mis padres Jesús Antonio Cueva Salazar y Marleni Guerra de Cueva, por su fortaleza y bondad; a mis hermanos, pero sobre todo a mi hermano Wilker Cueva Guerra por siempre creer en mí; a mis maestros por ser un gran ejemplo e inspiración en mi vida profesional, mis amigas y amigos por su aliento constante.

Agradecimientos

Agradecida con mis padres por su dedicación para brindarme la mejor educación, mi familia, mis amigas Alicia Valera, Priscilla Ramírez, Tatiana Ramos, Angie Dávila y mi mejor amigo Roy Rojas por siempre ser un soporte en mi vida, pero sobre todo a la Dra. Leyla Vílchez y mi gran maestro Cesar Chambergo, por sus grandes enseñanzas y asesorías del presente Artículo Científico.

Titulacion

INFORME DE ORIGINALIDAD

23% INDICE DE SIMILITUD	23% FUENTES DE INTERNET	5% PUBLICACIONES	14% TRABAJOS DEL ESTUDIANTE
-----------------------------------	-----------------------------------	----------------------------	---------------------------------------

FUENTES PRIMARIAS

1	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	4%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
3	www.repositorioacademico.usmp.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	2%
5	tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet	2%
6	repositorio.untumbes.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	core.ac.uk Fuente de Internet	1%
8	idoc.pub Fuente de Internet	1%
9	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%

Índice

Resumen.....	6
Abstract.....	7
Introducción	8
Revisión de literatura.....	10
Materiales y métodos.....	18
Diseño de investigación.....	18
Resultados y discusión.....	20
Conclusiones	31
Recomendaciones	31
Referencias.....	32

Resumen

El presente artículo científico tiene como objetivo general, proponer la modificación del artículo 396° del Código Civil Peruano a fin de garantizar el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial al padre biológico de mujer casada. Para ello, se analizará la jurisprudencia, debido a que se usan diferentes criterios de interpretación sobre un mismo tema del derecho de reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada.; también señalamos las razones por las cuales se debe garantizar el derecho de reconocimiento a través un test de proporcionalidad, debido a la disputa entre los derechos del aparente progenitor y el menor. Seguidamente el supuesto idóneo a proponer sería: *“También podrá iniciar el proceso de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada quien se considere padre biológico”*, esta premisa garantiza el derecho de reconocimiento al padre biológico, basado en una solución razonable y proporcional para todos los interesados del proceso. Como parte de la metodología de la presente investigación se analizará el objeto de estudio utilizando recursos como documentos, libros, tesis, revistas, entre otros, con un esquema de investigación fuentes documentales, que explican delimitación del dilema de análisis, a la vez una exploración metódica, preciso y recóndito del material bibliográfico. También, un análisis y reflexión de la información bibliográfica más relevante, las cuales iluminarán la investigación y la elaboración de un anteproyecto de temas, conforme a los objetivos específicos. En las técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos tenemos al método analítico, análisis documental, técnicas de gabinete conocidos como fichaje y procedimientos.

Palabras claves: Derecho de reconocimiento, Padre biológico, Hijos extramatrimoniales, Técnica de ponderación, Verdad biológica e Investigación de paternidad.

Abstract

The general objective of this scientific article is to propose the amendment of article 396 of the Peruvian Civil Code in order to guarantee the right of recognition of the extramarital child to the biological father of a married woman. To this end, the jurisprudence will be analyzed, because different interpretation criteria are used on the same subject of the right to recognize an extramarital child of a married woman; we also point out the reasons why the right of recognition must be guaranteed through a proportionality test, due to the conflict between the rights of the apparent biological father and the minor. Then the ideal assumption to propose would be: "The process of recognition of the extramarital child of a married woman who is considered a biological father may also be carried out", this premise guarantees the right of recognition to the biological father, based on a reasonable and proportional solution for all those interested in the process. As part of the methodology of this research, the object of study will be analyzed using resources such as documents, books, theses, journals, among others, with a bibliographic research design, which describe a clear delimitation of the research problem, at the same time a systematic, rigorous and in-depth review of the bibliographic material. Also an analysis and reflection of the most relevant bibliographic information, which will illuminate the research and the elaboration of a sketch of topics, according to the specific objectives. In the techniques and instruments of qualitative data collection we have the analytical method, documentary analysis, cabinet techniques known as signing and procedures.

Keywords: Right of Recognition, Biological Father, Extramarital Children, Weighting Technique, Biological Truth and Paternity Research.

Introducción

La presente investigación se refiere a las relaciones filiales extramatrimoniales. En el ordenamiento jurídico civil donde contempla la presunción “*pater is est*”, según la cual se presume que, ante cualquier hijo nacido dentro del matrimonio, el padre reconocido será el esposo. Sin embargo, en la realidad figuran supuestos distintos a esta presunción, generando vínculos filiales que se componen de lo afectivo ante lo biológico. Este hecho desfavorece al padre biológico de tener por su propia naturaleza biológica un vínculo afectivo con su hijo, porque siempre dependerá de la madre o el marido como lo propone el artículo 396° el Código Civil para realizar la actuación de impugnar a fin de ser declarado padre legal por su misma naturaleza biológica de pleno derecho.

Así pues, se analizará la situación problemática de ¿cómo se debe garantizar el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial al padre biológico de mujer casada en el ordenamiento jurídico peruano? teniendo en cuenta que el artículo 396° del Código Civil Peruano describe que el hijo extramatrimonial de mujer casada solo será reconocido por el progenitor cuando la mujer haya declarado que su hijo no es de su marido o cuando el marido lo haya negado y obtenido sentencia favorable junto con un examen de ADN de conformidad con los hechos descritos, se evidencia que el derecho de reconocimiento por impulso propio del progenitor es vulnerado.

Para esta investigación científica se plantea como objetivo general proponer la modificación del artículo 396° del Código Civil Peruano, para garantizar el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial al padre biológico de mujer casada. Y como objetivos específicos se han planteado: establecer las razones por las cuales se debe garantizar el derecho de reconocimiento del descendiente extramatrimonial al padre biológico de mujer casada en el ordenamiento jurídico, y también describir la propuesta de modificación para el artículo 396° del Código Civil peruano sobre el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial al padre biológico de mujer casada.

Teniendo en cuenta la situación problemática, la hipótesis que se plantea es se debe garantizar el derecho de reconocimiento del padre biológico del hijo extramatrimonial de mujer casada, regulando un supuesto adicional al artículo 396° del Código Civil peruano. El supuesto sería: *“También podrá iniciar el proceso de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada quien se considere padre biológico”*.

En síntesis, esta investigación se efectúa con el fin de agregar un supuesto idóneo que garantice el derecho de reconocer al hijo extramatrimonial de la mujer casada a favor del padre biológico, es decir, que incluya la promoción del progenitor de reconocer a su hijo sin ninguna condición. Simultáneamente, esta investigación pretende favorecer el interés superior del niño, el derecho a conocer su origen biológico y el derecho a la verdad. A la vez, se busca con la propuesta de modificación evitar jurisprudencia contradictoria debido a una mala interpretación del derecho de interés superior del niño e identidad.

En ese sentido, se contempla el artículo 396 del Código Civil peruano limita al progenitor bajo dos condiciones para ejercer su derecho de reconocimiento, sin importar que él también es parte interesada del proceso. Al mismo tiempo, afecta principalmente al derecho de identidad del menor el cual es amparado en la Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso.

Por ello, el propósito de este artículo científico es presentar una propuesta de modificación dentro del artículo en mención donde se le permita al padre biológico ejercer su derecho de reconocimiento sin necesidad de las acciones previas del aparente padre y la mujer casada.

Revisión de literatura

1. Antecedentes

Los antecedentes de este proyecto, inicia explorando distintos principios de investigaciones doctrinales, asimismo, obras, textos, escritos y revistas especializadas, los mismos que coadyuvan a los cimientos del presente artículo científico, además, para proponer el supuesto que garantice el reconocimiento del niño o adolescente.

A. Libro

El autor analiza la filiación extramatrimonial en Argentina. Mazzinghi (2015) afirma: "La incertidumbre respecto de la fraternidad extramatrimonial requiere que quien tenga conciencia de haber engendrado un hijo traslade la relación biológica al plano jurídico, reconociendo su paternidad". (p.12). Esto hace mención a que, si el padre biológico conoce que el menor pueda ser suyo, se le permita realizar con legítimo interés la acción contestataria.

El padre biológico constituye la misma verdad de la persona Según Cupis (1995). Expresa que la identidad filiatoria, surge del estado de familia, le sirve al hombre para posicionarse en la sociedad plenamente identificada. Pero esto, para Santos Cifuentes, es errado. No debe confundirse el abstracto y anterior estado filiatorio con la precisión del derecho a la identidad. La filiación fuente sobre la titularidad de derechos, por eso, cuando se investiga la paternidad, no se procura el ejercicio del derecho, sino la posición de la persona en la familia a la que pertenece.

B. Jurisprudencia

- Casación 2726-2012-SANTA I 2 de enero de 2014.

Esta jurisprudencia presenta los hechos donde el progenitor de la menor, solicito a través del proceso de impugnación de paternidad, en contra de la progenitora del menor la sra. Eva, y el aparente padre, Teodoro, la hija había nacido dentro del matrimonio de los demandantes, por ello se dio la regla legal de presunción *pater is est*. Se solicitó de manera accesoria romper el vínculo de filiación entre el aparente progenitor y la niña citada, y producir la nueva relación filial entre el demandante y la niña, para declarar la paternidad a favor del progenitor, dando la orden de inscribir la nueva partida de nacimiento de acuerdo a la nueva filiación de la decisión de la sentencia.

C. TESIS

Esta investigación posee como objeto de estudio la suposición "*pater is est*", es un órgano del derecho de familia, con una comparación actual en los principios constitucionales derecho peruano que influye en los cimientos de nuestro ordenamiento jurídico. Se busca conceptualizar, la presunción "*pater is est*", porque con sus inicios, se diferenciarán con el contenido la carta magna sobre la definición de la institución familiar, las funciones de los esposos, las obligaciones que se vienen de las nupcias, los hijos y la filiación a la conlleva este nueva institución.

La presente tesis muestra que la normatividad jurídica civil en impugnación matrimonial no está conforme al amparo absoluto que se merece el derecho a la identidad, debido a que, las leyes los únicos que tienen interés para obrar y solicitar la prueba biológica de ADN se encuentran contenidos en la presunción de paternidad matrimonial denominada *pater is est*, estableciendo límites que impiden la libre verdad de la paternidad del hijo reconocido dentro del casamiento.

Asimismo, se encuentran significativos del control difuso en demandas sobre filiación y el proteger la identidad como derecho fundamental, en nuestra legislación vigente.

Según Peña (2016) destaca que, nuestro ordenamiento jurídico peruano es aceptable la impugnación de paternidad, siempre y cuando exista la protección del niño, así como la protección a la familia durante la etapa del proceso de paternidad, respetando los derechos fundamentales expresos en nuestra legislación.

En ese sentido, Gastulo Muro y Taype Vásquez (2012) expresa aprobar la impugnación al progenitor para registrar como su hijo nacido con el fin de no contravenir la identidad y la verdad genética del infante, ya que es un derecho reconocido posee cada humano desde su alumbramiento, asimismo, tal impugnación tiene que cumplir con algunas condiciones, y esto se efectúa para preservar el principio fundamental del niño.

Considera Ramírez, R. (2018), que la normativa debe adaptar su esencia en cuanto se logre iniciar una acción contra la legitimidad pretendida del concebido durante la etapa del matrimonio, a tal modo que se logre una igualdad en el proceso y también incluir al padre biológico. Es decir, permitirles que puedan impugnar la paternidad en cualquier momento, respetando sus derechos fundamentales, y teniendo en cuenta la protección del niño.

Según Vargas (2011) determina que, el punto principal del derecho a la identidad comienza desde filiación, que están vinculados entre ellos, con respecto al nombre y las relaciones de familia, por ello, es importante que el niño tenga el derecho de conocer a sus padres, para poder sentirse seguro con ellos.

D. ARTÍCULOS

El artículo citado pretende que la suposición *pater is est* perjudica en parte, el principal Principio del Interés Superior del Niño según Casación N° 2726- 2012 Del Santa. En ese sentido, se pretende explorar examinar normas o derechos que contengan este principio, para dar respuesta modificatoria a esta presunción, con el fin de evitar su derogación.

Revista se muestra el concepto de filiación en un sentido genérico, definiéndola como la conexión del sujeto con su historia pasada, ya que en "sentido estricto" es la relación que vincula a los padres con los hijos; tanto en la filiación matrimonial como extramatrimonial existen cuestionamientos vinculados, de una lado, con la presunción "*pater ist est quem nuptiae demonstrant*", esta antigua suposición que data desde 1984, indica que el infante nacido en la unión de los esposos, se debe considerar como padre inmediato al consorte. Asimismo, se discute que la filiación matrimonial tiene como característica principal ser

irrevocable. Se pretende estudiar todos los aspectos importante sobre la jurisprudencia de la filiación en nuestro país.

Velásquez R.T. (2005) nos explica que, los niños extramatrimoniales, eran llamados bastardos, de modo que, no tenían iguales derechos que los hijos nacidos en el matrimonio. No obstante, la carta magna del Perú de 1979, estableció en el artículo 6, que “Todos los hijos tienen iguales derechos”; el cual sigue siendo vigente en nuestra Constitución de 1993.

Por ello, creo conveniente que el último párrafo del artículo 6 de la Constitución, solo confirma que no debe existir ningún trato diferenciador entre los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales, ya que tienen igualdad de derechos y deberes, por ello si es un hijo extramatrimonial no tiene que ser discriminado. Sin embargo, no es suficiente esta protección de la Constitución, ya que actualmente se siguen vulnerando los derechos fundamentales de los hijos extramatrimoniales.

Plácido Vilcachagua, A. (2008) menciona, el artículo 396 del Código Civil, donde conceptualiza a la inscripción del infante extramatrimonial de mujer consorte, solamente se le podrá impugnar la paternidad cuando la progenitora haya expresado que no es de su esposo y/o el padre haya obtenido sentencia favorable con una prueba de ADN de sustento.

E. Página Web

Se manifiesta en la página Web que los derechos a la identidad, de reconocer su genética original a conocer para ser instruido por sus padres reales, agregar que tiene una naturaleza convencional; en ese sentido, el estado de nuestro país tiene el deber según nuestro pacto social y la Convención sobre los Derechos del Niño, a protegerlos a toda costa. De la misma forma el juez siempre deberá elegir su duración ante cualquier otra norma que las pueda quebrantar.

2. Bases teóricas conceptuales

2.1. Presunción *Pater is est*

2.1.1. Concepto

Se puede definir a la presunción *Pater is est* como Rivera (2018) afirma: “es una norma que determina normativamente quién es el padre cuando se cumplen ciertas condiciones, en otras palabras, aquel que tácitamente genera un lazo filial que logra una tranquilidad y resguardo de la identidad del niño” (p.239). Se debe entender que el esposo es el progenitor del menor recién que surge en el casamiento.

Es relevante mencionar que el matrimonio forma parte de esta presunción. Torreblanca (2018) indica:

De esa forma, antes de las pruebas de ADN, era muy difícil obtener una prueba certera del parentesco, el legislativo prefirió indagar suposiciones basadas en temáticas fáciles de corroborar. Ese es uno de los motivos por lo que, al celebrarse matrimonio, cualquier

hijo nacido de manera automática tendrá como padre legal al esposo, ya que al ser una ceremonia trae consigo formalidades y obligaciones, entre ellas la ya mencionada presunción. (“*pater is est quod justae nuptiae demonstrant*”). (p.15)

Por lo mencionado, se advierte que la creación de este supuesto fue para amparar al recién nacido, dándoles estabilidad y certeza de derecho a la identidad.

2.1.2. La presunción *pater is est* en la actualidad

El Tribunal Constitucional opina que:

En temas por el cual, los hijastros se han equiparado al nuevo centro familiar, se considera que es contraria y arbitrario a la normativa constitucional el cual obliga a nuestro ordenamiento y a la comunidad a otorgar una protección a la familia. Por tanto, se considera que, así como el padrastro y el hijo allegado, en conjunto con sus nuevos familiares pasarían a conformar una nueva identidad familiar. Por otro lado, las experiencias compartidas con los nuevos integrantes del núcleo familiar se tornan más sensibles de materializar. En tal sentido, llevar a cabo una comparación entre el hijo afín y los hijos matrimoniales afecta la institución de la familia, vulnerando el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que protege a la familia. (Sentencia del Exp. 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 14).

Se interpreta que la realidad actual sobre temas de filiación es variable; es decir, cambiantes en lo tradicional. No obstante; esto no debe alterar la institución de la familia, en el sentido que el menor, a pesar que ya tiene un padre aparente por la presunción *pater is est* él también, contiene el derecho y deber tener el acceso a conocer su verdad biológica y concordarlo en la realidad jurídica.

2.1.3. La presunción *pater is est* y su no contradicción con el principio de igualdad y unidad de la filiación

Se debe indicar que se da una afinidad entre el principio de igualdad y unidad de filiación. Rivera (2018) expresa que la igualdad se basa en tratar a todos por igual sin ninguna diferencia, esta premisa sirve en la igualdad entre los hijos con sus respectivos derechos y deberes, derivados de la filiación. Aun así, la filiación extiende los deberes y derechos que se forjan en un matrimonio, es decir, la conocida presunción *pater is est*, no obstante; la definición de la constitución sobre los parientes familiares, incluso en la actualidad se reconocen distintas formas de familia, cada una con consecuencias jurídicas distintas.

Pinella (2014) nos dice que, fundamentalmente, de debe proteger la verdad biológica, así como también el derecho de la identidad del pequeño ante cualquier adversidad que pueda interponerse a fin de eludir su responsabilidad. Por tal motivo, estos derechos están cubiertos por las leyes, empero siempre estarán contienda por el interés superior del niño.

Sullón Silupu, I. (2015) expresa que, el supuesto *pater is est* regulado en el artículo 364 del Código Civil donde menciona el tiempo para interponer la acción contestatoria, afecta el

derecho a la identidad del hijo extramatrimonial, ende, es importante que se mantenga la protección y sobre todo la seguridad jurídica en cuanto a la familia.

2.2. Derecho al interés superior del niño

2.2.1. Como principio garantista

Se debe entender el concepto del derecho al interés superior del niño, para dar un análisis de ponderación entre el derecho mencionado vs el derecho de paternidad jurídica. Zuccolillo (2016) expresa: “Es entendido en doctrina como un principio indefinido y sujeta a varias interpretaciones, por un orden jurídico como psicosocial”. (s.p.) Es decir, este derecho es interpretado de manera subjetiva para los magistrados en la toma de decisiones judiciales. No obstante; está siendo mal interpretado al emitir jurisprudencia contradictoria.

Morales, M. (2017) nos dice que, la protección sobre el infante en una demanda de tenencia por el artículo cuarto de la Constitución Política del Perú es imperativa de modo que debería establecerse cuál de los progenitores proporciona mayor seguridad, atención, así como el desenvolvimiento de cuerpo y emociones del menor.

Sandoval, E. y Saravia, H. (2018) en su presente trabajo establecen que, el interés superior del infante es la visión que engloba todos los derechos de todo niño, convirtiéndose en una certeza jurídica para el menor.

Sokolich, M. (2013) contribuye que, la aplicación de este tema concierne a todas las personas que imparten justicia, por lo tanto, se debe de priorizar las consecuencias que puede sufrir el menor, siempre con la protección al menor, y debidamente motivado en las resoluciones relacionados con menores.

2.2.2. Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

Para entender los supuestos a esta premisa se analiza El Código Civil Peruano en su artículo 396°: “El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”.

Por lo citado anteriormente, se conceptualizará el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada Bustamante (2010) afirma que:

Se observa, de las reglas evaluadas llaman la atención y preocupa. Debido a que ni el propio hijo puede poner en duda esta relación filial, puesto que no puede existir un estado de familia beneficioso para el menor, si es él quien decide indagar en su paternidad. Por lo mencionado, insisto en mi posición en que cada caso debe ser

analizado de manera individual, sin poder establecer normas aplicables de manera automática a todos los casos. (s.p.)

El autor describe que no solo se está limitando al reconocimiento de parte del padre biológico, sino también al hijo nacido y matrimonio, reconocido por la presunción *pater is est*.

2.3. Derecho de Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

Se debe explicar cómo se da el derecho de reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada en nuestro ordenamiento jurídico.

Una fuente del derecho es la doctrina, está en nuestro sistema como lo menciona, Plácido enfatiza que el hijo de mujer desposada en el supuesto que el esposo no sea padre del menor enlazado por la filiación, se debe coincidir entre la verdad biológica con la filiación legítima, para garantizar el principio a favor de la verdad siendo primordial el interés superior del niño. (Vilcachagua, 2009, p. 177)

Por ello, en el presente artículo se busca garantizar una ponderación de acuerdo con la realidad jurídica y así evitar no tener contrariedad y jurisprudencia, para garantizar a la vez seguridad jurídica en estos temas.

2.3.1. Presunto padre biológico

Entonces el padre biológico pretende reconocer a su presunto hijo.

Asimismo, Krasnow, el supuesto padre biológico, tiene intención de lograr un emplazamiento que lo coloque en lugar de padre legal y, también, amparar el derecho del menor a conocer la verdad de sus raíces biológicas. Contar con el estado de familia le permitirá asumir la titularidad de la responsabilidad parental. (Vargas, 2011, p. 191)

Por lo tanto, el padre biológico quiere garantizar la verdad concordante con la realidad jurídica.

2.3.2. La filiación como derecho

En esta premisa se explica lo que se entiende por derecho de filiación. Vargas et al. (2011) refiera que cuando encuadra las acciones sobre filiación, sin embargo; es un argumento independiente las determinaciones de filis legal. Es decir, se debe entender como un derecho a acudir ante el poder judicial para establecer una filiación extramatrimonial. Lo que se busca es como reclamar una filiación o impugnarla cuando tu derecho te es limitado.

2.3.2.1. La filiación en la legislación internacional

2.3.2.1.1. Argentina

La normativa argentina reconoce de manera individual el derecho de reconocimiento de todos los interesados configura que “la definición de la paternidad extramatrimonial en su artículo 247°: hace referencia a que la filiación extramatrimonial se reconoce al padre biológica con una sentencia que la reconozca.” (Código Civil de la República de Argentina, 1869, p.62).

2.3.2.1.2. España

El autor analiza la filiación extramatrimonial como Canovas (1995): “El reconocimiento voluntario del menor extramatrimonial es un proceso riguroso unitario, puede hacerlo quien se considere padre, sin que sea conocido el otro (...)” (s.p).

2.4. Derecho a conocer el propio origen biológico

Derecho a conocer el propio origen biológico es conocer los propios orígenes a dar respuesta a saber de dónde proviene y entender la historia de su origen. El conocer el origen personal no implica la mutación del vínculo filiatorio. El derecho a saber la propia génesis es la base del desarrollo a plenitud. Quien ensaya que la base legal del derecho a la dignidad (faceta estática) y el libre desarrollo de la personalidad (faceta dinámica) es el conocimiento del verdadero origen biológico.

Guerra, R. (2015) afirma que, son aplicables los presupuestos la responsabilidad frente a casos de no reconocimiento de paternidad, de modo que el reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial genera responsabilidad civil en cuanto hubo una investigación donde se utilizó como técnicas el análisis documental y la entrevista que se aplicó a ciertos expertos en la materia, llegando a la conclusión que, el no reconocimiento de paternidad es un acto contrario al derecho mismo, por lo tanto, el daño debe distinguirse en tanto moral y material. Asimismo, este no reconocimiento de paternidad afectaría el interés superior del niño.

Macedo, R. (2016) expresa que, la etapa en la cual se inicia la acción de reconocimiento del padre biológico, y la vulneración de los derechos inherentes de los niños, no se encuentran incorporadas en nuestra Constitución, sino que se encuentran en el Código de los Niños y Adolescentes.

Suyón, I. (2015) plantea que, existe una problemática en cuanto a la afectación a la identidad del hijo extramatrimonial, de modo que, la presunción *pater is est*, no es pertinente su aplicación en estos tiempos, por lo tanto, se debe tener consideración el principio actualizado que mandará las acciones de filiación, el cual es, el principio es el derecho a conocer la verdad biológica, siendo aplicado y considerado por la mayoría de doctrinarios, así como en el derecho comparado.

2.4.1. La libre investigación de la paternidad

Se debe tener conocimiento de nuestra libertad a conocer nuestros orígenes.

Asimismo, Varsi Rospigliosi nos comenta que la indagación de saber quién es tu progenitor, forma parte del derecho moderno, pero al ser nuevo tema que aún sigue sin regular, se encuentra condicionado en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador no puede prohibir el uso de investigación de tus antecedentes biológicos, pero su regulación o vacíos pueden generar problemáticas en dicho derecho. (Vargas, 2011, p. 126)

Es decir, a pesar que este derecho este limitado no prohíbe su investigación de manera personal al origen biológico.

2.4.2. ¿Si el aparente padre no ha interrogado su parentesco, el supuesto padre biológico puede solicitarlo con impulso propio?

Para resolver la interrogante es necesario citar a nuestro ordenamiento jurídico. Código Civil Peruano (1984), nos señala que:

Artículo 396° Reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada

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

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

Se advierte, en el citado artículo que se vulnera el derecho de reconocimiento o paternidad jurídica correspondiente al padre biológico, ya que este último no puede iniciar un proceso de impugnación de paternidad en contra de hijo matrimonial de mujer casada, por la presunción *pater is est*.

2.5. Jurisprudencia

2.5.1. Casación 2726-2012, Del Santa

La Corte Suprema expresa que:

Asimismo, la menor y el recurrente, han complementado una muy buena relación de padre e hija, además comparten hogar con la madre legal, estos son los hechos para la demanda que solicita la anulabilidad de partida y el reconocimiento de paternidad con la niña, esto debido a la declaración que hizo la madre, la cual menciona que está conviviendo con el padre biológico de la menor, a pesar de que aún no se ha divorciado, dichos hechos no son contradichos por el supuesto padre legal, incluso las pericias psicológicas practicadas a la menor se corrobora que ella enfatiza con quien reclama reconocimiento con la menor, por ello como fundamento se precisó inaplicar el artículo 396° del Código Civil para salvaguardar el derecho a la identidad y basada en el principio interés superior del niño. (Casación del Exp. 02726-2006-PA/TC del 17 de julio de 2013, fundamento jurídico 14)

2.5.2. Casación 1622-2015, Arequipa

La Corte Suprema estima que:

Cuando se acredite la no paternidad, se debe descartar lo plasmado en el acta de nacimiento que no concuerda con los hechos biológicos, pero al tratar de vincular a alguien por temas de afectividad trae a colación que el menor no pueda tener un fin a conocer su origen biológico, el afecto no debe emplazar a la verdad biológica. Incluso no se sacia el derecho a la identidad de los niños, e incluso un órgano que imparte justicia les estaría negando y limitando a formar su personalidad de acuerdo a las de costumbres de quien lo engendro.

(Casación del Exp. 01622-2015-PA/TC del 03 de mayo de 2016, fundamento jurídico 12)

2.5.3. Casación 950-2016, Arequipa

La Corte Suprema consideran que:

Una niña se identifica con su aparente padre biológico, junto con la familia con la que creció, e incluso reconoce el apellido impuesto por la presunción como suyo, en consecuencia, el órgano jurisdiccional dio la razón a la identidad dinámica, con ello observamos como magistrados interpretan mal el principio de interés superior del niño, además de tener un mismo con distintas sentencias. (Casación del Exp. 01622-2015-PA/TC del 29 de noviembre de 2016, sumilla)

Materiales y métodos

Diseño de investigación

En cuanto al avance del estudio, resulta inevitable diseñar el artículo, para dar pie al esquema que se desarrollarán, en ese sentido, es necesario aclarar que esta exploración ha decidido usar herramientas como la investigación cualitativa, ayudándose de los instrumentos a mencionar:

- La búsqueda de la problemática.
- Uso de material bibliográfico
- Interpretación y exploración material bibliográfico
- Elaboración de un índice para crear un órgano del tema, ayudándonos de las variantes y objetivos específicos.

- Analizar los detalles e información que aporta cada autor y maestro, para coadyuvar a la materia de investigación.

Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos

Método analítico

Este método explora o tiene como fin separar la materia de estudio con el propósito de conceptualizar y/o definir cada objeto que se pretende investigar a profundidad, y así lograr un análisis contundente de la documentación e informes obtenidos por la exploración separada de distintos temas que complementan la investigación. En conclusión te ayuda a obtener doctrina e hipótesis teóricas importantes para el desarrollo del trabajo.

Análisis documental

Este trabajo usa la exploración escrita y documenta, es decir, que a través de la interpretación intelectual, se rescatan las definiciones más interesantes e importante para el debido crecimiento analítico e interpretativo de la investigación en mención.

Técnica de gabinete:

Fichaje

Esta herramienta, ayuda a esquematizar una mayor definición de los instrumentos teóricos otorgados por las fichas textuales y bibliográficas, las mismas que coadyuvan a unir toda la información recolectada, y darle un análisis de cada una de ellas, así lograr una solución uniforme al trabajo materia de investigación.

Fichas textuales.

Debemos resaltar los tipos de fichaje que existen, los más usado en este trabajo, son las fichas resumen, fichas de contenido, fichas de parafraseo, y de exploración, en este desarrollo de brindar una solución a la problemática y objetivos planteados, se tienen como más importantes las fichas textuales, puesto que, estas se acoplan mejor al temas doctrinario, además sirve para replicar ideas principales y secundarias, para formular párrafos ordenados y de mayor contundencia y orden.

Fichas bibliográficas.

La construcción de esta documentación se usaron fichas se han utilizado fichas bibliográficas para registrar los datos exactos de los libros, artículos o tesis empleadas como referencias bibliográficas, con la finalidad de tenerlas en cuenta en el desarrollo del trabajo.

Procedimientos

Tomando como punto de partida el objetivo general y objetivos específicos, que dan pie al trabajo a realizar, se necesitan para componer un desarrollo idóneo las siguientes herramientas:

- Exploración de la realidad cuestionada según el trabajo a desarrollar.
- Descripción del problema.

- Preparar de los objetivos: general y específicos, que se coligen con el planteamiento del problema
- Resumen y escoger de obras conforme a los temas del artículo.
- Interpretación aplicando el recurso de fichaje.
- Escritura final del ensayo.

Resultados y discusión

1.1. Discusión sobre la paternidad en las sentencias de casación

1.1.1. Control difuso en los procedimientos de filiación

Se tiene en rasgos distintivos para dar función al poder difuso de los magistrados, la jeraquía constitucional, el orden de las normativas y la invulnerabilidad de la constitución.

Asimismo, esta potestad se da como excepción en un caso en concreto, el magistrado inaplica la norma inconstitucional, e incluso sus efectos solo son para las partes implicadas, es decir, no son *erga omnes*.

En cierto modo, el control difuso es un instrumento de poder y deber para los jueces, para garantizar la supremacía constitucional y el orden de las normas. El Tribunal Constitucional, menciona que es un acto complejo, por ello se solicita para su validez, la legitimidad de cada caso en concreto, por ello se necesita el cumplimiento de los elementos a continuación; primero que la norma amenace o sea incompatible a la constitución, que al inaplicarse la norma inconstitucional se consiga una solución al conflicto del caso, y resulte visible la incompatibilidad con nuestra Carta Magna, a pesar de recurrir a una interpretación acorde a la Constitución.

Análogamente, los supuestos sobre presunción de paternidad matrimonial limitan al menor y al aparente padre biológico a buscar su verdadera filiación, debido a que solo tienen derecho a impugnar los esposos, incluso afecta el derecho a la identidad del menor, entendiéndose que esta norma civil es incompatible con estos derechos constitucionales. Dicho de otro modo, el Código Civil en su artículo 396° se interpone a que una persona tenga una filiación legítima, por la realidad biológica que ambos sujetos comparten, por ello, es necesaria su inaplicación, de manera que no solo resuelve el conflicto, sino también respalda el derecho a la verdad biológica.

En conclusión, al inaplicar el artículo en mención, esta se basará en la dignidad del ser, en valorar los derechos humanos, puesto que el magistrado optará por el derecho a que el padre biológico pueda reconocer su menor, y este último tenga acceso a saber sobre su origen. En resumen, el juez evitara que normas civiles impidan derechos fundamentales.

1.1.2. La aplicación del control difuso en jurisprudencia reciente sobre procesos de filiación

En la anterior premisa, se explicaba cómo funciona el control difuso en nuestro ordenamiento jurídico, de la misma forma el por qué utilizarlo para garantizar el derecho de

reconocimiento del aparente padre biológico, por consiguiente, narraremos resoluciones recientes que prefirieron utilizar control difuso, para garantizar la verdad biológica.

La Casación 864-2014- ICA, sobre nulidad de la partida de nacimiento por engaño sobre la paternidad del menor, en su fundamento quinto cita al artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, expresando que el derecho a la identidad del menor incluye el conocer tu origen biológico y llevar sus apellidos. Se agrega, que el artículo 395° del Código Civil el derecho de reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable, por tanto, el supuesto padre, también era limitado a impugnar su paternidad, por ello, esta casación uso el Control Difuso para inaplicar el artículo 395° del Código Civil, porque el artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, describe el derecho a la identidad, de conocer a los verdaderos padres. En resumen, se entiende como prevalece el derecho a conocer el origen biológico, es decir, estos procesos escogen la verdad filiatoria.

1.1.3. ¿Cuándo el aparente padre no ha cuestionado su paternidad, el padre biológico lo puede iniciar su reconocimiento?

En el texto de nuestro Código Civil, en su artículo 396°, se interpreta que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido no puede ser reconocido por su progenitor, hasta que la mujer haya manifestado que su hijo no es de su marido o cuando el marido lo haya negado y teniendo sentencia favorable. Entonces, se evidencia como este artículo perjudica directamente a garantizar el derecho de reconocimiento del aparente padre biológico.

Continuando, no existe regulación para que los padres puedan reconocer a su aparente hijo a la vez este menor tenga acceso a conocer a sus padres y llevar su apellido correspondiente a la realidad biológica, lamentablemente nuestro Código Civil de 1984 es guiado por el tradicionalismo ambiguo de nuestro país, ya que prefiere cuidar la tranquilidad familiar, no obstante, se estaría desarrollando un artículo basado en el subjetivismo.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1377 modifica nuevamente el artículo 396° y 402° inciso 6, para tratar de garantizar el derecho de reconocimiento por parte del aparente padre biológico, no obstante están normas siguen siendo limitantes a las acciones de los esposos que comparten filiación con el menor, ya que el artículo 402° inciso 6, hace referencia a la prueba de ADN, que constituye un medio probatorio idónea para reconocer al hijo extramatrimonial de mujer casada, sin embargo, si llevamos esta posibilidad a la realidad no se configuraría para el aparente padre biológico, ya que el por impulso propio no podría obligar al menor o padres del menor a practicarse dicha prueba, por no tener ningún tipo de vínculo aun con su aparente hijo. Se debe entender que en la actualidad existen nuevas realidades respecto a la filiación, se necesita la modificación del artículo 396° para que el aparente padre biológico pueda obtener su derecho de reconocimiento, al ser parte involucrada del conflicto.

Ahora bien, en la casación 2726-2012- Del Santa, el Sr. Nolberto Roca impugna la paternidad del Sr. Teodoro Guerrero, sustentando que la menor reconocida por el demandando es su hija biológica, basándose en que tuvo relaciones sentimentales con la Sra. Cardenas, esposa del Sr. Guerrero, se realiza una prueba de ADN y se concluye que el padre biológico de la menor es el demandante, ante ello el demandado utiliza la presunción *pater is est*, ya que la menor nació dentro del matrimonio, y dicho reconocimiento es irrevocable.

En primera instancia se declara fundado a favor del Sr. Roca, utilizando como fundamento que en el caso en concreto no se podría aplicar el artículo 396° a favor del demandado, por lo expuesto se declara el reconocimiento entre la menor y su verdadero progenitor. Ante ello, el demandado impugna la sentencia de primera instancia, a lo cual esta es revocada considerando que la menor tiene calidad de hija matrimonial.

Continuando, la sala suprema se considera como fundamentos, la prueba de ADN a favor del demandante, pero también el vínculo familiar adoptado entre la menor y el padre biológico, esto a través de informe psicológico, la cual lo reconoce como figura paterna, por lo tanto, les resulta posible utilizar Control Difuso para inaplicar el artículo 396° del Código Civil, justifico en el principio interés superior del niño y adolescente, se consigue la realidad filiatoria. En este caso, se realiza un reconocimiento del padre biológico, sin que el aparente padre haya negado su paternidad, se entiende que se ha garantizado el derecho de reconocimiento, no obstante en este caso en concreto no se priorizó eso sino el buen vínculo que lleva la menor con su ahora padre legal y biológico, otro punto a resaltar en esta sentencia es que se tomó en cuenta un informe psicológico para entender la opinión de la menor sobre su derecho de identidad, en cuanto fue valorada por los magistrados.

1.1.4. ¿Al impugnar o negar la paternidad se va en contra del principio interés superior del niño o de los padres?

En el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo IX se interpreta que el Interés superior del niño y del adolescente, que, ante cualquier medida adoptada por el estado, sus poderes y entes, se considerará el principio en mención, junto con sus derechos.

Se entiende entonces, por lo citado que cualquier resolución judicial debe estar sustentada y primar el principio interés superior del niño, entonces al existir hechos a favor de la verdad biológica y la estabilidad familiar, entre ambos está incluido el derecho a la identidad del menor, ya que está incluida en el principio de interés superior del niño.

1.1.5. Sentencias a analizar

1.1.5.1. Sentencias peruanas

1.1.5.1.1. Casación N° 3801-2010 Puno

El Sr. Yapuchura fue notificado con una demanda de alimentos interpuesta por la Sra. Yapuchura. Sin embargo, el Sr. Yapuchura se opone judicialmente la paternidad de la menor, precisando que con la demandada no convive desde hace diez años, por lo que la menor ha sido procreada con otro hombre quien no se identifica. Por estas razones, la emplazada ha manifestado falsamente que él es el padre de la menor. Además, sus hijos estuvieron bajo la tenencia del demandante quien asumía todos los gastos.

El Juzgado al igual que la Sala Superior declaró infundada la demanda, que el demandante solicita que se declare a través de una sentencia consentida la impugnación de paternidad con la menor con la finalidad de que no se identifique con su apellido, el cual fue registrado por la madre sin su consentimiento. Es así que, el demandante solicitó que se le haga la prueba de ADN, sin embargo, los fundamentos del presente recurso de casación no han considerado que el ADN sea admitido como una prueba que permite la contradicción a la atribución legal de paternidad, lo que certifica que el demandante no es el padre de la menor que se le atribuye

como tal. Con esta sentencia se demuestra lo que ocurre en incontables demandas en las que la impugnación de paternidad no se realiza por interés del niño, sino que se hace con el objetivo de favorecer únicamente el deseo de la parte demandante. De tal manera, los jueces supremos evaluaron si la demanda está interpuesta a favor del interés de la menor, llegando a la conclusión que, lo que en realidad se persigue es que la menor pierda su paternidad, lo que se empeora porque dicha menor no puede expresar.

1.1.5.1.2. Caso Taype vs Huancoccallo

El Sr. Taype contrajo matrimonio civil con la Sra. Hancoccallo, luego de comunicarle que estaba embarazada, y actuando de buena fe decidió reconocer a su hija y la registró en la Municipalidad Provincial de Arequipa.

Posteriormente, en una de sus discusiones ente los cónyuges, la Sra. Hancoccallo le manifestó que no era el verdadero padre de la niña; producto de esto el Sr. Taype se realizó una prueba de ADN en el cual salió como resultado negativo, es decir no era su hija biológica.

Es por ello que, el Sr. Taype solicita que se declare a través de una sentencia consentida la impugnación de paternidad; por lo que la Sra. Hancoccallo contesta la demanda, declarando que el reconocimiento de paternidad tiene carácter de irrevocable de acuerdo al artículo 395 del Código Civil, asimismo, en aplicación de los artículos 363 y 364, sobre la acción contestatoria de la paternidad y el plazo de noventa días para negar a su hija.

El Juzgado rechaza la pretensión con los siguientes motivos: “Al realizarse la prueba de ADN, hay una seguridad del 99% sobre la relación paterno-filial que existe entre el Sr. Taype con la niña de iniciales L.L.T.H., no obstante, no puede dejarse de lado el vínculo que se ha generado entre ambos cónyuges, por lo que ha generado una estabilidad familiar donde la menor se siente identificada. Es por ello que, teniendo en cuenta al Interés Superior del Niño, es que no se puede dejar de considerar la conveniencia del resultado del presente proceso sobre la menor, quien será privada de desplegar la identidad que hasta hoy se reconoce como propia, por lo que resulta pertinente desestimar la demanda de Nulidad”.

Apelando y revocando la sentencia por la Segunda Sala Civil manifiesta que: “En lo que se refiere a la causal de objeto físicamente imposible, es sobre la posibilidad de existir conforme a las leyes de la naturaleza de los bienes que forman la relación jurídica a los que se quieren integrar los derechos y deberes nacidos del mismo acto jurídico. En este caso, con la prueba de ADN se concluye categóricamente que el demandante Taype no es padre biológico de la niña, la misma que constituye prueba plena conforme lo previsto por el artículo 402 del Código Civil. Del mismo modo, el Colegiado manifiesta que existen razones jurídico constitucionales para priorizar el Derecho a la Identidad, como lo ha sostenido el TC en la sentencia 0550-2008-AA, declarando que “ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. Ello significaría que una parte de la Constitución quedaría invalidada so pretexto de otra, lo que resultaría no solo paradójico sino abiertamente irrazonable e irracional”. Este Derecho a la Identidad que tiene toda persona comprende, no sólo, el Derecho a un nombre, sino también a conocer a sus verdaderos padres y llevar sus apellidos.

Asimismo, en aplicación de los Derechos mencionados anteriormente, resulta pertinente priorizar que la niña conozca a su verdadero padre, así como llevar sus apellidos, conforme se

ha establecido en las sentencias 227-2000-PA/TC, 0550-2008-AA entre otras. Es por eso que, se revoca en parte la sentencia y se declara fundada la pretensión principal, así como la accesoria.

1.1.5.2. Jurisprudencia internacional

El objetivo principal de analizar jurisprudencia internacional, es entender como el derecho comparado resuelve este tipo de conflictos, y a quien pondera entre la estabilidad familiar y la verdad biológica, dado que se va observando una inclinación moderna en el desconocimiento de la filiación.

1.1.5.2.1. Caso Serrano Santa Cruz Vs El Salvador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con el fin de entender jurisprudencia de la Corte Interamericana, citamos artículos de La Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde precisa que los seres humanos debemos contar con un nombre de acuerdo a los apellidos de sus padres. También, en la Convención de Derechos del Niño, describe que se debe inscribir el nacimiento y asignarle un nombre al niño, y sobre todo garantizar el derecho a conocer a sus verdaderos padres y ser atendidos por ellos. Semejante al derecho de identidad que debe ser respaldado al ser un derecho fundamental.

Tal es el caso de las hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enlazó la verdad biológica con el derecho a la identidad, dándole un concepto fundamental, de lo que abarca ese derecho, se entiende que toda persona tiene derecho a la identidad, pero que se comprende por identidad; bien la Corte establece que la identidad es dinámica por el desarrollo que conlleva su personalidad, a través de sus experiencias, pero para la formación de todo esto se precisan elementos, entre ellos la verdad personal, es decir, lo estrictamente biológico, forma parte de la identidad para evolucionar en nuestra personalidad.

En el caso en mención, la Corte Interamericana adoptó a la verdad biológica como parte de la identidad, dándole el carácter de derecho fundamental, siendo oponible erga omnes, para todos. A pesar de ello, este nuevo derecho no es reconocido por ninguna legislación latinoamericana, no obstante, se debe respetar que es un derecho fundamental parte del derecho a la identidad.

Antagónicamente, la verdad biológica forma parte de la identidad por la relación de generar una personalidad, creando la duda que los derechos con vínculos jurídicos, también generarían identidad, pero en este orden ideas se debe prevalecer lo esencial.

1.1.5.2.2. Jurisprudencia Española

El Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional la norma que fijaba el plazo de un año para impugnar la paternidad matrimonial, ya que no está previniendo el hecho que el padre no conozca la verdad biológica que comparte con su hijo.

En esta sentencia del Supremo Tribunal, adopto por derogar dicha norma, debido a que prevé la situación de desconocimiento del aparente padre, dándole la oportunidad de impugnar la paternidad, y que el menor tenga una verdadera condición filiatoria concorde a su realidad biológica.

1.1.5.2.3. Jurisprudencia Argentina

En el caso de Argentina, aún se encuentran en discordia la inconstitucionalidad de la caducidad para impugnar la paternidad matrimonial, este es un caso del 2002, donde el demandante alega no ser el padre de la menor, sustentándose con una prueba biológica; la mayoría de jueces argentinos resuelve estos casos con una contestación de prescripción a dicho derecho, no obstante este caso, resuelve fundamentando que se está limitando el acceso a la justicia de manera arbitraria, a su libertad de conocer la verdad, ya que al asignarle un plazo para impugnar se releva posición de accionar al verdadero momento de enterarse sobre la verdad biológica, incluso se le impone responsabilidad ajena por una falsedad de filiación.

La cámara, resuelve que, si una filiación está basada en lazos del instituto de la familia y en vínculos de sangre, este caso no cumple dicho razonamiento, siendo ello contrario a las dispuestas por la constitución. Sin embargo, actualmente se discute que aceptar la verdad biológica en este caso, puede alterar la seguridad jurídica, de poner en riesgo el principio de interés superior del niño, por eso la doctrina argentina plantea a manera de solución aumentar el plazo de impugnación.

1.1.5.2.4. ¿Qué nos muestran estas sentencias analizadas?

De lo descrito, se pueden extraer tres ideas principales, la primera que en ninguno de los casos se ha preparado a la menor para perder su paternidad, ni mucho menos alguna opinión psicológica de la menor; segundo entre la disputa de la filiación jurídica y la filiación biológica, prima esta última, a pesar de que la normativa civil vaya en contra, es decir, si nuestra jurisprudencia va a favor del aparente padre biológico, por qué no reconocerlo en nuestro ordenamiento jurídico, para evitar jurisprudencia innecesaria ante un mismo tema; tercero, en los casos expuestos, se analizan más los intereses de las partes en conflicto, siempre en favor del interés superior del niño.

1.2. Una propuesta de solución

1.2.1. La filiación y su conflicto de derechos, la ponderación como solución razonable

En relación a lo mencionado, se observa el conflicto entre los derechos fundamentales del niño, el padre impugnante y el aparente padre biológico, de acuerdo a nuestra realidad jurídica, se manifiesta que este conflicto se soluciona con una ponderación, reconocida por el Tribunal Constitucional, en la gran mayoría de casos resuelto por este ente, están a favor de la verdad biológica, para primar el interés superior del niño, ya que de ella deriva el derecho a la identidad y está a la vez a la verdad biológica.

Se manifiesta que el conflicto de derechos, es entre la vinculación fáctica y biológica. Esta última resulta esencial para la identidad de la menor, sin embargo, la vinculación fáctica también forma lazos de afectividad. No obstante, la realidad biológica es una sola y esa es que la debe formar el vínculo jurídico, además en la actualidad tenemos familias reconstruidas o de crianza, con esto desarrollamos, que al quitar a una menor el vínculo jurídico que no le

correspondía para asignarla con su verdadero padre biológico, no le quita el lado afectivo que haya creado con su supuesto padre, ya no podemos limitar el derecho reconocimiento con derechos o interpretaciones subjetivas.

1.2.2. Test de proporcionalidad

Por lo dicho, este conflicto de derechos puede utilizar un test de proporcionalidad, de optar por la verdad biológica antes que la estabilidad familiar, ya que la primera está ligada con el derecho fundamental de la identidad del menor y a la vez con el principio de interés superior del niño, debido a que se está optando por lo más favorable para el menor y adolescente según las circunstancias concretas.

Se busca que encontrar una herramienta de acuerdo a la realidad, es decir, un hecho se presenta en la realidad y debe concordar con la norma, y resolver el conflicto de acuerdo a norma, respetando la ponderación correcta para el menor y quienes forman parte del proceso.

1.3. Aspectos a considerar para una solución proporcional

1.3.1. La opinión del niño y adolescente en el ámbito judicial

Se debe precisar, que nuestras fuentes de derecho ayudan a encontrar una solución proporcional, que sea justa para todos, no obstante, a pesar de que nuestra problemática se base en la literalidad de los hechos y norma, es decir, que la filiación legal sea concurrente con la verdad biológica, nuestra jurisprudencia toma en cuenta la opinión de los menores involucrados, debido a que ellos crearon sentimientos por quien consideraron su padre.

La manera que adoptan o escuchan la opinión del menor es a través pericias psicológicas, entienden sus pensamientos y emociones, ya que consideran que al crear lazos con el aparente padre les dio una identidad dinámica, influyendo esto en la decisión judicial. Sin embargo, considero que la opinión del niño es totalmente afectiva, de esta forma la opinión de los menores es importante, pero no en todos los casos, debido a que ellos aún no han desarrollado una capacidad de elegir entre quien tuvo la oportunidad de ser su padre, y de quien le fue arrebatada. Incluso, la mayoría de sentencias prefieren solo evaluar una opinión del niño a través de pericias, y no de citaciones en juzgado para evitar confusiones emocionales en el menor, entendiéndose que el menor también podría inclinarse por conocer a su verdadero padre biológico.

La norma considera, que se fija la opinión de un adolescente a la edad de 14 años, debido a que su personalidad se ha moldeado a dicha edad, no se puede darle el mismo grado de importancia de opinión entre un niño y un adolescente, debido a que este último ya está a puertas de su mayoría de edad. Incluso, al adolescente de 14 años nuestro ordenamiento jurídico le otorga capacidad de ejercicio desde que alumbró a un hijo, es decir, actuar sin necesidad de un representante legal. También, cuando un adolescente de 16 años de edad contrae matrimonio, adquiere o se adapta para el ejercicio de trabajo o profesión.

En síntesis, los adolescentes mayores de 14 años de edad, su opinión tiene un mayor valor ante una decisión judicial, puesto que adquiere mayor desarrollo de su personalidad y discernimiento. Entonces, al tomar en cuenta opiniones de menores con discernimiento desarrollado, se le debería considerar y respetar como una decisión libre e informada.

Tomando en cuenta las sentencias citadas, la mayoría adopta las pericias psicológicas del menor para crear un vínculo con quien tenga mayor afinidad, ya sea con el verdadero padre

biológico o el aparente padre, pero en estos casos se debe valorar la opinión cuando el niño desarrolla su personalidad, no cuando aún su discernimiento no puedes ser informado con hechos que puedan alterar su estabilidad emocional; al garantizar la verdad biológica en los menores se le da la oportunidad de conocer su verdadero origen y crear nuevas raíces que si le eran correspondientes, a pesar de que haya desarrollado afectividad con su padre aparente, también podrá crear lazos de afectividad con quien le dio la vida, además que la mayoría de doctrina internacional valora la verdad biológica, porque el objeto de la filiación es cumplir hechos con la norma, y no tomar al menor como objeto de tutela.

1.3.2. No es suficiente conocer la opinión si esta no es libre e informada

En el año 2018, se dieron modificaciones al artículo 396 del Código Civil, a través del Decreto Legislativo N° 1377, en la cual permitía que el aparente padre junto con una prueba de ADN pueda impugnar la filiación que comparta con su supuesto hijo, esto da la posibilidad de desprenderse de cualquier obligación frente al menor, menciono esto debido a que la jurisprudencia que acepta la afectividad antes que la verdad biológica, la norma también estaría permitiendo dejar al menor sin una identidad, por prevalecer la filiación real, es decir, prevalecer la realidad y quitar la filiación legal que no corresponde.

Entonces, si para impugnar la paternidad se necesita realidad biológica, y de acuerdo al resultado se emitirá sentencia sobre revocar o no una filiación, por qué no darle el mismo tratamiento al padre que desea reconocer a su aparente hijo biológico, esto debido a que algunos jueces prefieren la identidad dinámica ante la estática,

Tal como hemos advertido en sentencias, cuando se trata de impugnar o cuestionar la paternidad en un menor, se realiza el procedimiento de examen de ADN, como único medio de prueba, para tomarse las decisiones, estas se toman en las audiencias con muestras genéticas de los intervinientes, en este caso, del menor, el padre formal, la madre y a veces el aparente padre biológico que reclama la filiación legal, a través de un hisopado bucal, cabellos o muestras de sangre.

Las audiencias que practican dicha prueba, algunos menores se niegan a colaborar con brindar muestras para los estudios, por eso considero que antes de realizar estos exámenes se le debe informar o explicar al menor el motivo de dichos estudios, para tener una postura del niño, esta información puede ser trabajada con psicólogos, que gracias a los avances han adquirido mejores sistemas para no alterar el interés superior del niño, protegerlo ante cualquier situación de cambio de los resultados que se obtendrán.

Como lo mencionaba, se debe reflexionar y realizar una terapia psicológica al menor antes de realizar las pruebas de ADN, ya que él está a punto de perder su filiación legal o vínculo paternal, para que de esta manera pueda enfrentar su disputa de paternidad, y así pueda dar un consentimiento de manera informada y preparada.

La mayoría de jueces utiliza como fundamento el interés superior del niño, como un tema inconcreto, como un modelo de usar para todos los jueces, no obstante, a pesar de ser muy usado en sus sentencias para fundamentar sus decisiones, no se deben aplicar a situaciones indefinidas, como lo es un tema de reconocimiento de paternidad, donde el problema es asignar la filiación a quien tenga la paternidad biológica, se deben resolver estas situaciones a través de hechos concretos y no temas subjetivos o abstractos.

Por ello, considero que el interés superior del menor se basa en preparar al menor de manera psicológica ante un posible cuestionamiento de paternidad, y a la vez centrar en sus emociones la información sobre los exámenes de ADN que se le practicarán, de esa manera ellos estarán advertidos a cambios, y ante un posible consentimiento informado.

Al tener un consentimiento informado, el juez debe verificar en los hechos exactamente probados, que lo más beneficioso para el menor o adolescente, es proteger su interés superior del niño a través de una preparación psicológica, y prevalecer la identidad biológica que posteriormente tendrá una nueva identidad familiar.

1.3.3. La investigación de paternidad e interés superior del niño

Al enlazar el de tema de interés superior del niño y el principio de investigación de paternidad, se encadenan a la filiación, son mi base para modificar el Código Civil, para lograr unificar el tema de reconocimiento de hijo extramatrimonial al padre biológico de mujer casada con el proceso de impugnación de paternidad matrimonial, teniendo como principal objeto de protección a la identidad real del menor.

Refiriéndonos al tema de investigación de paternidad, esta se fundamenta en la averiguación biológica de la paternidad a través del proceso judicial de filiación, este precepto apunta a que todo sujeto tiene la potestad de proceder jurisdicción efectiva, con el fin de conocer y fundar su origen biológico o identidad filial, dándole la debida importancia al derecho de identidad del menor.

El fin de este principio, es estribar la libre potestad que tiene un sujeto para investigar sus raíces biológicas, se le dé la oportunidad de relacionarse con sus familiares y poder crear una personalidad de acuerdo a sus costumbres y creencias. Siendo este esencial para dar la filis con su verdadero hijo. Este principio establece veracidad tanto biológica como judicial, además que quien lo solicita tiene total legitimidad, la cual en nuestro ordenamiento es limitante al no darle la posibilidad al padre biológico de realizar una impugnación por impulso propio en el artículo 396 del Código Civil. Se debería entender que, al solicitar una prueba de ADN, el sujeto tiene un interés, que trata de sustentar.

Como lo había mencionado, en el artículo ya mencionado se observa un condicionamiento para el caso de los hijos reconocidos bajo la presunción *pater is est*, una posición que inseguridad al derecho de identidad del menor que es considerado hijo legal del matrimonio. Hasta la actualidad no existe cimientto que merezca formar una diferencia entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ya que el principio de investigación de paternidad es independiente para establecer la filiación legal del menor.

Dicha limitación se observa en la tipificación actual del Código Civil con el artículo mencionado anteriormente, que solo le asignan legitimidad activa a la madre que niega que su hijo sea de su marido y el aparente padre que niega con sentencia favorable, por eso es necesario aplicar la libre investigación de paternidad para cualquier caso de filiación, puesto que al buscar la identidad filial, no es un tema de irrefutable sino esencial para todos sin excepción, ya que al dar la contra a este principio se estaría yendo en contra del derecho fundamental de la identidad.

Por ello, al garantizar el principio en mención, se da un gran respaldo dentro de la filiación biológica de todo hijo, debido a que se alcanza a conocer las raíces biológicas de la persona, siendo suficiente para proteger su derecho a la identidad, y así ejercer los derechos derivados de este, propios del nexo filial.

Desde luego, este principio rebusca proteger la verdadera filiación del menor, permitiendo amparar el derecho a la identidad biológica, a razón de que su aplicación se logrará tener conocimiento su verdad biológica del niño o adolescente, por tal razón no se debe limitar dicho actuar que impida garantizar una filiación de acuerdo a la realidad de hechos biológicos, para brindar un amparo integro de derecho a la identidad del menor.

Se debe resaltar, que el significado del principio del interés superior del niño se basa también en obedecer y amparar todos los derechos del menor, dados en normas nacionales e internacionales, todo aquello que lo salvaguarde, buscando su comodidad dentro de cualquier ambiente y situación que se dé por algún cuestionamiento a su paternidad.

Por esto, es necesario que nuestros magistrados tomen en cuenta el principio de investigación de paternidad para aplicarse en esta situación la verdadera filiación legal del menor, encontrándonos así el confort del menor, que está por encima de cualquier fundamento particular de subjetivismos.

Considerando una protección especial a los menores, ya que ellos tienen una condición de ser de primordial protección para todos, más aún el derecho, protegiendo estos dos principios y el derecho a la identidad, se enriquece el desarrollo personal conveniente para el niño o adolescente. Como se sabe el menor, no se puede defender por sí solo, necesita de un representante para ejecutar o propugnar sus derechos, al igual que un adulto.

Además, el principio de interés superior del niño está regulado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, donde señala *que toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos.*

Por lo tanto, todo menor debe poseer un amparo especial, respaldado por cualquier institución o autoridad, para su crecimiento personal, en los aspectos, físico, moral, social, moral, ético, etc. En conclusión, los órganos judiciales necesitan ejercer dicho principio antes de tomar cualquier decisión judicial que enlace tema con menores de edad.

Justamente, en favor del mencionado interés, siempre deberá primar lo más benéfico para el niño o adolescente en situaciones de absolver cuestiones que puedan alterar su protección, desarrollo integral y sus derechos fundamentales, en sí todo lo que sea sustancial para su vida y sea a la vez un provecho para el menor.

Este mismo principio lo encontramos en La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 3° inciso 1, mencionado 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.*

Por consiguiente, busca amparar el desarrollo íntegro del menor, dándole la calidad de sujeto singular en nuestra sociedad, por ello se prioriza todos los derechos relacionados al menor, de esta manera minimizar cualquier tipo de daño que podría destruir al menor.

Con respecto a su filiación, el principio se enlaza con la verdad biológica para otorgar la verdad al menor sobre sus verdaderos progenitores, por eso cada caso a resolver sobre este tema se deben analizar desde esa perspectiva que garantice su desarrollo integral, ya que, dándole a conocer su origen, crea personalidad de acuerdo a sus verdaderas raíces, además el derecho a la identidad abarca el concepto de origen biológico.

1.3.3.1. Propuesta de regulación de un nuevo supuesto para el derecho de reconocimiento de hijo extramatrimonial del padre biológico de mujer casada

De esta manera no solo se garantiza el derecho de reconocimiento del padre biológico, sino al principio de libre investigación de la paternidad para cualquier sujeto que se tenga interés, puesto que al desarrollar esta premisa se permite al padre biológico y al menor crear un nuevo desarrollo personal basado en verdaderos orígenes biológicos.

El supuesto sería: *“También podrá iniciar el proceso de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada quien se considere padre biológico”*.

Conclusiones

1. Nuestro ordenamiento jurídico, en su artículo 396° del Código Civil Peruano limita al verdadero progenitor de reconocer a su hijo e impide conocer el origen biológico del menor, vulnerando el derecho de identidad, por lo cual no garantiza el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial del padre biológico de mujer casada.

2. Para garantizar el derecho de reconocimiento del padre biológico es necesario incorporar un supuesto adicional al artículo 396° del Código Civil Peruano, donde el padre biológico pueda tomar acciones de reconocimiento por sí mismo, siendo esta arribada en el presente artículo científico.

3. A fin de garantizar el derecho de reconocimiento al padre biológico, se propone un supuesto adicional al artículo 396° del Código Civil Peruano, pero en cierto modo, esta modificación, también evitará el uso excesivo de Control Difuso en los procesos de filiación extramatrimonial, en el caso de mujer casada, debido a que al venir siendo vulnerado el derecho de reconocimiento, algunos jueces optan por inaplicar el mencionado artículo y deciden prevalecer la verdad biológica.

Recomendaciones

Es necesario adoptar el derecho de reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada, debido a que no se encuentra regulado de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante, la Corte Interamericana ha enlazado la verdad biológica con el derecho a la identidad, garantizando así el derecho de reconocimiento.

Esta modificación podría brindar una sola postura de solución a esta controversia, evitando así jurisprudencia contradictoria ante un mismo tema, donde debería prevalecer la verdad biológica a la imposición de la filiación legal.

Referencias

1. Avalos, B. (2017). *La inaplicación del artículo 396° del Código Civil y los Derechos de los menores de edad a la identidad, a conocer su propio origen biológico y a ser cuidado por sus propios progenitores*. Recuperado el 1 de noviembre 2017, de <https://lpderecho.pe/inaplicacion-arti-396-codigo-civil-menores-identidad-origen-biologico-verdaderos-progenitores>
2. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia (2010). “Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial”, Código Civil Comentado. Tomo II. Derecho de Familia (Primera Parte). Tercera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Perú.
3. *Código Civil de la República de Argentina*. (1869): Congreso Nacional de Argentina. SPIN CANOVAS. Diego: "Manual de Derecho civil español". Volúmenes I y II (Editorial Revista de Derecho Privado). Madrid. 1951-52.
4. *Código Civil Peruano*. (1984). Lima: Congreso de la República del Perú.
5. Corte Suprema de Justicia de la República (2013) CAS. N° 3801-2010 Puno (La negación de la paternidad del marido por parte de la esposa).
6. Corte Suprema de Justicia de la República (2012) CAS. N° 2726-2012 Del Santa (Eva Elvira Cárdenas Rosales contra Teodoro Arturo Guerrero).
7. Corte Suprema de Justicia de la República (2016) CAS. N° 1622-2015, Arequipa (Esteban Ccopa Ojeda contra Filomena Ana María Gutiérrez Huamán).
8. Corte Suprema de Justicia de la República (2016) CAS. N° 950-2016, Arequipa (Luis Alberto Medina Vega contra Olivia Olinda Sánchez Medina de Medina)
9. Corte Suprema de Justicia de la República (2014). CAS. N° 864-2014- ICA (Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela).
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Exp. N° 118-2004 (Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, y sus familiares contra El Salvador)
11. CUPIS citado en CIFUENTES. Santos. (1995), *Derechos personalísimos*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. p. 606.
12. D.L. N° 1377. Que Fortalece La Protección Integral De Niñas, Niños Y Adolescentes. Diario Oficial El Peruano (2018)
13. El derecho a la identidad del niño vs La paternidad jurídica, Casación 2726-2012-SANTA (Tribunal Constitucional 2 de enero de 2014).
14. Gastulo, M. y Taype V. (2012). *El derecho a la identidad y verdad biológica de hijo de mujer casada frente a la presunción de paternidad en el código civil peruano* (Tesis de posgrado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo).

15. Guerra, R. (2015). *La responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial en Huancavelica – 2014*. (Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo).
16. Macedo, R. (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: Norberto Hugo Roca Maza*. (Tesis de Pregrado, Universidad César Vallejo)
17. Marissa, Z. (23 de agosto de 2016). *Aspectos Jurídicos*. Obtenido de l interés superior del niño en la convencion sobre los derecho del niño y otras leyes: <http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulosjuridicos/?id=520>
18. Maza, J. A. (2019). *El control difuso en los procesos de filiación de paternidad y la protección del derecho a la identidad como derecho fundamental* (Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política).
19. Mazzingui, J. A. (2015). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma .
20. Morales, M. (2017) *El interés superior del niño en el proceso de tenencia*. (Tesis Maestría Universidad Nacional Federico Villarreal. Loma. Perú).
21. Peña, K. (2016). *Impugnación de paternidad de hijo extramatrimonial desde la perspectiva del interés superior del niño en el sistema jurídico peruano. Expediente N° 3873- 2014-San Martin*. (Tesis de postgrado, Universidad Científica del Perú).
22. Plácido V., A. (2008, 29 de Setiembre). *La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: el reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada*.
23. Pinella, V. (2014). *El interés superior del niño / niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. (Tesis de grado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú).
24. Ramírez, R. (2018). *La intangibilidad del Derecho a la identidad, dos caras de una moneda: Impugnación de paternidad y declaración de paternidad en el hijo nacido de mujer casada*. (Tesis Pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú).
25. Rivera, K. (2018). *La afectación del principio de interés superior del niño a partir de la presunción pater is est*. *Revista Derecho & Sociedad*, 239.
26. Sandoval, E. y Saravia, H. (2018) *La tenencia del niño y su principio de interés superior*. (Tesis Maestría. Universidad Nacional de la Amazonia Peruana. Iquitos. Perú).

27. Sentencia del Exp. 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 8.
28. Sokolich, M. (2012). Reflexiones sobre el tratamiento de la filiación en el Perú. *Revista del Instituto de Familia*, (4), 59-68. <http://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/download/421/286/>
29. Sokolich, M. (2013). *La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano*. VOX JURIS, 25 (1), pp. 81-90. Lima (Perú).
30. Sullón S. I. (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 para optar el título de abogado, Universidad Nacional de Piura).
31. Suyón, I. (2015). *Análisis de la aplicación de la presunción pater is es 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).
32. Tantaleán, M. P. (2017). *La vulneración del derecho a la identidad del menor en casos de impugnación de paternidad matrimonial* (Tesis para optar el grado profesional de abogada). Universidad San Martín de Porres de Lima, Perú.
33. Tribunal Constitucional (2007). Exp. N° 09332-2006-PA/TC (Reynaldo Armando Shols Pérez contra el Congreso de la República).
34. Tribunal Constitucional (2000). Exp. N° 227-2000-PA/TC (José Pedro Vila Rodríguez, en nombre y representación de don Antonio M.F. contra doña Carmen y doña Antonia Z.C.)
35. Tribunal Constitucional (2010). Exp. N° 00550-2008-PA/TC, Lima (René Quenta Calderón contra Regina Pilco Ayala).
36. Vargas, R. P. (2011). *El derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est* (Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho). Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú.
37. Velásquez R., T. (2005). ¿Se protege el derecho a la identidad del hijo extramatrimonial?