

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“DERECHO A LA IDENTIDAD BIOLÓGICA COMO
MOTIVO DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD
MATRIMONIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA
CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL
PERÚ, 2015 – 2022”

Tesis para optar al título profesional de:

ABOGADO

Autor:

Kevin Fred Pretell Perez

Asesor:

Dr. Gustavo Antero Silva Kuo-Ying
<https://orcid.org/0000-0001-6308-9020>

Trujillo - Perú

2023

JURADO EVALUADOR

Jurado 1 Presidente(a)	EDWIN ADOLFO MOROCCOO COLQUE	70254225
	Nombre y Apellidos	N.º DNI

Jurado 2	TIANA MARINA OTINIANO LÓPEZ	18174598
	Nombre y Apellidos	N.º DNI

Jurado 3	ANA CAROLINA RIVERA GAMARRA	46197232
	Nombre y Apellidos	Nº DNI

INFORME DE SIMILITUD

26/03/23, 20:56 Turnitin - Informe de Originalidad - Derecho a la Identidad Biológica como motivo ...

Visualizador de documentos

Turnitin Informe de Originalidad

Procesado el: 26-mar.-2023 19:30 -05
 Identificador: 2047282411
 Número de palabras: 41228
 Entregado: 1

Derecho a la Identidad Biológica como motivo ... Por Kevin Fred Pretell Pérez

Índice de similitud	12%
---------------------	------------

Similitud según fuente	
Internet Sources:	6%
Publicaciones:	8%
Trabajos del estudiante:	4%

excluir citas
Excluir bibliografía
excluir las coincidencias menores
modo:

ver informe en vista quickview (vista clásica) ▼
imprimir
actualizar
descargar

4% match ("Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 17 (2001)", Brill, 2005)
["Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 17 \(2001\)". Brill, 2005](#) ✕

2% match ()
[Vega Chilcon, Sabina Isabel. "Inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de útero subrogado". Perú, 2017](#) ✕

2% match (trabajos de los estudiantes desde 24-sept.-2019)
[Submitted to Universidad Nacional de Tumbes on 2019-09-24](#) ✕

1% match (trabajos de los estudiantes desde 09-ene.-2020)
[Submitted to BENEMERITA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE PUEBLA BIBLIOTECA on 2020-01-09](#) ✕

<1% match ("Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 14 (1998)", Brill, 2001)
["Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 14 \(1998\)". Brill, 2001](#) ✕

<1% match ("La comunidad de bienes en la convivencia.", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019)
["La comunidad de bienes en la convivencia.", Pontificia Universidad Católica de Chile, 2019](#) ✕

<1% match (publicaciones)
[Aguilar Corvera Leticia. "Proposición de reformas al código penal vigentes respecto al maltrato de menores por quienes ejercen sobre ellos la patria potestad". TESIUNAM, 1981](#) ✕

<1% match (publicaciones)
[Hernández Pezquina Adalberto. "Presunción legal de la paternidad y el posible caso de confusión". TESIUNAM, 1989](#) ✕

https://www.turnitin.com/newreport_classic.asp?lang=es&oid=2047282411&ft=1&bypass_ev=1 1/70

DEDICATORIA

“Dedicado a Dios; y a mis hijos”

AGRADECIMIENTO

Agradezco sincera y fielmente a Dios, fuente de vida e inspiración.

A mis padres Alicia Pérez y Walter Pretell por su apoyo y afecto; y a mis papás Jorge Sánchez y Gladys Pérez por todo el tiempo y cariño entregado a mi persona.

Agradezco a los profesores de mi apreciada Universidad Privada del Norte - Trujillo, por su apoyo y dedicación a lo largo de todos estos años de desarrollo académico.

Tabla de contenido

Jurado calificador	2
Informe de similitud	3
Dedicatoria.....	4
Agradecimiento	5
Tabla de contenido	6
Índice de tablas	7
Índice de figuras	8
Resumen	9
Capítulo I: Introducción	10
Capítulo II: Metodología	100
Capítulo III: Resultados	107
Capítulo IV: Discusión y Conclusiones	136
Referencias	149
Anexos	158

Índice de tablas

Tabla No. 1.....	108
Tabla No. 2.....	110
Tabla No. 3.....	134
Tabla No. 4.....	135

Índice de figuras

Figura No. 1.....	127
Figura No. 2.....	128
Figura No. 3.....	130
Figura No. 4.....	131

RESUMEN

El presente trabajo de investigación científica busca determinar la incidencia del Derecho a la Identidad Biológica en las resoluciones de nuestra Corte Suprema en materia de impugnación de la filiación matrimonial. También pretende ampliar la base teórica y los instrumentos jurídicos previstos en el Código Civil para la materia, persiguiendo así, no sólo brindar capacidad de negación de la filiación matrimonial al padre; además de analizar y reflexionar críticamente los principios que fundamentan y orientan el actual sistema filiatorio peruano y su normatividad. Han existido modificaciones normativas sobre filiación matrimonial, pero es claro que se evidencian lagunas o contradicciones en ciertos aspectos, lo que brinda como resultado una regulación que pretende adaptarse, pero no consigue la adecuación acertada. La verdad biológica y la realidad jurídica son base y fundamento de esta investigación, que tiene como objetivo evidenciar la afectación al principio de Interés Superior del Niño y específicamente al Derecho a la Identidad Biológica, perjuicio que se da en algunos casos en respuesta a las limitaciones en ciertos aspectos o criterios de la Impugnación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil. Hoy en día, existen puntos discrepantes entre lo que establece como fundamentos el Derecho y la realidad. Para en efecto evidenciar la anterior, se recurrió al análisis de los aspectos legales, constitucionales, doctrinales, jurisprudenciales y a la legislación comparada, además de, realizar entrevistas a especialistas en la materia.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la Identidad Biológica, Interés Superior del Niño, Filiación Matrimonial, Impugnación de la Filiación Matrimonial.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Desde hace algunas décadas hasta la actualidad, se ha generado un vasto recorrido y desarrollo jurídico a nivel internacional en materia de derechos en favor de los niños y de los adolescentes, tal es así que, el 02 de setiembre de 1990 se vigorizó la Convención Sobre los Derechos de los Niños, el cual se dio a través de la Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Dicho suceso marcaría un hito importante en la materia, ya que, las naciones que ratificaron dicha Convención, como lo hizo el Perú el 04 de setiembre de 1990, se obligan a generar ciertos cambios en sus planos normativos en referencia a los derechos de los más pequeños y a brindar la protección propia de un Interés Superior, el cual se consagra como principio en el primer párrafo del Artículo 3° de la propia Convención, de la misma manera, los Artículos 7° y 8° de la misma hacen referencia a un tema sumamente importante, es así que, en el primer caso refiere al tema de la identidad del menor y de la posibilidad de conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y en el segundo caso, al respeto de los niños y a la preservación de su identidad. La Constitución Política del Perú de 1993, también manifiesta expresamente en parte del inciso 1 del Artículo 2, que toda persona posee el Derecho a la Identidad, al igual que el Artículo 6° del Código del Niño y del Adolescente, Ley N.º 27337, el cual además agrega en parte que el Estado se encargará de la protección de la integridad e identidad del menor.

Resulta en evidente que, existe un gran marco de protección a la identidad de los menores, tanto desde el plano internacional como del marco normativo nacional, pero ¿qué realmente se entiende por identidad como concepto jurídico que involucra derechos superiores y de gran trascendencia? El Perú ha dado grandes avances en materia de Identidad

Biológica, si bien es cierto, dicho desarrollo no es propiamente realizado desde el plano normativo, por lo contrario, se han desarrollado Casaciones de la Corte Suprema de la República del Perú, tal es el caso de la Casación No. 5646 – 2017 del Cusco, o la Casación 2236-2017 de Lambayeque que, a través de su motivación, brindan supremacía a la Identidad Biológica, a la verdad legal, a la verdad o identidad biográfica, sobre la identidad jurídica o también conocida como dinámica. Uno de los grandes problemas que contradicen esa evolución generada por medio de sentencias y de casaciones en sí, es el que produce la actual regulación civil en materia de impugnación paterno filial, dado que el Artículo 362° del Código Civil peruano, especifica que “El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”, es decir, la madre es quien en primer momento puede declarar de manera expresa que el hijo o hija nacido o nacida en el matrimonio no es del marido, a posteriori, el Artículo 363° del mismo Código, brinda la posibilidad de negación del hijo nacido durante el matrimonio única y exclusivamente al marido, más no al propio hijo o hija, ni tan siquiera por medio de representación de la propia madre o en defecto del propio Estado, hecho que como se demostrará a través del análisis de la Casación 2236-2017 Lambayeque entre otras, se atenta, asumiendo el Interés Superior del Niño, contra el Derecho a la Identidad Biológica.

A su vez, el artículo 361° del Código Civil peruano determina como principal pilar a la presunción de paternidad, la que resulta en conveniente y hasta en ideal para la sociedad, ya que siempre los hijos nacidos dentro del matrimonio han de presumirse matrimoniales, pero por experiencias relatadas en los resoluciones a tratar, no siempre sucede que los hijos nacidos dentro del matrimonio resultan siendo matrimoniales, por ende esta presunción podrá verse desvirtuada en mérito de la verdad biológica y de la capacidad de acción judicial para poder legalmente otorgar al interesado su verdad biográfica, vale precisar que, el

artículo 362°, tras su última modificación que versa del 24 de agosto del 2018, la madre puede tumbar la presunción de paternidad con su sola declaración expresa, entonces, cabría preguntarse ¿será suficiente una declaración?, ¿Hasta qué momento se podrá dar tal declaración? Entre otras interrogantes. Queda a este punto claro que, la presunción de paternidad que antiguamente pretendía ser iuris et de iure, hoy por hoy sus alcances no son absolutos y que su posición imperativa ya se puede ver totalmente desvirtuada con la simple declaración expresa de la madre, con existencia de elementos probatorios totalmente convincentes y con la capacidad jurídica y social de quienes administran justicia. Si bien es cierto, el legislador a través de la regulación dada en los artículos mencionados y a partir de la presunción de la paternidad, busca proteger la Familia y la propia constitucionalización de ésta, es claro que no es natural y propio de una institución tan pura como lo es la Familia, el desnaturalizarla en base al engaño o mentira y dejar únicamente al criterio del marido la decisión de accionar o no para la negación o impugnación de la paternidad tal cual lo especifica el Código Civil peruano en su artículo 363°, cuando el interés de proteger al menor en todos los aspectos posibles incluyendo de manera fundamental la identidad biológica, le corresponden a los padres y al propio Estado.

Estas posiciones limitativas del Derecho a la Identidad Biológica ya se vieron superadas en algunas legislaciones de países vecinos, como el caso colombiano que varió su artículo 217° y 218° del Código Civil, el cual asumían una postura similar a la nuestra, por la Ley 1060 del 2006, la cual expresa en parte del contenido total que, la impugnación de la paternidad podrá ser solicitada por el propio hijo, por el padre o por el padre biológico y la madre, o tomando un caso europeo como el gallo que, por medio de lo normado en el artículo 318 del Código Civil Francés otorga la posibilidad de que la madre realice la negación de la paternidad de su esposo, pero bajo condiciones estrictas, las cuales son, los límites de plazo

para la acción de la impugnación los cuales pueden ir desde cinco a diez años dependiendo de algunas particularidades relatadas por el código civil de Francia, agrega legitimidad para la acción al hijo o al padre biológico, sin límite de tiempo en el caso del primero. Sin ir más lejos, el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en sus artículos 589° y 590° manifiesta que la paternidad podrá ser impugnada por el hijo, la madre o tercero que sustente legítimo interés, pero otorga contradictoriamente un plazo límite de un año desde el nacimiento del niño o desde el conocimiento de la no paternidad tal cual la realidad española. De esta manera las legislaciones ejemplificadas, de alguna u otra manera acogen supuestos más amplios y lógicos, a fin de proteger o conservar la verdadera identidad biológica, es así que, en primer término en dichas legislaciones existe la posibilidad de que el hijo acceda debidamente representado por quién corresponda en caso sea menor de edad o por cuenta propia en caso ya sea adulto, a la justicia por mérito de un derecho de acción, pero debidamente condicionado con el objetivo de la protección del interés superior del niño o de la identidad biológica y además la armonización del objeto de la acción con el valor de la verdad legal y de la verdad biológica.

En este punto es factible reconocer la problemática que se pretende tratar y para la cual se propondrán soluciones viables que no involucren una afectación al Interés Superior del Niño, ni a la Identidad Biológica de la persona, ni a la presunción de paternidad matrimonial propiamente dicha y por consiguiente cambiar el panorama relatado, que definitivamente no es el idóneo.

- **Marco Teórico**

I. La Filiación Matrimonial en el Perú - Conceptos y Fundamentos.

El devenir del presente capítulo, desde una perspectiva amplia está destinado a poder explicar el sistema de la filiación matrimonial, detallando principalmente sus fundamentos y conceptos generales y específicos, que versan en el marco del Derecho de Familia en el Perú, considerando como instrumentos de trabajo a la doctrina, a la jurisprudencia, a la Constitución Política del Perú – 1993 y principalmente al Código Civil peruano en su versión de 1852, 1936 y 1984.

I.1. La Filiación

El vínculo que representa la filiación es el de aquel lazo que une a un hijo a sus padres, podrá ser filiación paterna o filiación materna; se presume que dicho lazo es de naturaleza biológica. Entonces, en sentido amplio, se entiende a la filiación como el lazo natural de unión que amarra a un hijo a sus dos progenitores; tal unión, como hecho jurídico, genera una serie de efectos de la misma naturaleza. (Ochoa G, 2006)

En mera terminología jurídica, la filiación cabe como un sinónimo de vínculo, es así como, por lo general consiste en las relaciones dadas de forma natural tanto entre parientes ascendientes y descendientes, y si se concretiza aún más, entre los padres y madres con relación hacia sus hijos. Es importante ubicarse en que, la filiación entendida en virtud de lo que se expresa en el párrafo anterior se regula en el Libro de Familia del Código Civil Peruano, el cual se fomenta principalmente en mérito de que las personas posean vínculos tanto paternos filiales como maternos filiales, los cuales han de establecerse con todas las formalidades aplicables y por el cual también, se generan una serie de consecuencias con relevancia netamente jurídicas.

Un concepto técnico determinado es el que brinda (Cabanellas de Torres, 1998), quien precisa que por antonomasia para el Derecho Civil. filiación significa, el origen de los hijos respecto de los padres; la descendencia dada de padres progenitores a hijos; además del reconocimiento que el hijo posee con respecto a sus padres (padre o madre), por las obvias circunstancias que involucran la concepción y el nacimiento, en relación con el estado civil del que gozan los progenitores.

Para (Amado Ramírez, 2022), la filiación involucra parentesco lo que significa que, el vínculo paterno – filial, no solo entrelaza al hijo con su padre, sino también con los familiares del padre, en donde el hijo puede integrarse en calidad de nieto, biznieto, tataranieto, con respecto a los ascendientes del padre o como sobrino en relación a los hermanos del padre o en calidad de nietos sobrinos en referencia a los tíos abuelos, también del padre y lo mismo ocurre en la relación de naturaleza materno filial, se considera también a lo conceptualizado por la autora (Fernández Revoredo, 2013), “la filiación guarda dos conceptos y es que define el primero como de carácter relacional, es decir, el de progenitor o progenitora, el cual sirve para nombrar a aquel varón y a aquella mujer que aportaron su material genético para la concepción de un hijo. En suma, conocer a quienes nos engendraron constituye parte del ejercicio del derecho fundamental a la identidad”. (p. 53).

Se interpreta por los conceptos anteriores que, en la filiación ha de existir un aporte tanto del esposo, como de la esposa y de su material genético en el proceso de concepción del hijo, por el cual el menor podrá conocer su realidad biológica e integrarse a ella comprometiendo a la vez a la protección constitucional a la identidad. Además, la autora peruana en referencia señala, “un segundo concepto relacional, es el de paternidad-maternidad, que alude a un rol social de cuidado, crianza, afectividad y sostenimiento de a quien se considera un hijo o hija. Si bien es esperable que la condición de padre o madre

recaiga en los progenitores, no siempre es así debido a diversos factores, que pueden ir desde el abandono hasta la utilización de una técnica de reproducción asistida con material genético donado anónimamente”. (Fernández Revoredo, 2013, p. 54).

A considerar de (Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, 2006), “La filiación, es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Inicialmente es un puro hecho biológico que se basa, pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada por otra. El Derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padre e hijos”. (p. 02).

También existen conceptos de quienes consideran a la filiación un término enlazado directamente con el aspecto jurídico, apartando cualquier consideración sobre lo biológico, tal es el caso siguiente: “Relación de parentesco que establece la Ley entre un ascendiente y su descendiente inmediato”. (Romo Pizarro, 2000). Se aúna al concepto anterior el realizado por los autores argentinos (Bossert y Zanoni, 2004) que detallan, “Y es que la filiación es el vínculo de naturaleza jurídica que relaciona a padres e hijos, los mismos que se determinan por la procreación”. Se evidencia que abordan el aspecto de la filiación desde una base puramente jurídica.

López del Carril (1984, como se citó en Jara y Gallegos, 2022) señala en referencia al concepto de filiación que ésta es la relación biológica que une a un determinado sujeto con el padre que lo engendró y naturalmente, con la madre que lo alumbró. Evidentemente un concepto que también se distancia de los del párrafo anterior, ya que funda la base en la relación biológica.

Entonces, bien es cierto que, el vínculo que une a un hijo con sus padres progenitores es el de la filiación, siendo que ésta genera derechos y obligaciones; importante es concluir que, la filiación biológica y la jurídica no tienen que coincidir forzosamente.

Históricamente todo lo concerniente a la filiación, tiene como sólidas bases aspectos morales, lo que da una estructura de derecho tradicional. Y es que, la protección integral de la familia es un fin principal de nuestro Estado, consideración nada objetable, ya que la base principal de la sociedad es la familia por ende merece la protección y vigilancia del aparato estatal. También es cierto que, la filiación y sus efectos siempre se verán tendientes a variar conforme varíe la conciencia social de una realidad determinada.

Determinar o establecer la filiación es supremamente importante, ya que origina las relaciones familiares, además que establece derechos y deberes referidos a la potestad parental, los órdenes sucesorios, el derecho de alimentos y lo correspondiente a la nacionalidad. (Serrano Quintero, 2017)

La filiación en sí también posee categorías o clasificaciones, las cuales son, la filiación por naturaleza (procreación), la filiación adoptiva (voluntaria) y filiación derivada de la aplicación de métodos de procreación asistida. (Amado Ramírez, 2022). Se agrega que, la filiación natural, se divide en filiación matrimonial y extramatrimonial, siendo que para fines del presente trabajo el desarrollo se centra en la primera.

Cabe cerrar el presente apartado insistiendo en lo que se mencionó líneas arriba; la filiación es fuente de derechos y deberes, lo que significa el poder cubrir aspectos como los alimentos, trascender en materia sucesoria o de derechos estrictamente personales, como el del nombre. Y se considera a (Cornejo Chávez, 1985) ya que indica que de toda relación de parentesco que pueda existir, la de la filiación es la más importante ya que vincula a un individuo con sus antepasados y con sus descendientes, lo que se contempla como filiación en sentido amplio genérico, pero hay cabida para lo más importante, la filiación en sentido estricto, lo que refiere al vínculo entre padres e hijos.

I.2. La Filiación Matrimonial.

Se entiende por filiación matrimonial como el vínculo de parentesco consanguíneo que existe entre el hijo y su madre y su padre, quienes son esposos entre sí. (López Herrera, 1970) y es que, para que la filiación de un hijo devenga en matrimonial, es necesario que existan previas nupcias, además de que el acto para su concepción se haya dado dentro del curso de la unión matrimonial y que el concebido sea fruto del hombre, quien es esposo de la madre del hijo.

Para consolidar lo anterior se menciona lo que enseñan Ripert y Boulanger (1963, como se citó en Jara y Gallegos, 2022), sobre la filiación legítima o matrimonial y es que señalan que ésta se da, cuando el padre y la madre del menor han constituido una familia establecida por el matrimonio y el hijo ha sido concebido o por lo menos ha nacido durante ese connubio. Vale precisar que, en contraste por el concepto brindado por los tratadistas franceses, se precisa que el hijo será matrimonial cuando se conciba dentro del matrimonio así nazca fuera de él, considerando los plazos aplicables por la legislación, según el caso.

Son hijos legítimos o matrimoniales aquellos que sean engendrados por padres debidamente unidos en matrimonio, siendo su motivo principal; en Roma, a la presente forma de filiación, se le brindó el nombre de filiación legítima. (Varsi Rospigliosi, 1999)

El autor citado en el párrafo anterior, (Varsi Rospigliosi, 1999) también indica que la filiación matrimonial era la derivada por efectos del matrimonio generando para los hijos la condición de personas libres con todos sus derechos civiles y políticos constituidos, por lo que se entiende que tiempo atrás los hijos legítimos gozaban de derechos que los no matrimoniales no podían alcanzar por su condición filiatoria.

En cuanto a la filiación matrimonial, (Diez Picazo y Gullón, 2001) señalan que, no necesariamente se deriva de un hecho biológico. De cierta forma, se puede decir que, una

cosa es ser padre y otra muy distinta es ser progenitor, frase cada vez más acuñada dentro de la sociedad y en el interno de la justicia, entonces se interpreta nuevamente que verdad biológica y verdad jurídica no siempre concurren entrelazadas a filiación.

Lo correspondiente a la filiación matrimonial en el Perú, se regula específicamente en el Libro III del Código Civil, correspondiente a Derecho de Familia, Sección Tercera referido a la sociedad paterno filial, Título I.

(Corral Talciani, 2003), en su trabajo sobre la filiación, indica que existe filiación matrimonial cuando el vínculo filial está establecido o se establece simultáneamente respecto del padre y la madre, y media matrimonio entre éstos. Lo ideal para la correcta filiación matrimonial y en bienestar del desarrollo del menor, es que se vean ligadas la verdad biológica a la verdad jurídica, siendo que no siempre es así por diversos aspectos, que pueden devenir desde la infidelidad, abandono, negligencia, adopción o por la concepción por medios alternativos de reproducción, entre otros.

Sobre la filiación matrimonial, (Amado Ramírez, 2022), indica que se trata de una filiación originada en virtud de una presunción legal, ya que el ordenamiento jurídico en el caso peruano presume que el hijo nacido en matrimonio tiene por padre al esposo de la madre. La presunción que se menciona, se denomina *presunción pater is*, y es lo que le da razón a la filiación matrimonial.

Y es que se deduce, que la filiación es matrimonial no únicamente cuando el hijo nazca dentro del matrimonio, sino también cuando sea concebido dentro de éste, sin importar la extinción del matrimonio. (Domínguez Guillén, 2008). Sin duda conceptualización más precisa, al menos con respecto a la realidad actual, sustentando que se presume hijo matrimonial el concebido dentro del mismo.

Se precisa que, el artículo 361° del Código Civil Peruano sostiene la filiación matrimonial y se fundamenta en el *Pater is*, siendo que el artículo que le continúa, el 362° también sostiene una narrativa que mantiene hasta cierto punto, la presunción de paternidad dentro de la institución del matrimonio.

I.1.1. Teorías que Determinan la Filiación Matrimonial en el Perú.

Para poder tratar el apartado es importante conocer y entender las teorías existentes que funcionan como fuentes de filiación en la existencia de un vínculo matrimonial, por ello son las que tratan de determinar qué hijos son o no matrimoniales.

Teoría de la Concepción: Según la teoría de en referencia, (Cornejo Chávez, 1985) narra que todo hijo engendrado por padres casados y que por consiguiente nazcan durante el matrimonio o sean alumbrados posteriores a la disolución del matrimonio, serán matrimoniales. Por su parte (Varsi Rospigliosi, 2013) relata que son hijos matrimoniales los alumbrados por los padres unidos en matrimonio, sea que el nacimiento ocurra dentro de la unión nupcial o en su defecto, sean alumbrados luego de disuelto o anulado dicho vínculo. Los que fuesen concebidos previo al evento matrimonial, serán determinados como hijos extramatrimoniales, aun cuando el alumbramiento haya sucedido una vez realizado el casamiento. La teoría de la Concepción marca una resaltante diferenciación entre los hijos de mismos padres y los que no.

En resumen, para esta teoría, la concepción previa al matrimonio resulta en una posterior filiación extramatrimonial, mientras que si se da durante o si se alumbra luego de disuelta o anulada la unión matrimonial será una filiación matrimonial.

Teoría del Nacimiento: Esta depende de que los hijos sean alumbrados al tiempo en que los padres estén involucrados en matrimonio sin importar en mayor medida en qué momento fueron engrandados. (Cornejo Chávez, 1985); en cuanto a la presente teoría se detalla también que, los que nazcan estando sus padres unidos en matrimonio sin importar el momento del engendramiento, serán considerados hijos legítimos o matrimoniales. Se agrega; y es que, en mérito a esta teoría se entiende que todo niño concebido antes de la celebración del enlace nupcial será reconocido oportunamente como matrimonial en tanto y en cuanto nazca una vez celebrado y consolidado el matrimonio, por lo contrario, no lo serán los nacidos con posterioridad a la disolución matrimonial; lo precedente a pesar de que la procreación se estableció durante su vigencia. (Varsi Rospigliosi, 2013)

En resumen, los hijos que se conciban dentro del matrimonio pero que nazcan con posterioridad a la disolución de éste, por la teoría del nacimiento, se consideran extramatrimoniales. Los hijos que nazcan durante el matrimonio, sin importar si se concibieron dentro del vínculo nupcial o no, se consideran matrimoniales.

Teoría Mixta. A la revisión de nuestro código civil y de algunos de sus apartados como el artículo 1°, artículo 243° en su inciso 3 o los incisos 1 y 2 del artículo 363°, se denota que este texto legal adopta la teoría en revisión. Para brindar sustento a lo que se indica, nos remitimos a (Varsi Rospigliosi, 2013), quien señala que la teoría en desarrollo también es llamada como la del nacimiento-concepción, la misma que el Código Civil Peruano adopta en lo pertinente a los artículos 1, 243 inc. 3, 361 y 363 incisos. 1 y 2; fundamentándose en que la vida humana se inicia con la concepción, además en que el marido de la madre se presume padre del hijo

de esta, también en la no permisión de un nuevo matrimonio para la viuda o en su caso la divorciada en caso no transcurra 300 días del deceso de su marido o del divorcio, salvo que diera a luz; por último, la potestad del marido, hasta cierto punto exclusiva, de impugnar su paternidad sobre el hijo de su esposa. Se determina en consideración a la teoría mixta o también llamada teoría del nacimiento – concepción que aquel que fuese concebido fuera del matrimonio pero que haya nacido dentro del mismo o en el caso de los que fuesen concebidos dentro del matrimonio y naciesen luego de terminado el vínculo nupcial, siempre y cuando se consideren los plazos de ley, salvo los casos de inaplicabilidad de estos, serán considerados matrimoniales.

Para el cierre del presente apartado, identificamos los presupuestos de la filiación matrimonial según la Corte Suprema y su Casación 2657 – 98 – Lima en su cuarto considerando en cual se interpreta que la presunción de paternidad en la filiación matrimonial solo es aplicable en caso se cumplan ciertos requisitos, los cuales son la unión matrimonial de los progenitores y el alumbramiento del niño en el periodo de tiempo que subiste el matrimonio; que la cónyuge sea respectivamente la madre biológica del niño. Además, para la aplicabilidad de la presunción de paternidad es requisito el parto de la mujer comprometida por matrimonio y la identidad del hijo en cuestión por el alumbramiento; por ello, al verificar que el menor tiene por padres biológicos a otras personas, no deviene en aplicable el artículo 361° de presunción de la paternidad, ni tampoco el 364° que versa sobre el plazo de la acción contestataria, debido a que esta última únicamente se aplica para casos de presunción de la paternidad específicamente. (Corte Suprema de la República del Perú, 1998, Casación 2657 – 98)

Si bien es cierto, las teorías que se han explicado y que según las percepciones legislativas de cada país son fuente de fundamento de la presunción de paternidad en sus normativas pertinentes, hay que considerar que en la actualidad y desde hace tiempo atrás, existen métodos o mecanismos científicos que dejan atrás la incertidumbre de la paternidad y que aunado a aspectos como al del momento de la concepción y a los específicos plazos de ley, se van apartando a los criterios fomentados inicialmente por las teorías sustentadas.

I.3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.

Esta presunción alude a que, ante el nacimiento de un hijo, su previa concepción se dio durante la vigencia de la unión nupcial de los padres, es así como se considera a dicho menor un hijo matrimonial, en virtud de la presunción en desarrollo. A criterio del libro dirigido por (Lledó Yagüe, 2011) la presunción de paternidad se implica cuando los hijos han sido concebidos y nacidos durante el matrimonio. Concepto que se descontextualiza con la realidad actual, debido a que los hijos que se presumen matrimoniales no siempre nacen dentro del matrimonio, aunque sí se conciben dentro de él.

En el libro Derecho de Familia, el autor comenta que la presunción de paternidad matrimonial tiene sus orígenes en Roma y que sus ciudadanos la condensaban en el término “Pater is quem nuptiae demostrant”, el mismo que se resume en “pater is est o part is”. Agrega que se funda en dos supuestos, los cuales son las relaciones sexuales como parte de la cohabitación y la presunción de que la mujer no ha mantenido relaciones sexuales con hombre ajeno a su marido (fidelidad de la mujer). (Ramos Pozo, 1999)

La presunción de paternidad establece que los hijos nacidos durante el periodo matrimonial o dentro de un plazo determinado posterior a la disolución de éste, tienen por padre al esposo de la madre. Siendo que lo que prepondera la presunción es la consagración y fortalecimiento del matrimonio, siendo además coincidente con lo sustentado por (Varsi,

2018), en su entrevista brindada a la revista Gaceta Civil y Procesal Civil, en la que señala que la presunción de la paternidad determina que todo hijo nacido durante el periodo de vigencia matrimonial o dentro de los 300 días siguientes a su disolución, tienen efectivamente por padre al marido de la mujer. Esta presunción en su pasado pretendía o buscaba consagrar y robustecer sólidamente el matrimonio, de manera tal que los hijos nacidos dentro del mismo tenían ya una filiación debidamente establecida, predeterminada o programada por la ley.

Es válido considerar lo que señala (Rivera, 2018), ya que encuentra fundamentación a la presunción de paternidad en que cumple un rol social al cubrir la necesidad de un recién nacido a tener un padre, lo cual involucra un mayor grado de protección sobre el mismo. Se precisa que es recién desde hace algunos años atrás que, la paternidad puede ser materia de probanza, ya que, en tiempos pasados no podía ser objeto de ello. Hoy en día el constante desarrollo científico ha posibilitado el poder determinar la paternidad de una persona, por medio de pruebas o procedimientos de naturaleza científica.

La legislación peruana en la materia de negación de la paternidad o directamente de la impugnación paterno matrimonial definitivamente se origina o fundamenta a raíz de la presunción de la paternidad manifiesta en el artículo 361° del Código Civil. Por lo que cabe dentro de la investigación un análisis y una explicación no sólo del sustento jurídico histórico contenida en el artículo, sino también sobre la presunción que se sostiene en el mismo, por ello la razón del presente apartado.

Relacionando la presunción de paternidad con la filiación matrimonial, cabe presumir, que no devendría en necesario una prueba biológica a un hijo, considerando que los hijos de una esposa se presumen legalmente como hijos de su esposo. Es por lo anterior que, en la realidad histórica del Derecho peruano, se privilegia y establece como regla rectora

el pater is est quem nuptiae demonstrant, se entiende entonces que el esposo siempre se presume padre de los hijos de su esposa.

En el caso en particular del trabajo que se presenta, es importante mencionar lo que explica (Amado Ramírez, 2022), quien expresa que el determinar una paternidad especialmente consiste en el establecimiento jurídico de la filiación oportunamente ligado a su fundamento natural y principal, es decir, la procreación. Entonces se presenta como la constatación jurídica de la paternidad biológica, lo mismo que consagra su naturaleza y esencia, que además se basa principalmente en el interés social y en el orden público.

La determinación de la filiación está prevista por la presunción de paternidad. El Estado y la sociedad en su conjunto, presumen que el hijo de una mujer y un hombre unidos en matrimonio corresponde a éstos, siendo obvio que el hijo ha de nacer dentro de la unión nupcial o fuera considerando los plazos que pueda establecer la ley para dejar de considerar la presunción de paternidad post desvinculación matrimonial entre los padres.

La presunción de paternidad matrimonial en su reglamentación, por lo general es de corte imperativo ya que se aplica siempre en el matrimonio, más su imperatividad no es rotunda o contundente ya que la presunción, al menos en el caso peruano, termina siendo una *iuris tantum*. Siguiendo la línea del Código Civil, se interpreta que, llegado a cierto punto, se torna en *iuris et de iure* ya que el hecho de negar una paternidad ya instaurada corresponde únicamente al marido o en ciertos casos puede ser hasta inimpugnable.

I.3.1. Teorías que fundamentan la presunción de paternidad matrimonial.

La presunción de paternidad en lo que respecta el marco matrimonial, ubica su fundamentación en los presupuestos contenidos en la regulación social, los mismos que se convierten de cierta forma, en estándares de corte ético, los cuales finalmente brindan razón a la institución denominada matrimonio.

La base o pilar de la sociedad indubitablemente es la familia, por ello es diligente por parte del Estado fomentar la protección del matrimonio y con ello el de la presunción de paternidad. Se asienta lo anterior en que, “en la familia se presentan sentimientos netamente puros y nobles y se establecen conductas establecidas por el ser humano en relación con el amor, intimidad, desprendimiento, la compenetración, el disfrute de los momentos felices de la vida, la comprensión, el apoyo en las dificultades que se presenten y que trascienden aún más cuando hay hijos.” (Arias Schreiber, 1995).

Por lo anterior, se considera que de cierta forma, a pesar de las ligeras modificaciones sin mayor trascendencia, aún existe una forma de privilegio a asuntos presuntamente ideales para la evolución y permanencia de la familia como institución natural y fundamental, sin tener en cuenta que con esta postura se pueden estar afectando derechos individuales del resto de integrantes de la familia, como lo son la esposa y el propio hijo menor de edad y de los terceros involucrados como puede ser según el caso el padre biológico del menor, en caso sea distinto al marido o de abuelos, tíos y demás que puedan considerar ostentar un legítimo interés.

La doctrina estrictamente especializada en la materia ha tratado sobre varias teorías que procurar perfilarse como fundamentos o sustentos de la presunción de paternidad la cual se establece de forma específica en los artículos 361° y 362° del Código Civil Peruano, que a la vez son las fuentes de fundamentación en otras legislaciones que asumen posturas en igualdad o semejanza a la nuestra. En la obra titulada Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y Jurisprudencia, se brinda una serie de teorías que fundamentan la presunción de paternidad, las cuales son:

“*Teoría de la Presunción de Fidelidad.* Cabe especificar que esta teoría refiere única y exclusivamente a la fidelidad que han de tener en forma mutua tanto la

esposa como el esposo en su tiempo de vínculo matrimonial. Involucra también, una suerte de presunta inocencia de la esposa en caso de presentarse indicios o indagaciones sobre alguna infidelidad o adulterio.

Teoría de la Cohabitación. Su existencia se basa en el deber de cohabitación el cual integra el matrimonio como un elemento principal y por ello corresponde su exclusividad a los unidos en nupcias. Lo referido involucra en el ámbito de las relaciones sexuales que se genera en el matrimonio entre marido y mujer.

Teoría de Accesión. La teoría en consideración entiende a la esposa como propiedad de su cónyuge, por ello los frutos que se den por medio de ella, también le pertenecen a él, ya que son accesorios a ella.

Teoría de la Admisión Anticipada. Al llevarse a cabo el enlace matrimonial, el esposo de manera explícita acepta que los hijos nacidos de su esposa durante su vínculo nupcial son de él.

Teoría de la Vigilancia del Marido. Es una teoría estrechamente ligada al derecho de la propiedad y como tal, se asume que el esposo ha de mantener una postura vigilante y de cuidado sobre con quien contrajo matrimonio.

Teoría Formalista. Esta, sugiere que sólo es necesario la partida de nacimiento y la de matrimonio para atribuirse la paternidad". (Plácido Vilcachagua, 2003)

Al contemplar las teorías referidas a la presunción de paternidad y practicar una deducción analítica, resulta que sus motivaciones en casos particulares podrían afectar contundentemente el Derecho a la Identidad Biológica y con ello, el Interés Superior del Niño, sin dejar de mencionar que, algunas otras atacan directamente el Derecho a la Igualdad entre casados, ya que sugiere a la esposa como una propiedad perteneciente al marido.

I.3.2. La presunción de paternidad matrimonial – Antecedentes y regulación vigente en el código civil peruano.

Como primer antecedente legislativo, se ha tenido a bien considerar el artículo 221° del Código Civil Peruano de 1852, en cual expresa textualmente que:

“Los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido”. (Código Civil, 1852, Artículo 221).

Precepto corto, pero por demás entendible y es que define la presunción de paternidad matrimonial es su mayor magnitud, ya que no presume, sino que afirma que los hijos nacidos en matrimonio son del marido de la esposa y madre de, niño. Perfil claramente influenciado por el derecho canónico el mismo que también fue influencia para el Código Napoleónico y a su vez para el resto de las codificaciones que asumieron a la francesa como su principal influencia.

Posteriormente y como segunda intervención en la materia referida, se ubica al artículo 299° del Código Civil Peruano de 1936, el cual expresa que:

“El hijo nacido durante el matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, tiene por padre al marido”. (Código Civil Peruano, 1936, Artículo 299).

En la modificación aplicada en su momento en lo que respecta a la presunción de paternidad matrimonial se integró el plazo de 300 días tras la disolución del matrimonio para traer a bajo la presunción señalada, más de ser el caso de no haber transcurrido tal plazo, el hijo seguía teniendo por padre al marido de la madre.

Finalmente, nuestro actual Código Civil del año 1984 a través de su artículo 361°, asumió hasta el 22 de agosto de 2018 la redacción del anterior código, variando únicamente el número del artículo, siendo que el 23 de agosto del 2018 se publica en el Diario El Peruano

el Decreto Legislativo 1377 donde se modifica el contenido del artículo referido. Antes de su modificación, en el año 2018, el artículo tratado refería de la siguiente manera:

“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.” (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 361).

El articulado que se presente a partir de 1984 fue impulsado desde 1980 por el anteproyecto liderado por el Dr. Héctor Cornejo Chávez. (Revoredo Marsano, 1988)

Tras la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 1377 del 2018 en mención, el artículo versa de la siguiente manera:

“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo la madre declare expresamente lo contrario.” (Decreto Legislativo 1377, 2018, Artículo 2).

En este punto, es menester considerar también el artículo 362°, tal norma hasta el 22 de agosto del 2018 narraba lo siguiente:

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

Y el Decreto Legislativo 1377 lo modifica quedando el texto de la norma de la siguiente manera:

“El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”. (Decreto Legislativo 1377, 2018, Artículo 2).

La interpretación del artículo 361° agregado al del artículo 362° del Código Civil peruano, el cual hasta el año 2018 expresa que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare lo contrario o sea condenada como adúltera, sugerían una serie de

presunciones, en el primer caso establece una presunción absoluta, entendiendo que el hijo nacido durante el matrimonio o después de los trescientos días posteriores de disuelto el vínculo, tendrá al marido por padre sí o sí, luego esta primera presunción se ve relativizada en parte, ya que, por el artículo siguiente, el marido se presume padre así la madre contradiga dicha situación, entonces, a partir de una simple interpretación desde la perspectiva jurídica se asumen las siguientes situaciones, la presunción de paternidad del esposo, la exclusividad del esposo para impugnar su paternidad y la no mención sobre el menor ni sobre su representación. Tras la modificación establecida por el Decreto Legislativo 1377, sin duda el marco anterior se ha visto ampliado, siendo que la presunción *iuris et de iuris* que se reconocía en el articulado anterior se convierte en una *iuris tantum*, es decir, en una relativa. Lo referido a tenor de que, la madre puede declarar expresamente que el menor no es hijo de su esposo.

En cuanto a la exposición de motivos del decreto legislativo referido, en el apartado donde identifica la finalidad y objetivos señala que éste, tiene la finalidad de aportar a la protección integral tanto de los niños, como de las niñas y de los adolescentes, ante las afectaciones y vulneraciones de sus derechos, lo anterior, para garantizar su bienestar, siendo que entre sus siete objetivos trazados, señala uno que brinda la motivación a la modificación de los artículos involucrados en la filiación matrimonial y extramatrimonial, y es que busca garantizar el derecho a la identidad del hijo o hija extramatrimonial de mujer casada, al permitirse la inscripción y reconocimiento de su madre y padre biológicos. (Decreto Legislativo 1377, 2018, III)

Sobre los artículos 361 y 362 y sus modificatorias también se desarrolla que, el brindarle la posibilidad a la mujer de declarar que su hijo es de hombre distinto a su marido, puede generar varios problemas y obviamente revelar inmoralidad y con ellos ocasionar

efectos negativos o no beneficiosos para el niño, pero también es cierto que a largo plazo lo peor es omitir la verdad y convivir consciente y dolosamente con el engaño y es que el ocultar un acto inmoral no lo convierte en uno moral. (Cárdenas Krenz y Córdova Pérez, 2018)

En esencia, en el transcurso de la historia, la paternidad siempre se ha visto carente de certeza biológica debido a que era muy difícil identificar al varón que en efecto había engredado. Es a raíz del involucramiento del aspecto jurídico que, la paternidad se empieza a determinar en razón a presunciones, tal como la presunción de paternidad, por decisiones judiciales o en ocasiones por acto voluntario del reconocedor. Abordando brevemente lo siguiente, en el caso de la maternidad siempre se ha dado como un dato cierto el cual se comprueba por el evidente transcurso de gestación y sus efectos comunes y por el alumbramiento final, aunque sí existen casos excepcionales que puedan hacer dudar sobre la maternidad y por consiguiente impugnarla.

I.4. Filiación Extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial se da cuando no existe vínculo matrimonial entre los padres que concibieron al menor y nace a través de un acto jurídico pretendido por uno de los progenitores o por disposición judicial, es decir, por la decisión de un juez. Se interpreta que, el hecho de poder establecer una filiación de esta naturaleza no es algo predeterminado o que se aplique en automático, por lo que se deduce notoriamente que la presunción de paternidad tratada no aplica en estos casos.

Como agrega (Amado Ramírez, 2022), el acto de brindar el reconocimiento a un hijo extramatrimonial deviene en uno de naturaleza unilateral, declarativa, solemne e irrevocable, el mismo que no admite modalidad; pero cuando no se genera de forma voluntaria, podrá ser declarada por la vía judicial. Con lo que se reafirma la inexistencia de presunción alguna.

A lo largo de la historia, la filiación matrimonial o legítima, ha tenido una suerte de trato preferencial y privilegiado sobre la filiación extramatrimonial, a tratar en el presente apartado.

Desde la Constitución Política del Perú de 1979, es que se incluye el Derecho de Igualdad entre los hijos legítimos y no legítimos, previo a ello, no existía especificación alguna sobre lo tratado y a los hijos no legítimos se les tildaba de hijos bastardos.

En cuanto al significado de hijo o hija bastardo se refiere a “hijo nacido de una unión no matrimonial”. (Real Academia Española, s.f., definición 1)

“Hijo de padres que no podían contraer matrimonio al tiempo de la concepción ni al del nacimiento”. (Real Academia Española, s.f., definición 2).

“Hijo ilegítimo de padre conocido”. (Real Academia Española, s.f., definición 3).

El texto constitucional que brindó un grado de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales versaba lo siguiente

“Todos los hijos tienen iguales derechos”. (Constitución Política del Perú, 1979, Artículo 6).

Lo cierto es que al igual que la Constitución anterior, la actual también contempla que todos los hijos gozan de los mismos derechos y también menciona que queda prohibida la mención sobre el estatus civil de los progenitores.

La paridad de derechos entre los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales en nuestro actual marco constitucional se encuadra en el último párrafo del artículo 6, el cual indica que:

“Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en

los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 6)

Cierto es que para la actualidad los hijos extramatrimoniales aún ven vulnerados algunos de sus derechos, por ejemplo, cuando los padres no cumplen con reconocer a sus hijos, entre otros, se deja en desconsideración el derecho a la verdad biográfica del menor, ya que por tal motivo el niño no podrá portar el apellido paterno biológico si es que la madre también lo decidiese así. Entonces a nuestro entender, la desprotección que aún se presenta en estos casos, en mayor medida se justifica en la anacrónica legislación que aún regula a la filiación en nuestro país.

Se precisa que lo pertinente a la filiación extramatrimonial se regula en el Libro III del Código Civil, específicamente en el Título II de la Sección Tercera.

I.5. La Filiación Biológica.

Sin lugar a duda, todo ser humano goza de una filiación, lo que quiere decir que, provienen de un padre y de una madre, pero en los casos que esta filiación biológica no sea determinada por el Derecho en sí, es necesario que se implementen formas de evidenciar tal verdad biológica.

“En el caso de los menores –aunque no exclusivamente– la identidad se relaciona con la información sobre los progenitores, es decir, a conocer sus orígenes genéticos”. (Torres Maldonado, 2013)

La filiación biológica no es más que, la aplicada en mérito de ciertos detalles genéticos que posibilita la correcta identificación biográfica de cada persona. Esta filiación es la que conectará el origen biológico el cual toma en cuenta la información genética y demás particularidades relacionadas a la vida de un sujeto, como el poder conocer su estructura familiar original o árbol genealógico.

Desde la óptica particular de la presente investigación, se considera que en los juicios de filiación debe privilegiarse el derecho del niño a llevar su verdadera identidad biológica, lo que significa el poder conocer la verdad, por sobre una filiación jurídica, razonamiento que condice con lo expuesto en la segunda ponencia del (Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia, 2022), que brinda respuesta a la siguiente pregunta problematizadora ¿En los procesos de filiación debe prevalecer la identidad estática (biológica) o a la dinámica (afectiva)? Se señala, sobre los procesos de filiación que “frente a la identidad estática con la dinámica, se tiene que privilegiar a la verdad biológica, ya que el hecho de poder conocer a sus verdaderos padres y a poder ser cuidados por ellos es un derecho correspondiente al niño o niña”. (p.23)

El fundamento de la ponencia referida en el párrafo anterior expresa el derecho que posee todo niño a saber sobre quiénes son sus progenitores, y que en el título que se reconoce el nacimiento del niño se consigne el nombre de sus padres biológicos, siendo que no es otra cosa que la materialización específica del derecho que todo sujeto posee, es decir, el derecho a la propia y verdadera identidad personal, derecho debidamente establecido y consagrado en la Constitución Política del Perú, el mismo que trasciende como un derecho fundamental del ser humano; derecho que se concatena con el ser de la persona humana por lo que goza de carácter inalienable, además de perpetuo y finalmente oponible erga omnes, por lo tanto no admite limitación alguna, ya sea temporal o material; por lo que en las situaciones en las cuales se encuentren enfrentados la identidad dinámica y la estática, se debe privilegiar esta última por estar en correspondencia con el derecho que tiene el niño a conocer a sus verdaderos padres y a ser cuidado por ellos”. (Pleno Jurisdiccional de Nacional de Familia, 2022)

El Derecho a conocer a los padres, en medida de lo posible en efecto es uno relevante y es que establece la base material de la filiación biológica el cual deriva directamente de la mismísima dignidad humana. Es apropiado para la realización de un niño en mira a su futuro, el referente mediato de la identidad biológica, que sólo se originará con la existencia de la filiación biológica.

Lo anterior, no quita que siempre se ha de evaluar el caso en concreto, debido a que la identidad dinámica también tiene un marco de consideración en el Interés Superior del Niño y cumple un rol determinante en el menor, debido a que se presentan emociones, costumbres, afinidad, entre otros, pero lo anterior no debería tampoco limitar el poder brindar al menor la posibilidad de saber quiénes son las personas que se vinculan a su realidad biográfica, es decir, padre o madre biológica, abuelos, tíos, primos y demás familiares de vinculación originariamente biológica.

I.6. La Filiación Jurídica.

Vínculo que recae sobre padres e hijos debidamente relacionados ante la ley.

Como un concepto acorde a la filiación jurídica se brinda el siguiente, “filiación que se determina en virtud de las normas jurídicas, con base en presunciones legales derivadas de la convivencia conyugal o declaraciones efectuadas o comportamientos llevados a cabo por personas que afirman su paternidad respecto de otra o se comprenden a asumirla”. (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. s.f., definición 1)

Un menor sea niño o niña carecerá de filiación jurídica y con ello de identidad legal cuando no sea oportunamente registrado en las instituciones estatales afines y que, además nunca se le haya generado una partida o acta de nacimiento. La identidad jurídica es un Derecho, el mismo que logra reconocer el derecho a un nombre, a la nacionalidad y por ende a poseer una personalidad jurídica.

Como señalan (López y Kala, 2018), “el derecho a la identidad involucra las características y rasgos que le son propios a un ser humano y que también sirven como elementos diferenciadores para con las demás personas, sea en el sentido físico, biológico social o jurídico. Con respecto al aspecto jurídico, principalmente por medio del nombre se suele relacionar a alguien a un núcleo familiar con las consecuencias jurídicas que conlleva, los cuales podrán ser el parentesco, la filiación, la maternidad, la paternidad o los alimentos”. (p. 68).

A su vez (Pérez et al., 2018) en referencia a la filiación jurídica y al derecho a la identidad considera que, “el desarrollo histórico y necesario del derecho a la identidad personal la ha salvado de ser limitada al derecho al nombre, ampliando su panorama a una perspectiva integral de la persona humana. De tal manera, este relevante derecho acoge no solo al nombre sino también a la filiación y por consiguiente a las relaciones de familia, las políticas, culturales entre otras dimensiones abarcables por la personalidad”. (p. 56).

El reconocer debidamente al derecho a la identidad jurídica, a criterio de la presente investigación científica, posibilita a los niños el poder poseer una identidad, lo que quiere decir, tener un nombre a su vez de una nacionalidad, lo que supone el ingreso del menor a un sistema estatal que le reconocerá los derechos pertinentes en mérito a su legislación y aparatos estatales afines. Vale considerar también que a través del derecho a la identidad jurídica se puede ejercitar ciertos derechos de diversa naturaleza, tales como civiles, sociales, políticos, entre otros.

El notable tratadista peruano en materia civil, (Espinoza Espinoza, 2012) nos explica sobre el derecho a la identidad sobreviniente de la filiación en desarrollo, que es una situación jurídica por la cual se tutela la identificación de las personas, las mismas que son

sujetos de derecho (identidad estática) la cual involucra el nombre, el domicilio, la proyección social, entre otros. (p. 411)

En cuanto a la función del estado, se señala por el (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [UNICEF], 2018, p. 13) que es de obligatorio cumplimiento por el Estado el garantizar a todo sujeto el derecho a la identidad lo cual involucra al nombre y a su filiación familiar, alcanzando la cultural y la nacional a través del acto jurídico que representa el registro del nacimiento.

II. La Impugnación de la Paternidad Matrimonial en el Perú y los Motivos de su Regulación Vigente.

El capítulo que se presenta busca identificar la normatividad y sus fundamentos sobre el tema a trabajar en el plano del derecho peruano, si bien es cierto, los casos en donde se pretende impugnar la paternidad matrimonial son pocos, los derechos que confluyen en esa minoría de excepcionales casos son de un interés superior, como lo es, la del menor de edad y como lo es el de la identidad biológica de éste. Asumiendo a la Identidad Biológica del Menor y a su Interés Superior como motivación principal de la presente investigación, se realiza en adelante un estudio de los artículos del Código Civil pertinentes en la materia (363°; 364°, y 376°), esto con el objetivo de poder explicar las razones de la actual forma legal.

II.1. Impugnación de la Paternidad Matrimonial.

Es preciso partir mencionando que hace algún tiempo atrás, lo único que posibilitaba la impugnación de la paternidad matrimonial se sustentaba en la imposibilidad física del marido y es que, la impugnación de la paternidad matrimonial es la acción mediante la cual se procura negar la paternidad presumida por matrimonio, probando la inexistencia de

relación biológica y persiguiendo la desacreditación de la filiación jurídica de un sujeto o en estos casos, de un menor.

En la impugnación de la filiación se pretende desconocer una filiación previamente determinada. Ocurre, por ejemplo, cuando se ha dicho que Juan es hijo de Pedro y en realidad no lo es, por lo que impugna esta filiación, para que se declare que Juan no es hijo de Pedro. (Castillo, 2014)

Es un proceso judicial, mediante el cual se busca desvirtuar la paternidad legal de un niño, niña o adolescente, cuando se duda de la veracidad de ésta. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar [ICBF], s.f.)

La prueba en contrario sobre la presunción de la filiación paterno matrimonial es la justificación para poder alcanzar la impugnación de la paternidad matrimonial y dicha prueba, la cual se aplicará en el transcurso del proceso judicial ha de estar destinada precisamente a que, el marido demuestre que ha estado imposibilitado de engendrar a quien suponen como hijo matrimonial de éste.

Tal como se señala en la sentencia T-207/2017 de la (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2017) la impugnación de la paternidad matrimonial es el escenario judicial que le permite a una persona controvertir la relación filial que se encuentra reconocida, agrega también que, en los casos de filiaciones legítimas hay que atacar todos los elementos de la legitimidad, es decir, la paternidad, la maternidad, el matrimonio o la concepción dentro del matrimonio para alcanzar la impugnación perseguida. (p. 1)

En caso de que la impugnación de la paternidad matrimonial se declare fundada, el estado de hijo legítimo o matrimonial se esfuma, dando cabida al otro tipo de filiación por naturaleza, la extramatrimonial. A palabras de (Amado Rodríguez, 2022), “Se excluye la

paternidad matrimonial, subsistiendo la maternidad, por tanto, la paternidad matrimonial se convierte en extramatrimonial y con la posibilidad de reclamar la filiación el verdadero padre.” (p. 227)

II.2. Antecedentes y Regulación Vigente - Impugnación de la Paternidad Matrimonial en el Código Civil Peruano.

En primer término, se ubica al (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 361), el cual expresa de forma textual que;

“el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

La anterior, disposición que se entiende como ideal o adecuada, ya que el concebido ha de ser privilegiado en todo lo que le favorezca y más aún si se concibe dentro de la existencia de un vínculo familiar – matrimonial, esto con el objetivo que no caiga en desconocimiento y en la desprotección de no poder poseer una identidad dinámica inmediata y con ello a las formas de identificación y de reconocimiento civil y social.

Es así como el artículo en mención a priori no tendría que generar problema alguno, pero los demás artículos a analizar y explicar excusan aún su existencia en el artículo 361° del Código Civil, hecho descontextualizado ya que en el curso de los tiempos actuales nada sirve de excusa para limitar derechos fundamentales tales como el Derecho a la Identidad Biológica de un menor y con ello al principio reposado en el Interés Superior del Niño.

Vale precisar brevemente que antes de su modificación la codificación señalada no contemplaba la declaración expresa de la madre, por lo que la presunción se perfilaba a una *iuris et de iure*.

En segundo lugar, se ubica al (Código Civil Peruano, 1984, artículo 362) el cual manifiesta que por la presunción de filiación matrimonial:

“el hijo se presume matrimonial salvo la madre declare expresamente que no es del marido.”

El artículo 362 evidenció una leve mejoría desde la modificación aplicada en el año 2018, ya que previamente la posición del legislador era mucho más limitante ya que formulaba que la presunción de filiación matrimonial aplicaba, aunque la madre declarase que no era de su esposo o fuese condenada como adúltera.

Tanto en el 361° y 362° de la actual edición del código civil se redacta sobre declaraciones de la madre que derrotarían la presunción de paternidad, pero al continuar la lectura pertinente del código se ubica la negación de la paternidad, dicho en términos de la presente investigación, se detallan los motivos que generarían la posible impugnación, y es que, si el marido niega, impugna tanto la filiación biológica como la filiación jurídica. Y es menester precisar que lo anterior se contiene en el artículo 363°, el cual no ha sido modificado recientemente y es el que detalla que, el marido que no se crea padre biológico del hijo de su esposa, podrá negarlo, considerando ciertas condiciones, las cuales son:

“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplido los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días desde los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vinculo 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”. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 363)

Si bien es cierto, la negación de la paternidad y la impugnación de la paternidad manejan conceptos técnicos diferentes, “...el artículo bajo comentario utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de la paternidad. (Gutiérrez Camacho, 2003). Lo anterior en referencia de que el presente trabajo también utiliza la misma denominación en ambos supuestos.

Es preciso detallar que el quinto inciso correspondiente al artículo 363° se incluyó por el artículo 2 de la Ley 27048 de 1999 con la finalidad de brindar en mayor medida la protección al derecho a su verdadera identidad del menor en mérito a las prueba de ADN u otras pruebas científicas de igual o mayor grado de certeza; se detalla además que la persona que inicie este tipo de procedimientos valiéndose de la mala fe, será susceptible de enjuiciamiento y el pago de indemnización determinable por el juez que vigile la causa.

Corresponde precisar que en 1852 y en 1936, en lo pertinente, abordaban presupuestos en la redacción de sus incisos, muy semejantes a la que se establece hoy, salvo por la integración de la prueba del ADN y demás pruebas científicas de igual o mayor certeza como medio de prueba para desacreditar la relación filial. Los artículos donde recaía la negación eran el 222° (1852) y 301° (1936).

Las presunciones que se establecen nacen a raíz de las teorías ya señaladas en el capítulo anterior. Por ejemplo, el inciso uno en las tres codificaciones históricas en materia civil define que marido puede negar si el hijo nace con anterioridad a ciento ochenta días siguientes a la celebración del enlace nupcial y ello se fundamenta en la supuesta falta de cohabitación y/o de relaciones íntimas previas a las nupcias. Salvo por el inciso cinco que contiene la versión actual desde 1999, que involucra las pruebas científicas y con ello la desacreditación del vínculo paterno filial y la exposición de la infidelidad o adulterio según el caso.

Sobre lo comentado párrafos arriba, menester es establecer así como lo señala Bustamante Oyague en su comentario al artículo 363° que negación e impugnación de la paternidad son conceptos jurídicos distintos, siendo que el primero es actuar previo a cualquier inscripción o posesión de estado con la finalidad de desacreditar la presunción, mientras que el segundo, habiéndose configurado aspectos como la posesión de estado y los títulos correspondientes, se pretende dejar sin efecto todo aquello por la falta de relación biológica entre el marido y el hijo de la esposa; pero también explica que, la diferencias de conceptos en la doctrina nacional referida al Derecho de Familia utiliza de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación como para los de impugnación de la paternidad. (Camacho Gutiérrez, 2003)

A continuación, se ubica el artículo que narra:

“La acción contestataria debe ser interpuesta por el marido dentro de plazo de noventa días contados desde el día siguiente al parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”. (Código Civil Peruano, 1984, Artículo 364)

Es preciso mencionar que el artículo en referencia detalla plazos de temporalidad, los mismos que buscan limitar el tiempo para negar a un presunto hijo respaldado inicialmente por la presunción de paternidad y con ello revestido por la filiación matrimonial y sus efectos. Con este plazo transcurrido sin acción del marido para negar y por consiguiente impugnar su paternidad, el legislador presume dos cosas, o bien se disculpó y perdonó la infidelidad o bien se adoptó una postura de resignación ante el engaño de la esposa.

A razonamiento del presente trabajo, el Derecho a la Identidad Biológica del Niño y con ello al de tener una identidad integral, desde la perspectiva que evidencia el artículo 364°, se ve en serio riesgo; ya que deja a criterio del marido que el menor pueda alcanzar su identidad biológica y además, sosteniéndose en la posibilidad de resignación o perdón de la infidelidad o adulterio y se le agrega que delimita todo a un rango de temporalidad, como si noventa días debiesen ser determinantes para la filiación integral del menor y las consecuencias generales a futuro.

Según señala Monge Talavera en el libro Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas del 2003, el silencio durante los 90 días de plazo para la acción contestataria de desconocer a un hijo matrimonial se puede interpretar como un reconocimiento tácito de paternidad. (Gutiérrez Camacho, 2003)

En cuanto al artículo en desarrollo (Chipana, 2011), como breve crítica, considera que se impone respuesta negativa ya que lo ideal sería dejar sin efecto esta barrera temporal que la legislación preestablece y que distorsiona y amplía la decimonónica brecha que se creó entre lo que se conoce como la verdad legal y la verdad real.

Es cierto, el artículo deja entrever una gran posibilidad de afectación al derecho a la identidad y a todo lo que ello involucra.

De manera complementaria, se decide comentar el artículo 365°, que nos dice,

“No se puede contestar la paternidad del hijo por nacer”. (Código Civil Peruano, 1984, artículo 365).

Para reflexionar sobre el presente artículo, es pertinente dirigirse al artículo 1° del código civil, y es que entre su redacción nos indica:

“El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto le favorece”.

Por lo que no es concebible interponer demandas en su contra. Monge Talavera en su participación comentando el artículo en desarrollo en el Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas, entiende que, las condiciones que permiten determinar si la acción es o no fundada pueden verificarse únicamente tras el nacimiento. (Gutiérrez Camacho, 2003)

Se considera que el presente artículo tiene la consistencia idónea para salvaguardar los intereses del concebido, por lo que no cabe mayor crítica, Considerando oportuna su intervención en el contenido filiatorio.

El último artículo que se trata para perseguir la armonía y concordancia de la presente investigación es el 376° el cual versa 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 aún por el mismo hijo”. (Código Civil, 1984, artículo 376°).

Sobre el contenido, Bustamante Oyague, indica que para que exista posesión de estado, y según la teoría clásica, han de reunirse tres factores, los cuales son, el nomen (apellido familiar), el tractus (trato como familiar directo) y la fama (el reconocimiento de los demás como integrante de una familia); siendo el más importante el trato, por ser que identifica ante el llamado del padre al hijo o viceversa. (Camacho Gutiérrez, 2003)

Sobre el artículo, se aprecia una suerte de protección al menor, al brindarle la estabilidad y seguridad que una familia le puede generar y no es objeto de discusión que la familia como institución merece la protección estatal en lo que le corresponda y más aún la del niño o niños que también la integren; pero también se evidencia que limita tajantemente y sin plazo alguno el poder tomar una medida legal y oportuna para así otorgar al menor su verdadera identidad de ser el caso. Es decir, a considerar de los motivos que promueven la presente investigación los cuales se sustentan en el desarrollo de este, el menor merece tener un plazo de excepción en caso alguna persona legítimamente interesada, principalmente el padre biológico, desee impugnar dicha filiación y brindar así a su hijo biológico la identidad integral y con ello darle el dinamismo correcto a dicha identidad. Como se demuestra en el último capítulo en la comparativa oportuna con las legislaciones de España, Francia, Argentina y Colombia, en todas se presentan plazos para que los legitimados puedan proceder, ello, previo a que se consoliden las relaciones paterno filiales referentes a lo dinámico; ya que de transcurrir los plazos indicados tales legislaciones, también consolidan la filiación en cuanto a su estado jurídico, social y civil.

III. Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica.

Por lo general, el ser humano es quien le han dicho quién es durante su desarrollo y crecimiento, uno de los fines máximos más allá del respeto entre seres humanos es el de poder individualizarse como persona dentro de una comunidad debido a que cada persona en forma individual posee derechos y deberes. El fin principal del presente capítulo, es reconocer si objetivamente el Derecho a la Identidad Biológica de un menor es lo suficientemente importante dentro de la visión del Interés Superior del Niño como para ser prioritario o preponderante ante circunstancias jurídicas. Ahora, no sólo la persona o el ser humano es el interesado en poder generar una identidad, sino que también el Estado es un

interesado principal, debido a que éste, tiene la sólida necesidad de conocer e identificar de forma auténtica e individualizada a sus ciudadanos.

III.1. El Interés Superior del Niño.

Al estudiar detenidamente la Convención sobre los Derechos del Niño, se localiza el artículo 3° párrafo 1, el cual brinda al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera preferente su interés superior en todas las medidas o decisiones que le pudiesen afectar, tanto desde el aspecto público como del privado. Se considera lo siguiente:

“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 que se atenderá será el interés superior del niño”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, párr. 1, Artículo 3).

Cabe agregar a su vez que, el Interés Superior del Niño, no es un término necesariamente novedoso o nuevo, ya que, este marco ya se presentó en forma declarativa en la Convención de Ginebra de 1924 y la Declaración del Niño dada en 1959.

De la misma manera este interés superior atravesó límites que los preponderaban antes los intereses o derechos de los adultos es por ello que también se manifestó de forma precisa en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, específicamente en la parte final del artículo 5b, artículo 16 y párrafo 1, inciso d), así como en algunos otros instrumentos elaborados por la región, además que, de otras normas, tanto nacionales como internacionales. (Observación general No. 14 del Comité de los Derechos de Niño, 2014)

A su vez, la (Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1981, Artículo 16, inciso b) sugiere que el interés de los hijos sugerirá una consideración especial en todos los casos en referencia a que la labor que realicen hombres y mujeres ha de involucrar la educación familiar dando en este caso a la mujer el reconocimiento configurado por la maternidad como función social.

Se agrega que, la (Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, 1981, Artículo 16, inciso d) determina que los Estados partes han de contravenir toda forma de discriminación contra la mujer, pero involucra también a los niños considerándolos nuevamente de manera primordial antes las decisiones de los Estados, pero además de las decisiones que se tomen dentro de la familia con la finalidad de que los niños no se vean afectados o de ser así que se afecten lo menos posibles, integrando aspectos que le generen un mejoramiento en su bienestar.

Concepto: El Interés Superior del Niño, refiere principalmente a que toda decisión que se tome ya sea en relación con un niño, niña o adolescente ha de estar destinada a la mejora constante de su bienestar, privilegiando el pleno ejercicio de sus derechos. Se destaca también que, el Interés Superior del Niño es un principio de fuerza rectora en el plano del Derecho en general por lo que rige la normatividad en la materia.

Según (Observación general No. 14 del Comité de los Derechos de Niño, 2014.), el Interés Superior del Niño, posee un triple concepto, ya que en primer lugar es un derecho de naturaleza sustantiva, además de un principio jurídico puramente interpretativo y fundamental y también una norma de naturaleza procedimental. Se dice que deviene en sustantivo ya que involucra el derecho del niño a que su interés superior sea de consideración preferente, que se analice y se tenga en cuenta al ponderar de los diversos intereses para

adoptar una decisión sobre una problemática debidamente debatida, y la garantía de que tal derecho se accione siempre que se tenga que tomar decisiones que afecten a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, la misma que es de aplicación directa e inmediata y puede invocarse ante los tribunales. También se conceptualiza como un Principio Jurídico Interpretativo Fundamental en mérito a que en caso alguna disposición jurídica posibilite la admisión de más de una interpretación, se seleccionará la interpretación que llegue a satisfacer de manera óptima el interés del niño. Cabe precisar que, los derechos establecidos en la Convención y sus Protocolos facultativos determinan el marco interpretativo. Como último concepto, se tiene que es una norma de procedimiento, debido a que cuando se tiene que adoptar y asumir una decisión que afecte a un niño o a niños en general, el proceso de adopción de decisiones ha de incluir una aproximación de las repercusiones que puedan generarse, sean positivas o en su defecto, negativas. Ciertamente es que, la evaluación y determinación del interés superior del niño requieren de las garantías procesales aplicables; las justificaciones de las decisiones deben establecer que se ha tenido en consideración de manera explícita al Interés Superior del Niño. En este sentido, los Estados que integran la Convención de los Derechos del Niño han de explicar cómo se ha respetado este principio - derecho en la decisión que se establezca en el caso en particular.

Por ende, el fin u objetivo del Interés Superior del Niño, es básicamente garantizar de todas las formas el disfrute pleno y efectivo de la totalidad de derechos que se reconocieron a raíz de la Convención, además de garantizar de por sí el correcto desarrollo de los niños, factor determinante para ellos mismos y para procurar impulsar una mejor sociedad. El Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que, lo que a juicio de un adulto es el Interés Superior del Niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los

derechos del niño enunciados en la Convención. (Observación General No. 13 del Comité de los Derechos del Niño, 2011). Además, este comité trata de recordar a los Estados y a sus naciones que no existe una jerarquía de derechos, puesto que todos los derechos establecidos nacen en virtud del Interés Superior del Niño y debido a esto, ningún derecho debería verse afectado por alguna forma de interpretación negativa.

Entonces por influencia de lo anterior, la aplicación plena del significado de Interés Superior del Niño induce imperativamente a adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que participen y colaboraren efectivamente los intervinientes, con el objetivo de poder garantizar la integridad, tanto física como moral, sin desatender al aspecto espiritual, y por último promover la dignidad humana del menor. Definitivamente muchos podrán ser los factores que puedan generar desazón o problemáticas en el desarrollo del menor y ante cada una de ellas, siempre se han de evaluar las situaciones en concreto con el máximo cuidado procurando la mayor protección posible y con ello velar porque cualquier afectación se vea extinguida o en el peor de los casos minorizada significativamente.

Sobre el principio tratado y en referencia a la labor de los jueces, (López – Contreras, 2013), señala que, por el principio del Interés Superior del Niño, se determina que el juzgador o juzgadora, según el caso, deben preferir cualquier medida que devenga en necesaria con la finalidad de garantizar el bienestar de los menores de edad, es decir que se han de privilegiar la separación de un peligro y así evitar perjuicios en la persona misma del menor o en sus bienes o derechos en general; se agrega el concepto de (Martínez Ballina, 2019), quien argumenta que el interés superior del Niño, principalmente es un principio de naturaleza garantista, el mismo que constituye la directriz y guía para las resoluciones y decisiones judiciales que se pretendan aplicar.

El Interés Superior del Niño, ha de ser preponderante y prioritario en la consideración de las personas en general y en mayor medida de los encargados de velar por su protección, es decir los jueces o magistrados y demás servidores, funcionarios y aparatos estatales que involucren su labor con la de los menores de edad; lo anterior también recae sobre los entes privado, como se señala en párrafos anteriores al mencionar al artículo 3, párrafo uno de la Convención de los Derechos del Niño.

III.2. El Interés Superior del Niño en la Esfera Jurídica Internacional.

Para definir el desarrollo del presente apartado, y a modo de apertura, se considera el verdadero punto de partida en lo que respecta al marco internacional de la protección de los derechos de los niños el cual es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño dada en 1924, la cual consta de un preámbulo y cinco artículos que en todos se precisa sobre el bienestar del menor en diferentes formas, cierto es que tal declaración fue inspirada por iniciativa netamente privada, siendo la organización “Save the Children” o “Salva a los Niños” en su traducción al español, la inspiradora. La Sociedad de las Naciones o también conocida en su momento como Liga de Naciones, fue el organismo internacional que al conocer la iniciativa de “Save the Children”, la hizo suya, dándole un valor declarativo a partir de una resolución oficial. Se menciona que la fuerza era meramente declarativa, pues no constituía observación obligatoria por parte de los demás estados.

El preámbulo de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 sostiene lo siguiente:

“Por esta Declaración de los Derechos del Niño, conocida como Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene, afirmando sus deberes, al

margen de toda consideración de raza nacionalidad o credo”. (Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, 1924, preámbulo).

Al devenir del tiempo y siendo la anterior declaración insuficiente para la protección de los niños en cuanto a sus derechos y bienestar general, se trató de perfilar una mejora, fomentando la Declaración de los Derechos del Niño en el año 1959, el cual se muestra como el antecedente inmediato de la propia Convención de los Derechos del Niño.

La declaración en mención en su principio 2, versa lo siguiente:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral espiritual y socialmente forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que atenderá será el interés superior del niño”. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, Principio 2).

Dicho principio, fue el primer gran paso en beneficio de los niños por tratativas internacionales, que se consolidó a través de la posterior manifestación de voluntades por diversos Estados que firmaron y ratificaron la Convención de los Derechos del Niño.

Es inevitable también considerar en este punto al párrafo 2 del Principio 7 el cual especifica que:

“El Interés Superior del Niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, Principio 7 párrafo b).

Se interpreta entonces que, el principio 2 tiene fines, sociales y jurídicos, por lo que está dirigido a los Estados y particularmente a los legisladores, mientras que el principio 7 en su párrafo b, tiene como destinatarios a los padres o cuidadores.

Es así como, en el inciso 1 del artículo 3° de la propia Convención de los Derechos del Niño señala:

“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”. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, Inc. 1, Artículo 3).

Lo correcto para comprender e interpretar de forma aún más sólida el artículo referido, se ha de realizar un análisis conciso.

En primer lugar, la norma refiere a entender de la presente investigación que, el principio referido al Interés Superior del Niño expresa de forma literal la total obligación de toda entidad ya sea del Estado o no, y además de la sociedad en unidad y como conjunto, a que en el momento de razonar, considerar, evaluar y finalmente tomar alguna decisión sobre intereses donde pueda verse involucrados o afectados los niños, se hagan en observancia primordial de este principio de rangos superiores. A razón de lo anterior, se entiende que, no sólo el Estado se encuentra obligado a asumir los criterios mencionados, sino que su vez todo lo relacionado a la esfera privada, dentro de sus tomas de decisiones deben preocuparse de forma prioritaria por el interés del niño como criterio jurídico superior.

Como referencia, para brindar ejemplos de las esferas privadas que pueden asumir decisiones sobre los niños y adolescentes son: la familia, los colegios particulares que en

nuestro país devienen en masivos, los centros privados de estimulación temprana que definitivamente involucran niños en su etapa más vulnerable, las empresas y organizaciones deportivas que forman también equipos con niños (escuelas de fútbol, básquet, ajedrez y demás), entre muchos otros.

Entonces, se tiene que, la declaraciones iniciales dadas en favor de los niños allá por los años 1924 y 1959, sólo presentaban preceptos generales dirigidos a la sociedad o en el mejor de los casos al legislador y a su interpretación, por lo contrario, la Convención de los Derechos del Niño, genera un entorno protector aún mucho más amplio que sus antecedentes principales, al punto de constituir al Interés Superior del Niño, no como un aspecto a considerar, sino como un principio rector de observancia obligatoria.

Posteriormente, en el año 2012, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), por medio de la resolución OC-17/2002, la misma que fue solicitada por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, referente a una opinión consultiva expresó sobre el principio del Interés Superior del Niño que, “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”. (Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 - 2002, punto 56.)

Otra de las expresiones que se desprende de la opinión consultiva referida en el párrafo anterior es la siguiente, “En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”. (Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002,

punto 61.) La dignidad del ser humano, las características de los niños y el desarrollo necesario de éstos son las tres particularidades básicas que dan razón al principio del Interés Superior del Niño. Mientras que, en la segunda referencia se encuentra un aspecto importante para el desarrollo y entendimiento del presente trabajo de investigación, el cual es la ponderación de las características particulares de la situación en la que se encuentre el niño y que le pueda estar causando, obviamente, alguna afectación a sus intereses. Se entiende que, los problemas que se dan con los niños no siempre encajan dentro de una fórmula legal o dentro de artículo normativo, por lo contrario, siempre aparecen según el caso características particulares que requieren una evaluación especial y una toma de decisiones bastante minuciosa y precautoria.

Cierto es también que, en todo lo que concierne al Interés Superior del Niño según el órgano internacional competente, es debida la ponderación no exclusivamente de las solicitudes de medidas especiales, sino también de las circunstancias y particularidades en las que encuentra el niño.

Por lo que se define un marco legal amplio y organizado inicialmente por organismos internacionales; el Perú al someterse a los acuerdos, tratados, convenciones y demás que fomenta el derecho internacional encuentra su sustento en el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, el cual se comenta en el siguiente apartado.

III.1.2. La Constitucionalización Del Interés Superior del Niño.

El Interés Superior del Niño se consagra como un principio en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y como ya se mencionó, el Perú es parte de dicha Convención. Si bien es cierto, la carta magna peruana no reconoce expresamente al principio del Interés Superior del Niño, pero sí busca protección de éste configurando lo siguiente:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 4)

Al respecto (Chanamé Orbe, 2015), precisa que dentro del artículo se destaca la protección especial al niño, a la madre y al anciano en situación de abandono y agrega que los seres humanos en sí, como iguales, por lo contrario por naturaleza también se catalogan de diferente manera, por lo que en determinadas situaciones o circunstancias se ha de generar una protección especial sobre el niño hasta su madurez y en el caso de ser un adolescente, hasta que se haya integrado de forma plena a la sociedad; considera también a las madres ya que cumplen para con los hijos funciones que involucran un alto grado de responsabilidad.

Se ha de considerar que la Constitución Política del Perú de 1993, fue la primera en mencionar el derecho a la identidad, previo a ello, las anteriores constituciones sólo mencionaban el derecho al nombre. El ejemplo más cercano sería la Constitución Política del Perú de 1979 que señalaba en el artículo 2 inciso 1:

“Toda persona tiene derecho a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad”. (Constitución Política del Perú, 1979, artículo 2 inciso 1)

Se evidencia que en ninguna parte se observaba el derecho a la identidad.

En referencia a la validez de la Convención de los Derechos del Niño dentro del territorio peruano, vale decir que la carta magna del Perú refiere que:

“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 55)

El tratado deviene en un acuerdo solemne con una categorización del más alto nivel, la misma que se puede dar de manera bilateral, o multilateral sobre un conjunto de temas con relevante importancia para los intervinientes (Chanamé Orbe, 2015)

A lo que se interpreta que, el Perú al firmar y ratificar su pertenencia a la Convención, adopta las normas que emanen de éste como parte de su derecho interno.

Es tenor mencionar también la redacción y los fines de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 en la que refiere, “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”. (Constitución Política del Perú, 1993, Cuarta)

A la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a la Constitución Política del Perú de 1993, se le agrega el Código del Niño y del Adolescente el cual se crea por influencia total del primero en mención.

En dicho código también se recoge al principio del Interés Superior del Niño, por medio del artículo IX del Título Preliminar el cual especifica,

"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y el Adolescente y el respeto de sus derechos”. (Código del Niño y del Adolescente, 2000, Artículo IX)

Se comenta que el principio del Interés Superior del Niño el cual contempla el Código del Niño y del Adolescente en Perú, guarda su origen en el derecho común, y sirve para generar respuestas ante los posibles conflictos que se den entre niño y adulto; además se señala que, por ejemplo, cuando se produzca una separación o posterior divorcio, siempre los intereses del niño involucrado serán preferentes al de otras personas o instituciones. (Rojas Sarapura, 2009)

Persiguiendo un análisis de lo que involucra al interés del niño es inevitable considerar en el presente trabajo al artículo 6, el cual en el primer párrafo de su narrativa señala:

“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 medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tiene también el derecho al desarrollo integral de su personalidad”. (Código del Niño y del adolescente, 2000, artículo 5)

Sobre el citado artículo (Rojas Supura, 2009), comenta que el precepto se vincula directamente con el artículo 19 del Código Civil, en lo pertinente a que las personas tienen el deber y el derecho de portar un nombre, precisando que se incluyen los apellidos y estableciendo que los padres biológicos o representantes legales del menor habrán de inscribir el nacimiento en el pertinente Registro Civil, en mérito que esto devendrá en la única prueba respecto al nombre.

Queda claro que la protección al niño y al interés superior que emana de su propia naturaleza se protege fuertemente en la normatividad nacional e internacional; y en relación con la identidad de estos, procura siempre la priorización del poder conjugar efectivamente el vínculo biológico y jurídico, salvo las excepciones en donde se puede generar una afectación mayor.

3.2. El Derecho a la Identidad Biológica

Para poder alcanzar el entendimiento y la interpretación del concepto propio de Derecho a la Identidad Biológica, es preciso poder iniciar el presente apartado brindando en primer lugar conceptos básicos sobre identidad, para posteriormente definir la identidad biológica.

Identidad: Preliminarmente y desde una perspectiva particular, se puede definir a la identidad propiamente dicha, como aquel conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que resultan en característicos frente a los demás. A lo que Mamani Luna (2012) agrega que, identidad se entiende por la institución que permite distinguir a las personas entre sí, sostiene también, que es aquel derecho que permite establecer con precisión y certeza que una persona es esa y no otra.

Entonces la cuestión pertinente a la identidad ha de orientarse en virtud de dos planteamientos básicos. Se tiene como primera intención de la identidad a la naturaleza introspectiva, concadenadas a la auto identificación como un “yo” de cada ser individualizado, y posteriormente se dirige a una segunda intención, la cual procura las formas que permitan brindar objetividad a la personalidad misma en lo que respecta las relaciones de sociales.

Es evidente que en este capítulo el conceptualizar el término identidad desde una perspectiva general no es lo más apropiado, por lo que jurídicamente algunas palabras o términos toman un concepto diferente que puede sugerir la existencia de, por ejemplo, derecho o deberes. Por ello, en el Perú y especialmente en su plano jurídico la identidad se desarrolla bajo la esencia propia de un derecho, la cual se reconoce en el inciso 1, Artículo 2, de la Constitución política del Perú de 1993, comentado también en capítulos anteriores.

Se cita a continuación:

“Toda persona tiene derecho a la vida, a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. (Constitución Política del Perú, inciso 1, artículo 2)

Sobre lo que contiene en sí dicho derecho se entiende que comprende varios aspectos propios de la vida en sí y por consiguiente de la personalidad misma del sujeto titular, en tal aspecto se ha determinado que la identidad comprende una faz estática y una dinámica. La primera referida especialmente al origen genético y biológico del individuo y la otra orientada a lo que concierne el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico existencial. (Chanamé Orbe, 2005)

Es conveniente citar en su primer párrafo al artículo 7° de la Convención de los Derechos del Niño que detallan aspectos relacionados a la identidad siendo que el primero versa:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”. (Convención de los Derechos del Niño, 1989, artículo 7)

Lo que se condice en el artículo 6° del Código del niño y del Adolescente, citado también en el desarrollo del trabajo y sin duda alguna requiere la develación de los padres siempre y cuando aquello sea posible. En medida de lo posible refiere a no sólo al aspecto físico, sino a que quizá con tal suceso en vez de favorecer a la niña, se le termine perjudicando, por ello se habrá de evaluar si es posible también en dicho sentido.

Sobre el Derecho a la Identidad Biológica. El Derecho a la Identidad Biológica o también conocida como Derecho a la Identidad de Origen, refiere a la dignidad y a la esencia propia del ser humano y a su vez, lo anterior será lo que permita de forma íntegra conocerse a uno mismo y al resto de sus familiares genéticamente relacionados y por consiguiente se podrá conocer el lugar de nacimiento, quién realizó la inscripción entre otros. En el informe titulado Derecho a la Identidad de Origen realizado por el estado uruguayo a través del (Instituto Nacional de Derecho Humanos y Defensoría del Pueblo [INDDHH], 2021, p.7) se determina que, el factor biológico y la dimensión socio psicológica es lo necesario para constituir la identidad de origen de una persona. Agrega que, para brindar la identidad integral del sujeto, el Estado ha de crear y facilitar las formas para hacer coincidir la verdad legal con la biológica.

El derecho a conocer los orígenes propios, como se nombra al Derecho a la Identidad Biológica por (Rabadán Sánchez – La Fuente, 2019) en su participación en la revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, se presenta en aquellas situaciones donde existe una falta de relación o disociación entre la realidad biológica y la filiación adjudicada por ley.

Siguiendo la línea que prepondera el presente trabajo, la importancia del derecho a la identidad biológica y con ellos el de poder conocer los orígenes propios, son aspectos relacionados al Interés Superior del Niño en particular, y que por ende no pueden negarse así por así, ya que el hecho de negar o imposibilitar su búsqueda y determinación pueden ser sinónimo de diversas afectaciones, desde magnitudes globales como las sociales o desde aspectos personales como las afectaciones emocionales, psicológicas o de salud, posteriores. Y es que este derecho brinda al hijo la opción de conocer todo lo pertinente, desde la concepción hasta su nacimiento, así como de saber quiénes son sus progenitores Y es que, en mérito al Interés Superior de Niño, es reseñable además que, el poder conocer los orígenes

biológicos que involucra el Derecho a la Identidad Biológica no necesariamente se liga a que se retome algún vínculo distinto al genético el cuál siempre será coincidente.

Como se desarrolla en la investigación, el Derecho a la Identidad Biológica es uno que deviene en fundamental es por ello que es meritorio conocer los conceptos y desarrollos académicos, institucionales, doctrinarios y demás especializados en la materia de diferentes naciones, siendo que, en la página web de la (Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina [DPN], s.f.) se versa que el Derecho a la Identidad Biológica refiere a saber quiénes somos, a saber quiénes son nuestros padres, el lugar de nuestro nacimiento y el nombre con el que se nos identifica y ellos mismo hace la esencia del ser humano y la de su dignidad. Además de los anterior, nos menciona que, nos permite el ejercicio del derecho a la verdad y por consecuencia el poder gozar a plenitud de los demás derechos fundamentales que se vinculan.

Siguiendo un poco la línea del criterio argentino y rescatando el informe sobre el Derecho a la Identidad Biológica promovido por el Observatorio de Derechos Humanos del país sugerido, donde se señala que la identidad biológica como derecho involucra saber de dónde vinimos y es que lo sustancial en cuando a la verdad de origen es precisamente el dato biológico en la medida de que posibilita a la persona pueda elaborar y desarrollar su personalidad, sus creencias y sus valores sin restricción alguna.

En conclusión, se identifica una estrecha relación entre el Derecho a la Identidad desde su perspectiva biológica y el Interés Superior del Niño.

IV. La Impugnación de la Paternidad en la Corte Suprema de la República del Perú y en la Legislación Comparada.

VI.1. La Corte Suprema del Perú y sus criterios en los procesos sobre Impugnación de la Paternidad Matrimonial.

Se analizan a continuación algunos fallos casatorios en donde se ha considerado de manera directa o indirecta el Derecho a la Identidad Biológica y que se ha establecido vincular al Interés Superior del Niño, cabe recalcar que son desprendidos de procesos impugnatorios de la filiación devenida por matrimonio.

- La casación No. 2236 – 2017, Lambayeque que guarda su motivo en una de impugnación de la paternidad matrimonial, comenta que tras la demanda del recurrente Sr. Nemecio Tocto Cruz formulada ante el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Chiclayo, el juez a cargo decide que en el caso en particular ha de prevalecer la verdad biológica, el derecho a la identidad del menor, el derecho de quien recurre como actor para conocer si es o no el verdadero padre del menor y el derecho que subsiste sobre el verdadero padre biológico, se precisa que el demandante solicitó la inaplicación de los artículos 364° y 400° de código civil; esta instancia declara fundada. Es para una segunda instancia promovida por la apelación de la demandada y la que se sustenta en que no se ha considerado el plazo de ley para la acción contestatoria establecido en el 364° del código civil; se destaca que la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque confirma lo decidido en primera instancia en mérito a que la demandada se negó a que su hijo se someta a las pruebas de ADN y en que la demanda detalla aspectos constitucionales los mismos que han sido debidamente concordados con los

preceptos internacionales que rigen sobre el Interés Superior del Niño. Tras un profundo análisis, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en donde detalla el Derecho a la Identidad en toda su amplitud, haciendo una vinculación oportuna de lo biológico y jurídico en lo respectivo, además tras explicar que si bien es cierto en algún momento el actor con el menor mantuvieron una relación de padre e hijo, todo ello se desvirtúa al iniciar el proceso de impugnación de la paternidad matrimonial ya que se evidencia la voluntad del recurrente de desestimar todo vínculo lo que no sería adecuado para el curso del desarrollo del menor, consolidándose en el hecho de que no existe más posesión de estado; motivos por lo que declaran infundado el recurso de casación formulado por la demandada Adela Socorro Ramírez Huancas y no casaron la sentencia de la sala especializada que declaró fundada la demanda interpuesta. (<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b7d23e004378aedc988c9b6745cba5c4/2236-2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7d23e004378aedc988c9b6745cba5c4>)

El derecho a la identidad biológica, el Interés Superior del Niño, la impugnación de la paternidad matrimonial y los artículos 363° (inciso 5) y 364° del código civil peruano son los principales elementos que vinculan a la casación en referencia con el presente trabajo.

- En contraste con la casación 2236 – 2017 de Lambayeque, se ubica la casación No. 950 – 2016 de Arequipa sobre impugnación de la paternidad matrimonial promovida por el padre biológico, la misma de la que trasciende que la instancia que da origen al proceso declara fundada la solicitud del demandante Joel Eduardo Vilca Flores, quien afirmó que la menor portaba el apellido del demandado ya que éste indujo a quien en vida fue Olivia Olinda Sánchez Medina a inscribirla como hija matrimonial

a la mejor F.K.M.S pero que en realidad es su hija biológica por lo que solicita el ADN; la contestación alegó que la menor siempre ha estado al cuidado del demandado y que ni la niña ni quien en vida fue su esposa han convivido con el recurrente, se sostuvo además que el demandante previamente ya había aplicado denuncia de abandono la misma que fue archivada tras una serie de pericias psicológicas sobre la menor. La segunda instancia confirma la sentencia dada en primera instancia tras la apelación formulada por el demandado que sostuvo que no se han considerado los medios de prueba ofrecidos por su parte como la declaración de la menor, donde se determina que la niña no quiere llevar el apellido biológico y que finalmente, la sola prueba de ADN no siempre es sustento para determinar filiación; la sala en su sustento comenta en cierto punto que sí bien el 361° trata sobre la presunción de paternidad, esta es una iuris tantum, es decir, admite prueba en contrario para su contradicción. El demandando recurre a casación siendo que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se motiva en que la niña efectivamente no desea vincularse con el padre biológico y sostiene tras las pericias del caso que se identifica plenamente con el apellido del demandado y con su familia ya conformada; para decidir que se declare fundado el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Vega en mérito al Interés Superior del Niño y al derecho a la identidad dinámica ya establecida y consolidada entre el demandado y la niña F.K.M.S (9). (<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Casacion-950-2016-Arequipa-LP.pdf>)

El derecho a la identidad biológica y jurídica, el Interés Superior del Niño, la negación o impugnación de la paternidad matrimonial y el artículo 361° del código civil

peruano son los principales elementos que vinculan a la casación en referencia con el presente trabajo.

- Seguido de la casación 950 – 2016 de Arequipa se comenta tras el análisis oportuno, la casación 5646 – 2017 del Cusco sobre impugnación de la paternidad originada por matrimonio; el proceso en primera instancia inicia con la demanda de David Gerardo Quevedo Velasco, quien alega no ser el padre biológico del menor J.A.Q.R quien goza de la presunción de paternidad matrimonial comprendida en el artículo 361° del código civil, siendo que lo anterior es de reciente conocimiento. Se agrega la prueba de ADN para probar la falta de vinculación natural entre recurrente e hijo. Se contesta la demanda por la esposa Marcela Ríos Frisancho, alegando el artículo 364° que sustenta la caducidad del plazo y la inexistencia de prueba de ADN que alega el demandante. Se declara infundada, siendo que se repite la decisión en segunda instancia en motivo de la preponderancia de la identidad dinámica generada por la niña con el recurrente. Ya en casación la posición cambia y la corte sustenta que al iniciarse un proceso para impugnar una paternidad matrimonial ya se denota la falta de posesión de estado y de voluntad de poder mantener algún vínculo filial por lo que no sería pertinente identificar a una menor con una persona que no guarda mayor interés por ella, por lo que se declaró fundado el recurso casatorio interpuesto por la demandante, precisando a la sala especializada que emita nueva resolución ajustándose a las condiciones establecidas, que se considere que la madre admitió la falta de vínculo biológico del hijo y el marido y que se actúe la prueba de ADN y en mérito a eso se decida nuevamente. (<https://app.vlex.com/#/vid/900006783>)

La negación e impugnación de la paternidad matrimonial, los artículos 361°, 363 inciso 5 y el 364° del código civil, el interés superior de niño además del conflicto entre el

derecho a la identidad biológica y el derecho a la identidad jurídica son los principales elementos que vinculan la casación en referencia y el presente trabajo.

De las tres casaciones comentadas, se identifica que los principales conflictos se evidencian en los artículos 361°, 363 inciso 5 y el 364° sobre su aplicación o inaplicación ya que en el primer caso se evidencia que se solicita la no filiación de quien demanda a pesar de la relación biológica, por causal de caducidad del plazo para la acción correspondiente; al igual que en la tercera casación detallada. Un aspecto contradictorio en cuanto a las decisiones es que la casación 2236 – 2017 de Lambayeque que prioriza la prueba de ADN y con ello la exclusión de la filiación jurídica de un menor en una edad de adolescencia, por lo contrario, en la casación 950 – 2016 de Arequipa, en circunstancias semejantes, la corte privilegió la identidad dinámica de la niña de nueve (9) años. Ante lo anterior se evidencia que los juzgadores no pueden en casos de tal naturaleza fijar un razonamiento aplicable a todos los procesos de la misma materia, ya que cada uno merece una atención especial para realmente favorecer al menor de edad en lo que le convenga. Otro punto a señalar es que ante la búsqueda realizada por el autor, no se encontraron casaciones en donde existiendo vínculo matrimonial, otra persona que no sea el marido, procure la impugnación de la paternidad matrimonial; lo que responde en gran medida a la actual narrativa de nuestro código civil en la materia específica; ya que si bien es cierto en mérito del artículo VI del título preliminar del Código Civil, cualquier persona que se sepa con legítimo interés económico o moral puede ejercitar una acción judicial; la regulación del apartado filiatorio deja aquello a entrever expresando literalmente algunas acciones en favor únicamente del marido. Lo anterior conduce muchas veces a la indecisión de iniciar un proceso de tal naturaleza y considerar quedar desprotegido por la legislación o aplicación de ésta, asumiendo que tal desprotección afecta al padre biológico o a la madre, pero principalmente

al niño. Cabe señalar que si bien el Decreto Legislativo 1377 a través de las modificaciones dadas, trata de vincular más a la madre en la decisión y responsabilidad de darle la correcta filiación a su hijo, aún quedan pendientes más aspectos, como detallar específicamente a los titulares que a priori podrían tener un potencial legítimo interés original y aumentar el plazo para la acción, ya que limitar la verdadera identidad biológica a sólo noventa (90) días deviene en negligente y poco considerativo de las normas internacionales que velan por la íntegra identidad del niño.

En el apartado que se presenta a continuación, se evidencia cómo en las legislaciones de España, Francia, Argentina y Colombia consideran en sus artículos correspondientes textos mucho más amplios en cuanto a legitimados y plazos, lo que deviene en una mayor posibilidad de poder configurar la identidad del niño en el sentido más pleno.

IV.2. Codificación Civil Comparada de España, Francia, Argentina y Colombia.

En el presente capítulo se desarrollan también las comparaciones del caso en materia de impugnación de la paternidad del hijo matrimonial, es así como la primera legislación a comparar con la peruana es la legislación en materia de impugnación de paternidad del hijo matrimonial de España, posteriormente la francesa y para concluir la argentina y la colombiana.

VI.2.1 Codificación Civil de España – Filiación Matrimonial e Impugnación de la Paternidad.

Al estudiar y analizar la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Libro de la Paternidad y la Filiación del Código Civil Español, se encuentra que, en el artículo 116º, existe al igual que en la legislación peruana una dominación jurídica de la presunción de paternidad del hijo matrimonial ya que su narración nos dice:

“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

Este artículo fue modificado en 1981, ya que previa a la misma, en su forma original la presunción de paternidad recaía en el artículo 108° e indicaba:

“Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para poder tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo”. (Código Civil de España, 1889, Artículo 108).

Tras su forma original el artículo 108° ha sido modificado hasta en tres ocasiones, siendo que la última variación versa del 02 de febrero del 2023 y narra lo siguiente, “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o no matrimonial, es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este código”. (Código Civil Español, 1889), como se evidencia en la lectura de los artículos la legislación española trata de brindar la comparativa entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y finalmente es tendiente a considerar todas las formas de filiación preponderándolas de forma igualitaria. En referencia al artículo 116° del código en análisis, (Abad Arenas, 2012) precisa que, la paternidad matrimonial recaída en un menor nacido durante la sobrevivencia del matrimonio

viene determinada por la presunción de paternidad, la misma que se regula en el precepto en comentario.

Como se demuestra en el trabajo presente, en este caso; tanto en el marco legislativo de Perú sobre la materia como en el de España existe la llamada presunción de paternidad, pero también se advierte una diferencia, la posibilidad de no presumirse del compañero permanente en caso existiera una separación de hecho anterior, ya que en el Perú sólo se admite la inobservancia de la presunción en los casos de disolución del matrimonio de manera formal desde el aspecto jurídico. Por lo que se entiende que en España admite como análogas en este caso peculiar la disolución del vínculo matrimonial y una separación de hecho convencional, la cual tiende a generarse a raíz de un distanciamiento amplio en cuanto a tiempo lo que hará que no se aplique la presunción en base a criterios con fuerza de probanza.

Posteriormente al artículo 116° del Código Civil Español, el cual es el que da mérito a la presunción de paternidad en la actualidad, se encuentra el artículo 136° el cual precisa que:

“1. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

2. Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en los

párrafos anteriores, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo”. (Código Civil Español, 1889, Artículo 136)

Continuando en la misma línea, se ubica al artículo 137°, el cual es una especie de extensión del artículo 136°, ya que otorga la posibilidad de la impugnación a más personas, esto debido a la modificación realizada en el año 1981 por la Ley 11/1981, debido a que previamente, el único facultado era el padre en los casos matrimoniales.

La redacción del artículo 137° también se ha visto modificado el 28 de febrero del 2023 y es que en el total de sus incisos refiere:

“1. La filiación del padre o progenitor no gestante podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo, para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo. El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor 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. Si se tratase de una persona con discapacidad, esta, quien preste apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán, asimismo, ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el computo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.

3. Cuando el hijo falleciere antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos anteriores, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. 4. Si falta en las relaciones familiares la posesión del estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos”. (Código Civil Español, 1981, Artículo 137). El literal de este artículo, corresponde a la última actualización aplicada.

Ante la lectura y el análisis del artículo en referencia se aprecia que menciona a padre o progenitor no gestante, qué básicamente es lo mismo, pero incorpora la misma a partir de algunos proyectos legislativos que finalmente se materializaron en la muy criticada “Ley Trans”, la misma que ya ha sido aprobada por el parlamento español y que ha significado un cambio muy significativo en el derecho de personas y el derecho filiatorio y por consiguiente en la regulación contenida en el código civil del país europeo; sin duda un tema revolucionario y contextualizado con una realidad social y moral muy distante a la peruana, al menos por ahora.

Además del contenido en el párrafo anterior, el artículo 137° otorga legitimidad al propio hijo para impugnar la paternidad del esposo de su madre o presunto padre, se ha de tener en cuenta que la impugnación filiatoria en España rige en una misma sección para la impugnación de la paternidad matrimonial y la no matrimonial. Esta impugnación habrá de hacerse en el año siguiente a la inscripción de la filiación propiamente dicha, pero al tratarse de hijo menor de edad o de uno incapaz, la impugnación podrá llevarse a cabo cuando el menor alcance la mayoría de edad o cuando cuente con capacidad legal plena. En la segunda parte del primer inciso del artículo 137°, refiere que la madre podrá impugnar la paternidad del hijo durante el transcurso de un año de realizada la inscripción, siempre y cuando ella

ostente la patria potestad y además que el hijo cuente con la condición de menor de edad o incapaz. Es evidente que la madre actúa en representación del menor o del incapaz, pero la autoridad una vez en sede judicial procederá a someter a un control sobre la verdad de la situación y sobre la protección al menor. Por último, el artículo en mención otorga capacidad legítima al hijo o a sus herederos de este, los cuales pueden ejercer la impugnación paterno-filial en el plazo que reste para la caducidad de la acción desde que falleciese el hijo, salvo en los casos donde falte la posesión de estado, ya que en estos casos se podrá impugnar cualquier paternidad en cualquier tiempo.

Es conveniente mencionar que, la codificación civil española, tal como se menciona con anterioridad faculta también a la madre para la impugnación de la paternidad del esposo, hecho que podrá darse siempre y cuando la madre cumpla con que la patria potestad recaiga sobre ella misma, que la acción judicial iniciada por la madre no excede el plazo de un año desde la inscripción de la filiación y que se enmarque la situación tomando en cuenta el principio del Interés Superior del Niño.

Albaladejo García (1978, como se citó en De la Cámara Álvarez 1984), sobre la patria potestad que ha de poseer la madre sobre el hijo, se expresa que, dicha exigencia configura un requisito que se suma al propio interés superior del hijo y no un mero presupuesto de la legitimación procesal indirecta.

De esta disposición se entiende que, la legitimidad otorgada a la madre es de tipo indirecto, ya que no se considera en este caso el interés de la propia madre por impugnar la paternidad, sino que, sólo se considera los intereses del menor hijo, intereses que deben ser acreditados por la madre y posteriormente evaluado por el juez competente. Por lo que se entiende que existe una suerte de capacidad de acción en favor de la madre, capacidad

limitada al interés del menor, el cual será evaluable por el juzgador, pero que de igual significa que la madre no puede actuar en formas propias.

En pro de finalizar el presente apartado, cabe inferir que, el artículo 137° del Código Civil español, brinda la posibilidad de acceso a la justicia para impugnar la paternidad de su esposo a la madre siempre y cuando tenga la patria potestad situación que no existe en la legislación peruana, si bien es cierto en el caso español, se le ponen condiciones específicas a la madre, es decir no puede impulsar un proceso de impugnación, en mérito de intereses meramente particulares de la madre, pero si en mérito de los intereses exclusivos de su hijo.

No cabe duda y es fácilmente interpretable y entendible que, probablemente una de las grandes razones que permite que la madre accione en representación de su menor hijo es el de poder dar a conocer al menor su verdad biológica, la cual es concordante con el Interés Superior del Niño.

Ahora, qué se entiende por Ministerio Fiscal, el cual se menciona en el caso español y como se verá más adelante en el caso de la codificación francesa; y es que según Balaguer et al. (2022) es una institución de naturaleza constitucional la cual es relevante en sus funciones y además posee personalidad jurídica propia, cierto es que se encuentra integrado al Poder Judicial aunque con autonomía funcional la misma que coopera con la Administración de Justicia española iniciando acciones ante esta última ya sea de oficio o respondiendo a la petición de algún interesado involucrándose a partir de órganos propios, procurando en todo momento la acción de la justicia y sosteniendo la defensa de la legalidad y de todo interés público tutelado por ley, todo lo anterior también en defensa de la independencia de los tribunales y de la plena satisfacción antes éstos del interés social.

En lo que respecta a lo anterior y considerando la codificación española en lo respectivo y la doctrina planteada en la realidad del país mediterráneo, se destaca que la filiación y la impugnación en lo matrimonial era hasta cierto punto discriminatoria frente a la legitimación del padre, en tanto que la madre también ostenta, como aquel, un interés legítimo autónomo; aunque siempre ante la evaluación del juzgador y priorizando en todo sentido el bienestar del niño. En segundo lugar, no siempre la impugnación ha de suponer la alegación del propio adulterio, aunque si alguna suerte de infidelidad que, en su caso deberá obtener una respuesta congruente en sede matrimonial pero no limitar el ejercicio de las acciones de impugnación. Por último, porque es una exclusión inadmisibles, que limita la constatación de la verdad biológica, principio inspirador de toda la materia, al impedir a quien mejor conoce la verdad su discusión. (García, 2005).

Claro está que en los últimos años España ha tendido a evolucionar mucho en materia filiatoria y por consiguiente en lo correspondiente a la impugnación integrando todas las filiaciones a una misma tratativa tal como se explicó en el primer párrafo del presente subcapítulo, lo que involucra una suerte de no discriminación legislativa sobre el menor en referencia a la naturaleza de su filiación.

Si bien el autor en referencia en el párrafo anterior tomaba como punto principal la discriminación del varón sobre la mujer desde el aspecto legislativo o normativo, hecho que definitivamente resultaba en importante, desde la perspectiva del presente trabajo, se considera aún más relevante de forma inmediata, la limitación que significaba al conocimiento de la verdad biográfica o biológica, el cual sin lugar a dudas es uno de los principios que brinda fundamentación a la presunción de la paternidad como concepto jurídico, y que además imposibilitaba la acción a quien sin lugar a dudas podía tener mayor conocimiento sobre la verdad en el caso. Hoy en día cualquier limitación en dicho sentido

se ha visto superada, subsistiendo aspectos como los plazos, que por lo general se configuran a la par con la posesión de estado y las relaciones familiares.

IV.2.2. Codificación Civil de Francia – Filiación Matrimonial e Impugnación de la Paternidad.

Francia cuenta con un histórico código civil, el cual fue motivo de influencia para muchas legislaciones civiles de países latinoamericanos, tal fue el caso del Perú, que tomó al famoso Código Civil Francés o también popular por el nombre de Código Napoleónico como su mayor imagen para el desarrollo del Código Civil Peruano de 1852, aunque ciertamente los siguientes se acomodaron también a otras influencias como la germánica, la española y más.

El aspecto familiar en lo regulado en dicho código no es la excepción, ya que, por ejemplo, la presunción de paternidad y todo lo demás que se le deriva en lo que refiere a la legislación peruana, toma como base las propuestas normativas consolidadas por la legislación civil en el estado francés, quien a su vez asumieron las raíces romanas en referencia a la materia.

El artículo 312° del Código Civil Francés, el cual fue introducido por la Ley n° 72-3 de enero de 1972, y con entrada en vigor desde el 1 de agosto de 1972, formula expresamente que:

“L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari”. (Código Civil Frances, 1804, Artículo 312)

Lo que se traduce en que:

“el hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido”.

Se deduce también en que, existe presunción Pater is o presunción de paternidad, la cual se identifica y relaciona claramente con la legislación que se sostiene en el Código Civil Peruano. Lógicamente, el precepto en referencia cuenta con una serie de artículos consecuentes que oportunamente complementan y extienden las formas de proceder con el objetivo de minimizar los daños entre los involucrados y preferentemente la del menor en los casos donde se ponga en entredicho la filiación matrimonial asumida por el marido.

Posteriormente, en el artículo 313° se identifican los motivos por los cuales la presunción de paternidad deja de ser absoluta y se ve descartada; y ellos son los siguientes:

“La presunción de paternidad se descartará cuando la partida de nacimiento del niño no designe al marido como padre. En caso de demanda de divorcio o separación judicial, dicha presunción quedará asimismo descartada cuando el niño hubiese nacido más de trescientos días después, bien de la fecha de homologación del convenio regulador de las consecuencias del divorcio o de las medidas provisionales adoptadas en aplicación del artículo 250-2, bien del auto de no conciliación, y menos de ciento ochenta días después de la desestimación definitiva de la demanda o la reconciliación”.

(<https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>)

Es decir, se formulan plazos que se contabilizan a raíz de la existencia de acciones judiciales que procuran el divorcio o separación de hechos de los esposos.

Vale mencionar que el artículo 250-2 refiere a las medidas provisionales, tal como la posibilidad de suspender y reanudar sin trámites el intento de conciliación, para poder conceder a los esposos hasta ese momento un plazo de reflexión con un límite de ocho días.

A la vez, si es que se estimara un plazo más largo, el juez podrá decidir suspender el procedimiento y recurrir a un nuevo intento de conciliación en un plazo de seis meses como máximo, es así como el juez ordenará, si hubiera lugar, las medidas provisionales necesarias. Agrega en el segundo párrafo que, la presunción de paternidad recobraré, no obstante, de pleno derecho, su fuerza si el hijo, respecto al esposo, tuviera la posesión de estado de hijo legítimo y si no contará ya con el apellido de un tercero.

Lo que se busca a partir del segundo párrafo del artículo en mención es que, si el menor se encuentra bajo la convivencia común de sus padres, no habrá demanda que configure la desnaturalización en un primer momento de la presunción de paternidad, otorgando así una suerte de protección a la identidad inmediata al menor.

El Artículo 314° también expresa una situación en la que descartará en primera instancia la presunción, tal es que su redacción es la siguiente:

“Se descartará la presunción de la paternidad cuando en la partida de nacimiento del hijo no designe al marido como padre y cuando el hijo no tenga posesión de estado respecto de éste”.

(<https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>)

Básicamente refiere a una forma de negación de la paternidad tácita, las cuales se basan en cuestiones como el plazo, la designación de otra persona distinta al esposo como padre en la redacción de la partida de nacimiento y en la no convivencia del marido y el menor, que materializa la no posesión de estado del uno sobre el otro.

Vale decir que, con el descarte de la presunción de la paternidad en virtud de los artículos 313° y 314°, este derecho a presumir que el hijo nacido dentro del matrimonio es

del esposo puede verse restablecido por vía judicial y según las condiciones que se especifican expresamente en el artículo 329°, las cuales son que:

“Podrán solicitar el restablecimiento de la presunción, el padre (esposo) o la madre (esposa), siempre y cuando el hijo sea aún menor de edad. Los efectos de la presunción de la paternidad del hijo matrimonial volverán a surgir siempre y cuando se pruebe vía judicial que el marido es el padre”.

Agrega que el hijo, una vez obtenida la mayoría de edad también podrá solicitar se le restablezca la filiación matrimonial, pero que dicha opción se mantiene vigente por diez años posteriores a la adquisición de la capacidad por ser mayor de edad, lo que sería hasta antes de cumplir los 28 años.

En acote de lo pertinente a las acciones de impugnación de la filiación; el artículo 332° del código civil francés, detalla en su segundo párrafo que,

La paternidad podrá ser impugnada aportando prueba de que el marido o el autor del reconocimiento no es el padre”.

(<https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>)

Se torna evidente que, Francia pondera de manera igualitaria la paternidad matrimonial y la extramatrimonial, al menos en materia de impugnación del vínculo paterno filial, ya que menciona a marido o autor del reconocimiento y es claro además que, al menos hasta este punto no especifica los titulares de la acción, Es importante se sepa que la impugnación de la paternidad matrimonial en la realidad francesa puede ser perseguida vía judicial por el hijo, uno de los progenitores o la persona que afirme ser su verdadero progenitor, lo anterior aplica en los casos que la posesión de estado sobre el menor encaje

con el título legal que otorga la filiación jurídica. Otro punto importante para señalar es que, hay un plazo determinado para la interposición de la acción impugnatoria, el cual es de 5 años. Se entiende que, tras 5 años de vínculo entre el niño y a los que reconoce como padres ya se han generado una serie de sentimientos y emociones, además de un estándar de identidad, por lo que en estos casos solo podrá actuar el Ministerio Fiscal.

Lo que se comenta líneas arriba, corresponde al artículo 333°, el mismo que literalmente regula lo siguiente:

“Cuando la posesión de estado sea conforme con el título, tan solo podrán actuar el hijo, uno de sus progenitores o la persona que afirme ser su verdadero progenitor, La acción prescribirá a los cinco años de la fecha en que hubiese cesado la posesión de estado o fallecido el progenitor cuyo vínculo de filiación se impugne.

A excepción de Ministerio Fiscal, nadie podrá impugnar la filiación cuando la posesión de estado, conforme con el título, se hubiese prolongado durante al menos cinco años desde el nacimiento o reconocimiento, cuando este se efectuase de forma posterior”.

(<https://cursoshistoriavdemexico.files.wordpress.com/2018/09/cc3b3digo-civil-francc3a9s.pdf>)

IV.2.3. Codificación Civil de Argentina – Filiación Matrimonial e Impugnación de la Paternidad.

A diferencia de las legislaciones comparadas en el desarrollo de la investigación y de igual manera en la comparativa con la propia regulación peruana, es que, en el caso argentino, el legislador prescinde de la presunción de paternidad matrimonial, abandonando

el tradicional *Pater is*, acogiendo una postura integrativa en cuanto a las orientaciones sexuales; lo que también se comenta en este punto del trabajo.

A continuación, se especifican los artículos del nuevo código civil y comercial argentino que asumen y tratan sobre la presunción de la filiación matrimonial.

“Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”.
(Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014, Artículo 566)

En el comentario realizado por la especialista argentina (Herrera, 2014), se explica que, la presunción legal de paternidad del marido de la madre se cambió por un concepto con alcances más neutros y generales, siendo que en la actualidad se le denomina presunción legal de la filiación del cónyuge de quien da a luz; se entiende que el cónyuge puede ser un hombre o en su defecto otra mujer a la que se le denomina, co - madre. Agrega que probablemente este sea el cambio más importante aplicado en CCyC de la Nación Argentina.
(Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Comentado, 2015, artículo 566)

En el Código Civil Argentino que regía con anterioridad en cuanto a la presunción de paternidad, en su artículo 243°, formulaba lo siguiente:

“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la

separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”. (Código Civil Argentino, 1871, Artículo 243)

El artículo anterior establecía de forma expresa la presunción de paternidad matrimonial o *Pater is*, se precisa que sólo detallaba sobre la filiación matrimonial más no a los hijos nacidos durante las uniones maritales, como se verá, sí sucede en el caso colombiano a tratar en el siguiente apartado.

Es susceptible de entendimiento que los hijos que nacieran dentro del vínculo matrimonial tenían como padre al marido de la madre u hoy también a la co-madre, siendo el caso argentino; la anterior codificación no señalaba admisión de prueba en contrario sobre la presunción de paternidad matrimonial, contrario sensu, la nueva regulación lo admite y especifica. Por lo que, la presunción de paternidad en el caso argentino era de carácter imperativo, posición que se varía en el nuevo código civil y comercial de la nación argentina.

En la nueva legislación como se observa, inicia el literal con, “excepto prueba en contrario...”; lo que denota que la presunción de paternidad puede ser objeto de contradicción en caso se demuestre con pruebas convincentes y determinantes.

Considerando la doctrina que surgía a raíz de la anterior legislación del país albiceleste, en el caso de la mujer legalmente casada, la paternidad quedaba atribuido imperativamente al marido de ésta, sin perjuicio alguno sobre la posibilidad de negar o posteriormente impugnar la paternidad de los hijos de su esposa a posteriori de la celebración del vínculo nupcial.” (Bossert y Zannoni, 1998).

Se precisa entonces que, Argentina eliminó la presunción de paternidad en su más estricta pureza, para alinearla a la no discriminación de derechos entre relaciones de personas con el mismo género sexual y que procrean por tipos de reproducción asistida.

Se aborda también el contenido del código civil y comercial de la nación argentina en cuanto a la impugnación de paternidad, la cual también abandona los patrones tradicionalistas, siendo que titula el artículo como “Impugnación de la Filiación Presumida por Ley” e indica lo siguiente:

“Él o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño”. (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014, Artículo 589)

Sobre el artículo en referencia Marisa Herrera, quien fuese la especialista encargada de comentar todo el apartado filiatorio del código en desarrollo en la versión comentada, precisa que la anterior narrativa era motivo de muchas críticas por la exclusividad dada al marido de la madre, por lo que el CCyC de la nación argentina prioriza en sus modificaciones este aspecto ya convulsionado introduciendo dos cuestiones principales que son la legitimación activa y la caducidad de la acción. (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Comentado, 2014, artículo 589)

En referencia a los términos legitimación activa y caducidad, vale comentar que son conceptos que se manejan en todas las legislaciones analizadas, pero aprovechando el

comentario del párrafo anterior se precisa que legitimación activa refiere a la “Capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida, respectivamente”. (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, s.f., definición única); y en lo referente a la caducidad, ésta se conceptualiza como “Decadencia de derechos por falta de ejercicio en el término establecido por ley o determinado por la voluntad de las partes contractuales. La caducidad implica la pérdida de fuerza de una ley o un derecho por transcurso del plazo para su ejercicio. Tiene el efecto de extinguir del derecho de forma automática. La caducidad no se puede renunciar. Se aprecia de oficio, no hace falta alegarla”. (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, s.f., definición única)

Queda establecido entonces que la presunción que legitima la codificación civil de argentina equipara filiación heterosexual y homosexual, indistintamente de que en la práctica se presenten casos donde se busca impugnar la paternidad establecida por matrimonio entre personas de sexo diferente.

El artículo también comenta sobre el hecho de tener que apelar expresamente al interés del niño como limitante para poder proceder con la acción de impugnación o de ser el caso de rechazar dicha acción; lo que resulta en muy significativo para la perspectiva del presente trabajo, ya que en el caso peruano, ningún artículo integra términos específicos que encuadren con el interés del niño, dejando espacio a intereses personales que luego se confunden con bienestar para el menor y genera decisiones controversiales o fuera de contexto por parte de los órganos de justicia.

Como extensión del artículo anterior, el legislador argentino presenta el artículo 590°, el cual lo titula “Impugnación de la paternidad presumida por ley. Legitimación y caducidad” y su literal es:

“La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque interés legítimo.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se te tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo de quien la ley lo presume.

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido por este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en la vida del legitimado”. (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014, Artículo 590).

En lo concerniente al artículo se entiende que los legitimados para la acción de impugnar la paternidad presumida por ley son, él o la cónyuge de quien da a luz, la madre que da a luz al menor presumido como hijo matrimonial y por cualquier tercero que invoque legítimo interés. En un segundo párrafo especifica que nunca generará prescripción sobre la acción de impugnación por parte del propio hijo, pero marca un plazo de caducidad para todos los demás legitimados el cual es de un año desde que el menor fue debidamente inscrito en los registros civiles correspondientes o en su defecto, desde el momento en que el presunto padre pudo tener conocimiento real de que el menor no es en realidad su hijo biológico. Es

apropiado resaltar que en todos los presupuestos y en relación con el artículo 589 también comentado siempre se habrá de considerar el bienestar del menor y que por obvias razones el hecho de impugnar una paternidad presumida por ley ha de perseguir la mejoría a presente y futuro en el desarrollo integral del niño.

Se determina que del presente apartado se puede rescatar un gran avance en la codificación argentina en materia filiatoria y por consiguiente en cuanto a presunciones de paternidad y en impugnación de esta. Ha involucrado a las mujeres como cónyuges de quienes alumbran por lo que ya gozan de la presunción de paternidad matrimonial presumida por ley y con ello se elimina el tradicional Pater is; agregan que las acciones han de estar motivadas por pruebas convincentes y determinantes o en consideración del interés del niño y amplía el marco de a quienes legitima para esta impugnación, siendo al hijo, a la madre y a tercero que invoque legítimo interés, estableciendo un marco legislativo mucho más amplio, lo que responde a que las realidades sociales cada vez son más problemáticas y por ello más complejas y es eso mismo lo que anhela normativas con mayor panorama que además gocen de flexibilidad los mismos que faciliten la labor de legisladores y juzgadores para que puedan ajustarse en mayor medida a la situación fáctica que se evidencie.

IV.2.4. Codificación Civil de Colombia – Filiación Matrimonial e Impugnación de la Paternidad.

Como se ha tratado, la presunción de paternidad matrimonial dentro del aspecto filiatorio es una regulación positiva y acorde a la protección de la familia como institución pura y natural, pero muchas veces las cosas no siempre son como deberían serlo, por ello, existen casos en que la madre casada concibe y da a luz un hijo que no es fruto del núcleo familiar, es decir, que no tiene como padre del menor o como progenitor al marido, situación

en la que se involucran derechos que muchas veces se ven desprotegidos por las limitaciones propias de la presunción que se indica y principalmente por la regulación vigente en su contenido general

La legislación colombiana en materia de impugnación de la paternidad es uno de los ejemplos a seguir desde la perspectiva de la presente investigación científica. El legislador colombiano ha considerado derechos que se están vulnerando y a pesar de mantener su presunción de paternidad como pieza clave para regular la materia en discusión, ha sido mucho más lógico, imparcial y proteccionista, y eso se denota claramente en la modificación de los artículos 213°, 214°, 215°, 216°, 217°, 218°, 219°, 222°, 223°, 224, 248, y 337; de su código civil en el año 2006 a través de la ley 1060; se detalla que para los fines del presente trabajo se analizarán los artículos 213°, 214°, 216 y 217°, referente a la presunción de paternidad matrimonial o marital, aplicable en el caso colombiano y a la impugnación de la misma y sus legitimados.

El anterior código civil colombiano en su artículo 213°, señalaba:

“hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres es hijo legítimo”.

La ley 1060 promulgada hace ya, 17 años amplió considerable la visión de dicho artículo y lo modificó en lo siguiente:

“El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”. (Ley 1060. (2006). Colombia. Artículo 1)

Ante la lectura de los dos últimos artículos en mención se infiere que, en el marco colombiano referente a la filiación matrimonial, siempre ha primado la presunción de

paternidad matrimonial y en el caso de la modificación, se denota una suerte de evolución legislativa más acorde al plano social, ya que incluye a la unión de hecho, brindándole así una paridad más cercana a la del matrimonio y brindando la protección correspondiente a esta nueva forma de familia y en especial a los niños que surjan de dichas uniones reconocidas por la ley colombiana pertinente. Por último, y salvando otra diferencia sustancial, la actualización del artículo en desarrollo incluye la salvedad de que se puede revertir la presunción en mérito a un proceso de investigación o impugnación de paternidad.

El artículo 214° en su narrativa pasada consideraba que el menor que nacía luego de transcurridos los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio se consideraba concebido en él y se daba al esposo por padre del niño. La modificación aplicada en el 2006 detalla:

“El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o de la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre. 2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a los consagrado en la Ley 721 del 2001”. (Ley 1060. 2008. Colombia)

Se identifica que la norma modificada determina el plazo de ciento ochenta días posteriores al inicio del matrimonio para considerar si el niño es hijo es legítimo, sea por vínculo matrimonial o de hecho en referencia a los padres. En similitud con el caso peruano, la presunción de la paternidad matrimonial en Colombia también se funda en la teoría mixta

en cuanto a las fuentes teóricas ya que asume a la concepción, al nacimiento, y al post nacimiento como elementos que caben dentro del plano familiar para determinar la filiación matrimonial. Como ya se explicó al inicio del capítulo II, cuando se trataban las teorías que fundamentaban la familia en cuanto al Pater is, la teoría mixta determina la filiación basando en la concepción y el nacimiento.

Tanto en el caso peruano como en el colombiano rigen plazos que son los que limitan en cuanto espacio de tiempo la concepción o no de la presunción de paternidad o directamente de la filiación matrimonial, obviamente en Colombia como se viene mencionando, también aplica en los casos de las uniones maritales de hecho. Se agregan además las excepciones por las que la presunción de paternidad podrá ser reputada y expresa que, queda en acción del marido o compañero permanente demuestre en caso de que así lo considere, por cualquier medio que él no es el padre, para el cierre se entiende que, cuando el proceso de impugnación de paternidad determine a través de medio probatorios científicos que el cónyuge o compañero permanente no es el padre, esto en obediencia de la ley 721 del 2001, la cual modifica la Ley 75 de 1968, ley por la cual se crean las normas en materia de filiación y por la cual además, se crea el Instituto de Bienestar Colombiano, se desvirtuará la presunción de paternidad que rige a la filiación.

Como se señala en la introducción de este subtema, Colombia habría de ser uno de los ejemplos a seguir en regulación filiatoria e impugnatoria en lo que respecta la filiación matrimonial y marital, pero a pesar de ello aún no se desprende de observaciones y críticas, como la que señala (Rodríguez Garrido, 2012) al precisar que, la ley 1060 en su artículo 1 el cual modifica los artículos 213° y 214° recae en discriminatoria, debido a que posiciona en paridad a los hijos matrimoniales y a los hijos extramatrimoniales nacidos en una unión de hecho más no a otro tipos de uniones que se pueden generar, agrega que probablemente

no ha sido intención del legislador, pero eso no quita el trato desigual a los niños que no se les incluye en la modificación aplicada.

La pasada normatividad referida al tema, en el plano colombiano, sostenía entre su redacción la vigencia del ya derogado artículo 215° que versaba sobre la impugnación por causal de adulterio y tipificaba lo siguiente:

“El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre”. Sin duda un artículo que daba mucho que hablar y que finalmente se derogó.

Sin embargo, a manera de comentario, tenemos el que en su momento expresó la Corte Constitucional de Colombia, al interpretar que, el artículo 215° admitía que dentro del proceso de impugnación de la paternidad el marido pueda desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial que presume la ley y la sociedad comprobando el adulterio en tiempos de la concepción; pero que definitivamente lo anterior no era basto para excluir la paternidad del marido, es por ello que se agrega el hecho de aportar pruebas que efectivamente sí demuestren la no paternidad del marido. (Corte Constitucional de Colombia, 2000, S. C-1492-00)

Entonces, el marido no podía dejar de reconocer al hijo matrimonial en caso de adulterio de la esposa, pero en caso de probarse tal adulterio se permitía el acceso de pruebas que justifiquen que el esposo no era el padre biológico; como ya se referenció, fue derogado, por lo que no se indagará más en el mismo.

En este punto, se ingresa a la parte que brinda más consistencia a la presente investigación; se toma en consideración este breve contraste con Colombia que ha establecido una forma moderna y más acorde a la realidad social en materia filiatoria y más específicamente en impugnación de la paternidad matrimonial, y es que, en su artículo 216° del país vecino se establecen los titulares de la acción.

“Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta días siguientes a aquel en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”.

La residencia del marido en el lugar de nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación de parto”.

Ante la observancia del artículo en mención se pueden empezar a divisar las diferencias más significativas de la regulación colombiana y la peruana a pesar de que en los artículos anteriores ya se manifiestan diferencias concisas. Además, se ubican las siguientes particularidades y es que, brinda la posibilidad de impugnar la paternidad del hijo matrimonial o del nacido dentro de la unión marital de hecho al esposo o al compañero permanente, según el caso y agrega a la madre como persona facultada para impugnar la paternidad matrimonial o marital, ambas legítimas bajo la óptica del legislador colombiano y en el cierre limita la acción en tiempo tanto del marido, del compañero permanente y de la madre a ciento cuarenta días desde que se tuvo conocimiento de la no paternidad de a quien supuestamente correspondía.

También sobre este punto, es muy importante rescatar las implementaciones aplicadas por el legislador colombiano, que nuevamente se adaptan más a la realidad social y que están más cerca del resguardo debido de la protección de la identidad biológica del menor, pero que aplica plazos, entre otras razones porque el vínculo que crea el menor con el presunto padre es también parte importante en la protección del desarrollo emocional del menor. Además, al otorgar ciento cuarenta días desde el conocimiento de dicha información, la ley procura una suerte de presunción de aceptación o de reconocimiento tácito ante el silencio o la no acción de los facultados para impugnar legalmente la paternidad filiatoria.

De la misma manera es aplicable mencionar sobre la anterior legislación que, era fiel evidencia de que la acción de impugnación de la paternidad estaba fundada en las obligaciones recíprocas de fidelidad y de cohabitación, que los cónyuges requieren observar dentro del matrimonio, por lo tanto, era posible demostrar la violación de alguna de estas obligaciones, pero casi en forma exclusiva, ya que el autorizado en exclusividad era el marido. Por ello, si el esposo aceptaba a su hijo sin entrar en lo absoluto a discutir si era o no el padre biológico, cerraba el camino para que cualquiera otra persona pudiera desacreditar aquello

Finalmente, en cuanto al articulado a analizar, se considera al 217°, y es que refiere al plazo para impugnar y en su nuevo texto incorporado prescribe que:

“El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo.

En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el padre, la madre o quien acredite sumariamente ser el presunto padre o madre biológico.

Por último se concluye ante la lectura e interpretación de las normas actualizadas de la legislación colombiana y de las referencias doctrinarias en mención que, ante la existencia inminente de la prueba genética, se posibilita de forma científica la vía procedimental para encontrar y entablar la verdad biológica en la maternidad o la paternidad, y que además, es el motivo principal de la Ley 1060 del 2006, la cual para la sociedad y por ende para el legislador de Colombia se le consideró una revolución en materia de filiación.

- **Justificación**

- **Justificación teórica**

Se considera a la presente investigación como relevante teóricamente desde el marco del derecho internacional, específicamente desde las posiciones asumidas por las Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por el derecho nacional. Se abarca la visión constitucional, civil, civil – procesal y sustancial en el sentido que, el Derecho a la Identidad Biológica, está estrechamente vinculado al Interés Superior del Niño, por lo que su consideración en cada proceso judicial y más aún en el razonamiento de la Corte Suprema de República del Perú es de trascendental importancia para el posterior desarrollo biográfico del menor, debido que se impulsará un alto grado de responsabilidad paterno filial dentro de la sociedad, lo que probablemente también influya en el niño, brindándole así una cultura de responsabilidad filiatoria.

- **Justificación práctica**

Se estima que el desarrollo del presente trabajo devendrá en una herramienta aplicativa en el ámbito del derecho civil de familia y en el aspecto procesal y de forma más especial en la protección del derecho a la identidad en su visión global, la cual ampliará los

ámbitos de protección al niño en esta materia, en mérito a las recomendaciones que se ofrecen en la presente investigación científica.

- **Antecedentes.**

- **Internacionales.**

En el plano internacional, se ha considerado como antecedente a la tesis titulada “Plazos de Caducidad en la Acción de Impugnación de la Paternidad vs. Derechos Constitucionales”, trabajo realizado por Mariana Soledad Chaves, 2016, para poder graduarse de abogada en la Universidad Siglo 21, en el mismo donde se analizan los plazos para poder ejercer la impugnación paternidad, sea matrimonial o no matrimonial que se configuran en el Código Civil Argentino, además entre otras, concluye que la legislación de Argentina ha de seguir paralelamente el avance social y es que una ley que no facilita las herramientas de solución pertinentes y más en casos donde se involucra al Derecho a la Identidad Biológica del Niño y su Interés Superior, está destinada en un breve periodo de tiempo a convertirse en cosa del pasado. (Soledad Chevez, 2016)

El trabajo que se presenta como antecedente, se vincula al particular en que ambos sostienen la importancia del Derecho a la Identidad Biológica y su relación indivisible con el Interés Superior del Niño y es que conocer la verdad biográfica es sinónimo de seguridad jurídica, armonía familiar y estabilidad de los vínculos.

En la ciudad condal de Barcelona en España, Mariana de Lorenzi, abogada, presenta su tesis doctoral titulada, “El Derecho a Conocer los Orígenes Biológicos”, del 2015. El trabajo referido, menciona que según el Código del Niño que rige en la realidad española, se exige la expansión del principio de la verdad biológica en

favor de toda persona incluyendo cualquier tipo de filiación o de reproducción. Adicionalmente y entre otras conclusiones indica que, el derecho a conocer los orígenes biológicos es un aspecto del derecho a la identidad y por eso mismo, puede caracterizarse como un derecho humano, fundamental y autónomo. Finalmente sostiene, que las antiguas teorías que daban fundamento a la presunción de la paternidad en España ya no tienen cabida por las circunstancias y variación del plano social que también influye poderosamente en la materia. (De Lorenzi, 2015)

Principalmente la verdad biológica como principio y como derecho son los motivos que vinculan los dos trabajos, siendo que lo que se persigue en ambos casos es la consideración del Derecho a la Identidad Biológica y del Interés Superior del Niño, y el estatus que se merece dentro del plano jurídico y social siempre en bienestar del menor.

- **Nacionales**

En Perú, año 2015, María Alejandra Tantaléan Mesta estudiante de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Martín de Porres, sede Lima sustenta su tesis para optar al título profesional de abogada, titulado “Vulneración del Derecho a la Identidad del Menor en los Casos de Impugnación Matrimonial.” Quien señala que la codificación civil peruana en materia de impugnación o negación de la filiación matrimonial no está regulada de manera que concuerde con la protección integral que ha de poseer el derecho a la identidad del menor debido a que en mérito al contexto legislativo actual los sujetos legitimados para accionar la imputación están condicionados a la presunción Paternis. Concluye a raíz de su investigación

que la filiación es la institución jurídica más importante que comprende el Derecho de Familia, además que nace del derecho romano y que es determinada por la presunción de paternidad o Pater is. Asegura que, al momento del desarrollo de su trabajo, se evidenciaba una seria afectación al derecho a la identidad y por consiguiente al interés superior del niño. (Tantaleán, M. 2015)

El trabajo de investigación que se destaca como antecedente, se vincula a la presente en que fomentan en su desarrollo la protección integral de lo pertinente al Derecho a la Identidad Biológica y explican el vínculo con el Interés Superior del Niño.

En Perú, María Gracia Puga Villanueva, estudiante de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en pro de la obtención de la licenciatura como abogada, sustenta el trabajo titulado: “La discriminación por razón de género en la regulación de impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada”, del 2015, por el cual desarrolla el proceso histórico de la instauración del Pater is como principio rector de la normatividad peruana en la materia de impugnación paterno filial, señalando que en la actualidad ese modelo ha de ser desvirtuado en mérito de condiciones igualitarias entre el esposo y esposa tanto dentro como fuera del matrimonio. Agrega que la regulación actual es fruto de estereotipos de género y patrones de conducta enraizados en la sociedad, por ello concluye que la imposibilidad de la mujer casada de impugnar la paternidad del marido, demuestra que subyacen en la normatividad peruana valores tales como, el derecho al honor del esposo, la promoción del matrimonio y la protección unitaria de la familia que prevalecen sobre la protección que la Constitución otorga al

Derecho a la No Discriminación y a la Igualdad de género. (Puga Villanueva, 2015).

La impugnación por parte de la mujer casada es el tema que relaciona el trabajo en referencia y al presente, tomando como base el derecho a la identidad biológica del menor.

- **Locales.**

En el distrito y provincia de Trujillo, región La Libertad, año 2015. Janice Milagros Mendoza Rodríguez presenta su trabajo titulado “Protección del Derecho a la Identidad Biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica”, con el objetivo de optar por el título profesional de aboga por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. El mismo que interpreta que, en el Perú la impugnación de la paternidad protege a el Derecho a la Identidad Biológica pero dicha protección se presenta en mayor medida en el marco legislativo correspondiente de Argentina, Brasil y Costa Rica. Incluye que la labor de los jueces es la de priorizar el principio del Interés Superior del Niño. Agrega entre su análisis y redacción que, muchas veces la presunción Pater is, significa una motivación para la evasión de responsabilidad por los padres concentrando la responsabilidad en las madres y afectando así a los hijos. Finalmente determina que la identidad biológica es un derecho fundamental y constitucional el cual brinda al menor la posibilidad de conocer su verdadero origen biográfico y resalta la legislación argentina al ser la única entre las estudiadas que faculta para la negación del hijo matrimonial al padre, a la madre y al propio hijo. (Mendoza Rodríguez, 2015)

La anterior tesis de investigación también guarda estrecha relación con esta investigación científica en el sentido que, los dos trabajos versan sobre la importancia del origen biográfico y la magnitud jurídica y social del Derecho a la Identidad Biológica, siempre involucrando al Interés Superior del Niño como principio rector.

En el 2020, Lucy Maribel Rojas Villegas, para obtener el título profesional de abogada, presenta su tesis titulada “La impugnación de la paternidad y la vulneración al derecho a la identidad dinámica del hijo extramatrimonial de mujer casada”, en la misma se determina de qué manera en un matrimonio la impugnación de la paternidad, afecta el derecho a la identidad dinámica del niño concebido en una relación extramatrimonial con mujer casada. Si bien es cierto introduce en su título el término jurídico de filiación extramatrimonial, no se aleja de lo legítimo al tratar sobre los hijos concebidos con mujer casada, pero con padre distinto al esposo.

La materia del trabajo está referida íntimamente al Derecho a la Identidad y al interés superior del niño, si bien en cierto los fines que manejan el estudio antecedente y el que se presenta son diferentes, los temas que abordan guardan estrecha vinculación ya que involucra en su desarrollo al derecho a la identidad estática, dinámica y con ello al principio del Interés Superior del Niño.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera el Derecho a la Identidad Biológica como motivo de Impugnación de la Paternidad Matrimonial incide en el razonamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de la República del Perú del 2015 al 2022?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

Determinar la incidencia del Derecho a la Identidad Biológica como motivo para la Impugnación de la Paternidad Matrimonial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú del 2015 al 2022.

1.3.2. Objetivos Específicos

Determinar los fundamentos teórico-jurídicos de la filiación matrimonial en el Código Civil Peruano.

Identificar la normatividad y sus fundamentos teórico-jurídicos sobre impugnación de la paternidad matrimonial en el Perú.

Reconocer la relación entre el principio del Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica.

Analizar jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú y la codificación civil de España, Francia, Argentina y Colombia en materia de impugnación de la filiación matrimonial.

1.4. Hipótesis

1.4.1. Hipótesis General

El Derecho a la Identidad Biológica incide en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú como causal de la impugnación de la paternidad matrimonial.

1.4.2. Hipótesis Específicas

La filiación matrimonial guarda fundamentos teórico-jurídicos en el Código Civil Peruano.

En el Perú se identifica normatividad sobre impugnación de la paternidad matrimonial y sus fundamentos teórico - jurídicos.

Se establece estrecha vinculación entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Interés Superior del Niño.

Se identifica jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, legislación nacional y comparada de España, Francia, Argentina y Colombia en materia de impugnación de la paternidad matrimonial.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1 Tipo de Investigación:

La presente investigación es básica, debido a que pretende como objetivo el enriquecimiento, mejoramiento y ampliación conceptual sobre la materia estudiada. Según el enfoque, la presente deviene en cualitativa, porque busca, explicar, describir y explorar el porqué del razonamiento jurisprudencial nacional y de la normatividad vigente. Transeccional o transversal ya que, se recopilará determinada información correspondiente a un periodo delimitado de tiempo.

2.2. Población y Muestra (Materiales, instrumentos y métodos).

Unidad de Estudio:

- Regulación nacional sobre filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial.
- Jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú entre los años 2015 y 2022.
- Legislación de España, Francia, Argentina y Colombia que establece el contexto jurídico en que se desarrolla la filiación del hijo matrimonial y la impugnación de la paternidad matrimonial.

Población:

- Regulación nacional sobre la filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial.
- Jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú sobre impugnación de la paternidad matrimonial tomando como

causal el Derecho a la Identidad Biológica, y la incidencia de ésta en dichas decisiones judiciales.

- Legislación comparada de España, Francia, Argentina y Colombia, que establecen el contexto jurídico en que se desarrolla la filiación de la paternidad matrimonial y la impugnación de esta.

Muestra:

- Casación No. 2236 - 2017 Lambayeque, del 24 de abril del 2018.
- Casación No. 5646 – 2017 Cusco, del 27 de setiembre del 2018.
- Casación No. 950 – 2016 Arequipa, del 29 de noviembre del 2016.
- Entrevistas a siete (7) profesionales en Derechos especializados en el Derecho de Familia.

La muestra de la presente investigación es no probabilística, en cuanto que, la elección de los elementos integrantes de ella depende de las condiciones que permiten hacer el muestreo.

Criterios de Inclusión: Especialistas en Derecho de Familia; Jurisprudencia referida a la filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial donde se considere el Derecho a la Identidad Biológica y al Interés Superior del Niño; y donde además se vean involucrados artículos pertinentes a la filiación matrimonial – hijos matrimoniales.

2.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección de datos:

2.3.1. Técnicas e Instrumentos:

Técnicas:

Análisis de la legislación nacional: Se recurre a la técnica en mención con el objetivo de analizar los códigos civiles peruanos de 1852, 1936 y 1984 y su codificación sobre la materia pertinente a la filiación matrimonial e impugnación de esta.

Entrevista. Se recurre a esta técnica con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones y jurisprudencia nacional y comparada, mediante la conversación profesional con los entrevistados.

Estudio de Casos: Se recurre a la técnica en mención con el fin de analizar la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la Republica del Perú, entre los años 2015 – 2022 respecto a la investigación.

Análisis de legislación comparada: Se recurre a la técnica en mención con el objetivo de analizar las legislaciones comparadas y sus tratativas en la materia.

Fichaje: Se recurre a la técnica en mención suscrita con el objetivo de obtener información doctrinaria, legislativa y jurisprudencia nacional e internacional mediante el uso de fichas bibliográfica para poder de dicha manera estructurar la temática de la presente investigación.

Instrumentos:

Guía de Análisis de Legislación Nacional: Instrumento por el cual se permite analizar la legislación nacional contenida en los códigos civiles de 1853, 1936 y 1984 y su tratativa en filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial.

Guía de Entrevistas. Instrumento que permite analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los profesionales en la materia.

Guía Estudio de Casos: Instrumento por el cual, se permite analizar el contexto en que se produce la impugnación de la paternidad matrimonial.

Guía de Análisis de Legislación Comparada: Instrumento por el cual se permite analizar la legislación de España, Francia, Argentina y Colombia frente a la nuestra en materia de filiación matrimonial e impugnación de esta.

Fichas Bibliográficas: Instrumento por el cual se posibilita el análisis de los datos obtenidos a través del uso de las fichas de registro textual, de resumen y de parafraseo, las mismas que contienen la temática de la presente investigación, así como las opiniones y criterios de los doctrinarios, y la jurisprudencia nacional y comparada en la relación con las instituciones jurídicas a desarrollar y el tema materia de investigación.

2.4. Procedimiento.

Con el objetivo principal de realizar la recolección de datos, fue de mucha importancia el uso práctico de las guías de entrevistas a expertos en Derecho de Familia y relacionados, guía de estudio de casos y guía de legislación comparada, por lo cual, tales instrumentos brindaron elementos para el respectivo análisis y discusión de la tesis que se presenta.

Se considera que, así como el derecho a la identidad biológica, el Interés Superior del Niño y demás como la filiación matrimonial e impugnación de ésta, son temas relativamente ya tratados y desarrollados en el contexto nacional, cabe precisar que aún queda mucho por aprender y evolucionar, por lo que, para ello, resulta providencial la participación de expertos y también la comparativa de legislaciones.

De tal manera, con la misiva de alcanzar un ideal procesamiento de los datos obtenidos, se necesitó de respuestas dadas por quienes son especialistas en la materia a través de la Guía de Entrevistas, lo que a su vez otorgó mayor sustentación a la propia justificación de la hipótesis por medio de la fase de discusión de las respuestas brindadas, fruto de la trayectoria y experiencia tanto práctica como académica de los entrevistados.

Para el caso de la legislación comparada, se tuvo como principales criterios de selección al país de origen, tipología, contenido textual, fecha de promulgación, antecedentes de la norma analizada y comparada.

2.4.1 Procesamiento de la Información.

Técnicas:

Método de Análisis – Síntesis: Se aplica este método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.

Método Hermenéutico: El método en referencia se emplea para la interpretación precisa y correcta de la legislación tanto nacional como extranjera sobre el tema en investigación.

Método Exegético: Se establece la aplicación del presente método en mérito a que la naturaleza de la investigación científica obliga al comentario de las disposiciones establecidas por ley, de igual manera se aplica sobre los antecedentes legislativos considerados.

Método Deductivo: Se aplica el método de la referencia, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a específicas.

Instrumentos:

Programa Word 365°. Se utiliza el programa referido, con el objetivo de efectuar el procesamiento de texto.

Programa Power Point 2021: Se recurre a tal programa con el fin de presentar la investigación científica bajo una forma didáctica y por ende factible de entendimiento.

2.5. Consideraciones Éticas.

La tesis que se presenta, utilizó fuentes de alta confiabilidad, en todo lo referente a la selección de información, realizadas personalmente por quien suscribe como autor, en lo concerniente a los antecedentes, bases teóricas, entrevistas, legislación comparada y jurisprudencia, mediante el uso apropiado de normas APA para su estructuración, redacción y final presentación, a su vez, se ha cumplido con lo pre establecido en el formato de tesis de la Universidad Privada del Norte (UPN), procurando en todo momento no afectarla ni variarla, salvo los casos excepcionales, mientras éstos sean permitidos; los mismos que no afecten la elaboración del presente trabajo de investigación científica.

Las fuentes de alta confiabilidad que se aluden son repositorios de diferentes universidades a nivel nacional e internacional, tal son los casos del Repositorio de la Universidad San Martín de Porres, Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Repositorio de la Universidad de Barcelona, Repositorio de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, Repositorio de la Universidad Siglo 21, entre otras universidades de gran

prestigio y reconocimiento. Además, se tomó en consideración la doctrina más calificada y autorizada para contrastar conceptos y analizar motivos y fundamentos de los temas que asumen la tesis. Se agrega que, el trabajo se ve influenciado además por otras fuentes como artículos o entrevistas aplicadas por conocidas revistas jurídicas y también por las que se generaron como parte de la investigación. Y no es dable no precisar que también se recurrió a los diversos códigos civiles peruanos (1852, 1936, 1984), a la Constitución Política del Perú de 1993, Convención de los Derechos del Niño de 1989 fomentada por las Naciones Unidas y demás tratados, convenciones, acuerdos, o disposiciones de carácter internacional y nacional pertinentes; y finalmente a publicaciones o boletines del “Diario El Peruano”.

Cabe señalar que el desarrollo del presente trabajo se ha regido entre otras cosas por el respeto irrestricto a los autores y sus obras consideradas como referencias en el presente trabajo de investigación científica; a sus trayectorias como reconocidos exponentes en el Derecho Civil y específicamente del Derecho de Familia.

Toda referencia o cita a otros autores, se podrá corroborar además de en la redacción integral del trabajo, en el apartado de referencias donde se especificará la información pertinente a los derechos de autor.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1. Resultado N. 1

El resultado No. 1, responde al primer objetivo específico que se plantea en el presente trabajo de investigación científica, el cual es: *Determinar los fundamentos jurídicos de la filiación matrimonial en el código civil peruano*. Para lo cual se utilizó como instrumento, el código civil peruano en sus versiones de 1852, de 1936 y finalmente el 1984; considerando en el análisis las modificaciones aplicadas por el Decreto Legislativo 1377 vigorizado en el año 2018, precisando que el análisis recae única y exclusivamente sobre lo pertinente a la filiación matrimonial y presunción de la paternidad matrimonial, tal cual los criterios señalados en la selección de unidades de análisis.

Se precisa además que el resultado se expresa a través de una tabla (Tabla No.1), la cual especifica la versión del código civil en consideración, los artículos involucrados en el análisis y sus fundamentos histórico – jurídicos, además de un breve comentario del autor sobre lo establecido.

Tabla 1.
Filiación Matrimonial en los Códigos Civiles del Perú.

Año	Normal Legal	Fundamentos	Comentario
1852	221°. “Los hijos nacidos o concebidos durante el matrimonio tienen por padre al marido”.	La filiación se fundamenta en la Teoría mixta. Aplica la presunción paterno filial en el matrimonio y se fundamenta en la Teoría de la Fidelidad y Teoría de la Cohabitación, entre otros.	La narrativa corresponde a la época, ya que asume a carta cerrada la presunción de paternidad matrimonial. El contexto social de la época probablemente justificaba la redacción suscrita. No se contempla el Derecho a la Identidad Biológica y al igual que hoy se asume la teoría mixta para la filiación matrimonial.
1936	299°. “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Art. 300. El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare contra su legitimidad o sea condenada como adúltera”.	La filiación se fundamenta en la Teoría mixta. Aplica la presunción paterno filial en el matrimonio y se fundamenta en la Teoría de la Fidelidad y Teoría de la Cohabitación, entre otros.	Aunque significó un nuevo código civil, la presunción de paternidad matrimonial perduró de forma imperativa, incluso esta vez, deslegitimando a la madre de forma específica y detallando lo pertinente, en dos artículos. Se agrega al 299° el plazo para la vigencia de la presunción de paternidad post disolución del matrimonio. No se contempla el Derecho a la Identidad Biológica.
1984	361°. “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. 362°. “El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”.	La filiación se fundamenta en la Teoría mixta. Aplica la presunción paterno filial en el matrimonio y se fundamenta en la Teoría de la Fidelidad y Teoría de la Cohabitación, entre otros	Se mantiene el contenido del código anterior. Se resalta el esfuerzo hecho al vigorizar el D. Leg. 1377-2018 y agregar al 361° y 362° la capacidad de la madre de declarar contra la paternidad de su esposo. Cierto es que son repetitivos ya que comentan sobre la posibilidad de la madre de expresar que el hijo no es del marido. Brinda cierto respaldo al Derecho a la Identidad Biológica posibilitando a la madre la declaración en contra de la presunción Pater is. Se entiende que la declaración ha de ser previa a cualquier inscripción o a formalizar la posesión de estado.

Nota: Elaboración propia

3.2. Resultado N. 2.

El resultado que se evidencia responde al segundo objetivo específico expuesto: *Identificar la normatividad y sus fundamentos sobre impugnación de la paternidad matrimonial en el Perú*; para lo cual se recurrió al estudio específico de los artículos pertinentes a la filiación matrimonial en el código civil peruano en sus presentaciones de 1852, 1936 y 1984, considerando también las modificaciones aplicadas a través del Decreto Legislativo, el cual se aplicó en agosto del 2018 y se mantiene en vigencia 4 años después.

Se precisa además que el resultado se expresa a través de una tabla (Tabla No.2), la cual especifica la versión del código civil en consideración, los artículos involucrados en el análisis y sus fundamentos histórico – jurídicos, además de un breve comentario del autor sobre lo establecido.

Tabla 2.

Impugnación de la Paternidad Matrimonial en los Códigos Civiles del Perú.

Año	Norma Legal	Fundamentos	Comentarios
1852	222°. “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo en los casos siguientes: 1. Nacimiento antes de cumplidos 183 días de la celebración matrimonial; 2. Ausencia del marido, u otro accidente que hubiese hecho imposible la generación, durante los 123 primeros de los 305 precedentes del nacimiento de hijo; 3. Separación judicial, por más de 305 días antes del nacimiento del hijo.”	Condición inatacable de la presunción legal de paternidad matrimonial. Falta de cohabitación. La madre no podía impugnar alegando actos propios.	El negar a un hijo luego de que el menor haya sido cubierto por la presunción de paternidad involucra un proceso para impugnar dicho vínculo; proceso que solo corresponde al marido en el caso del artículo referido. No se sugiere en ningún inciso la prueba de ADN, se entiende porque en aquellos tiempos no existía la prueba en mención. Tampoco incluye a ningún legitimado más que no sea el marido.
1936	301°. “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo. 1. Cuando el hijo naciere antes de cumplidos 180 días de la celebración del matrimonio; 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer los primero 121 de los 300 precedentes al nacimiento del hijo. 3. Cuando hubiere estado separado judicialmente en época de la concepción. No podrá alegarse esta causa, si los	Condición inatacable de la presunción legal de paternidad matrimonial. La madre no podía impugnar alegando actos propios. Falta de cohabitación. Problemas de impotencia absoluta.	Como en la versión anterior, involucra plazos para determinar la cohabitación y con ello la presunción legal de paternidad matrimonial. Añade la separación de hecho dada por determinación judicial, salvando los casos en que haya persistido la cohabitación. Agrega también, el tema de la impotencia absoluta,

	<p>cónyuges hubieren cohabitado durante la época referida; 4. Cuando adoleciere de impotencia absoluta”.</p>		<p>refiriéndose obviamente a la sexual.</p>
<p>1984</p>	<p>363°. “El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo: 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo. 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo periodo indicando el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer. 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5. Cuando se demuestre a través de la prueba de 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”.</p>	<p>Se prioriza la presunción de paternidad matrimonial. Falta de cohabitación. Problemas de impotencia sexual absoluta. Inserción de las pruebas biológicas, genéticas u otras. (Ley No. 27048)</p>	<p>Especifica al marido, de mas no involucra a la esposa ni al propio hijo, manteniendo las bases de las anteriores codificaciones analizadas. Mantiene los plazos y las causas. Se insertan a las pruebas científicas como medio de alcance a la verdad biológica y por consiguiente jurídica; recurso según la narrativa del artículo, reservado para el esposo.</p>

Nota: Elaboración propia.

3.3. Resultado N. 3.

El resultado que se precisa corresponde al tercer objetivo específico del presente trabajo de investigación científica: Reconocer la relación entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Interés Superior del Niño; para lo cual se atinó a entrevistar únicamente a profesionales especializados y/o experimentados en Derecho de Familia. En lo siguiente se muestran las figuras que representan el porcentaje de respuestas brindadas ante cada alternativa establecida por interrogante y seguido de ello, se evidencian las entrevistas aplicadas a los profesionales abocados al Derecho de Familia por experiencia profesional y/o especialización académica.

DR. JOSÉ LUIS ROJAS BERROCAL	
Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT) desde 1974, con número de CAC 0269, especialista en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, condecorador y litigante en el Derecho de Familia por 44 años, quien desarrolla labores en la ciudad de Cajamarca. Exjuez Mixto de Corte Superior de Cajamarca. No. de CAC: 0269 <p style="text-align: right;"><u>Fecha de la entrevista: 12 de marzo del 2023.</u></p>	
PREGUNTAS	RESPUESTAS
1. ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?	Sí, Las características biológicas de la persona, influye en el aspecto biológico del ser humano (como con el color, rasgos faciales, grupo sanguíneo, etc.) conociendo el niño esto, se le permitirá un normal desarrollo físico y psíquico sin

	<p>interferencias sobre todo en un país como es el Perú, pluricultural y étnico.</p>
<p>1. ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero lo más importante el Derecho a la Identidad Jurídica y me remito al Art. 1 inc. 1 de la Constitución Política del Perú, al prescribir que “Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.</p> <p>La identidad biológica se encuentra inmerso en dicho artículo (derecho a la vida, a su integridad física y psíquica) la identidad biológica se corrobora en la esencia del ser humano y su dignidad.</p>
<p>2. En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>Se trata de salvaguardar ambos aspectos. En relación con el Derecho de Identidad frente a la filiación matrimonial o la presunción de paternidad, corresponde determinar, si al aplicar la verdad legal, sobre la verdad biológica, se vulnera o no el derecho a la identidad del hijo, pues no cabría o no sería procedente que se declare judicialmente la paternidad, sin conocer la verdad biológica,</p>

	<p>la prueba de la presunción no funciona dentro del ámbito de la verdad legal. Salvo la imposibilidad de probar ambos estados, dejando abierto el derecho a su impugnación (no causa cosa juzgada).</p>
<p>3. En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conocedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?</p>	<p>Sí, es viable. Si bien el Art. 363° en todo su contexto establece la facultad de negación de la paternidad solamente el padre en igual concepto lo establecen los artículos 364, la acción debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de 90 días contados desde el día siguiente del parto.</p> <p>Así mismo no se encuentra una razón jurídica verdadera de la madre para impugnar la filiación matrimonial, se estaría frente a un imposible jurídico, salvo que pueda mediar una situación jurídica excepcional, que implique la necesidad de establecer el verdadero vínculo jurídico ente el padre y el hijo, (Ver Art. 366 inc. 3 del C.C.) por tanto sí sería procedente considerar a la madre y al hijo tal derecho excepcionalmente, (smp) en relación con el</p>

	<p>Interés Superior del Niño y del Adolescente. Así en futuro pueda obtener la verdad de su identidad Biológica.</p>
--	--

DR. LUIS SALDAÑA INFANTE	
<p>Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo desde el 2019, con número de CALL 11011, especialista en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conocedor y litigante en el Derecho de Familia por 4 años.</p> <p style="text-align: right;"><u>Fecha de la entrevista: 11 de marzo del 2023.</u></p>	
PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Por cuanto la identidad biológica es un derecho constitucional de toda persona y el interés superior del niño consiste en que toda decisión sea judicial, administrativa o de cualquier índole en donde esté de por medio un menor, tiene que aplicarse este principio, es decir que todas las decisiones que se tomen deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio de sus derechos, lo que significa que el derecho a la identidad biológica está íntimamente ligado a un derecho e interés del menor, por consiguiente, ambos se complementan.</p>

<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>El derecho a la identidad biológica ya que está íntimamente relacionado al derecho constitucional a tu verdadera identidad, en cambio la jurídica es la que te otorga la ley y puede ser, por ejemplo, a través del reconocimiento de paternidad vía registro civil o judicial de una persona que no es tu verdadero padre.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>No, aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio.</p> <p>Porque aún tenemos estereotipos de esta naturaleza en la sociedad, pues de otra manera deberíamos considerar que no todo hijo nacido dentro del matrimonio no puede ser hijo de uno de los cónyuges, sin embargo, la ley establece que por la filiación matrimonial todo hijo nacido dentro del matrimonio tiene por padre al marido.</p>

<p>4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?</p>	<p>Sí, es viable. Porque tanto la madre como el hijo han de tener los mismos derechos del marido frente a una situación similar.</p>
---	--

Dr. CARLOS MANUEL CIPRIANO OTINIANO

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada del Norte - Trujillo, especialista en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conecedor y litigante en el Derecho de Familia por 7 años tras su titulación como abogado. CALL No. 9578

Fecha de entrevista: 11 de marzo del 2023.

PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Sí. Al hablar de Identidad Biológica refiere sobre nuestra verdadera procedencia biológica, es decir, todos los seres humanos tenemos derecho de ser identificados por nuestros progenitores, por lo que este derecho se debe aplicar desde la niñez tutelando el Principio de Interés Superior del Niño, ya que esta se encarga de desarrollar todos los derechos reconocidos</p>

	<p>e incluso derechos no reconocidos, del menor, con la finalidad de salvaguardar la integridad de éste.</p>
<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero más importante el Derecho a la Identidad Jurídica.</p> <p>El derecho a la identidad jurídica es la obligación que tiene el Estado en reconocerlo como ciudadano, por ende, el individuo podrá gozar de todos sus derechos, a diferencia del derecho a la identidad biológica, ésta sólo actúa para que el sujeto tenga el derecho de saber quiénes son sus progenitores, más no le permitirá gozar de derechos amparados en nuestra sociedad.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>Sí, se privilegia el Derecho a la Identidad.</p> <p>Al existir filiación matrimonial, es decir, hijos nacidos en el matrimonio, se debe privilegiar el derecho a la identidad, es decir, se debe identificar si realmente el menor es proveniente de sus progenitores, tutelando el derecho a la identidad biológica, para así poder aplicar de manera</p>

	correcta la figura de la filiación matrimonial.
4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?	Al existir otras clausulas donde el marido pueda tener más libertad de abstenerse a ser padre del hijo de su mujer, se estaría perjudicando el Derecho a la Identidad Biológica del menor, ya que se le estaría negando el derecho a que sea identificado por su padre, es decir, por su progenitor y a consecuencia de ello, se estaría vulnerando el interés superior del niño, por no desarrollarse todos sus derechos correctamente.

DRA. ANEL YSABEL INGA JAYO

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de San Martín de Porres, especialista en Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conecedor y litigante en el Derecho de Familia por 2 años tras su titulación como abogado. CALL No. 85178

Fecha de entrevista: 10 de febrero del 2023.

PREGUNTAS	RESPUESTAS
1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna	Porque colisiona con el Derecho a la Salud y es primordial en el desarrollo del niño o niña el conocer una posible enfermedad

<p>con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>congénita ayudaría en su formación e integridad personal.</p>
<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero más importante evaluar el caso en concreto. Y es que el derecho y las personas estamos en constante evolución; asimismo, si nos enfocamos a la importancia de un derecho sobre otro, es indicar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en vano dejó de categorizar. Razón por la cual se debe evaluar la realidad fáctica y jurídica de la persona y su acceso al derecho en cuestión.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>Trata de salvaguardar ambos aspectos. No debemos olvidar que vivimos en un país conservador, donde se privilegian todos los derechos que no incomoden a la sociedad.</p>
<p>4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de</p>	<p>Sí, es viable. Porque en la práctica hay casos donde la mujer casada identifica al niño con su cónyuge y tras una evaluación moral</p>

<p>conocedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?</p>	<p>decide dar a conocer que su hijo inscrito como matrimonial no lo es, entonces tendría que negar tal paternidad a través de una impugnación de la paternidad matrimonial, en estos casos. El hijo podría también tener tal facultad bajo la representación oportuna a considerar. De todas maneras, siempre el juzgador habrá de decidir con el principio del interés superior del niño en la mano.</p>
---	---

DRA. GLORIA REGINA HUAMÁN VARGAS

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Federico Villareal, dedicada al Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conecedora y litigante en el Derecho de Familia por 13 años tras su titulación como abogada. Ejerce labores en la ciudad de Lima No. CAL 25279.

Fecha de entrevista: 09 de febrero del 2023.

PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Sí, los niños y los adolescentes tienen derecho a tener su identidad biológica, ante cualquier controversia prima el Interés Superior del Niño, teniendo presente que son sujetos de derechos. (Doctrina de la Protección Integral)</p>

<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero que es más importante evaluar el caso en concreto donde se involucre el conflicto entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Derecho a la Identidad Jurídica porque dependerá del cada caso particular, el desarrollo de la identidad estática o la identidad dinámica, habida entre padre e hijo.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>Sí se privilegia el Derecho a la Identidad, ya que desde el Decreto Legislativo 1377, basta que la mujer casada declare expresamente que su marido no es el padre, declarando el nombre del padre biológico para que este pueda reconocer al hijo habido fuera del matrimonio.</p>
<p>4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?</p>	<p>Sí es viable. De acuerdo con el código civil artículo 363° inciso 5; cuando se demuestre a través de la prueba de ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental por lo que podría integrarse al artículo a la madre hijo e</p>

	<p>incluso a tercero que considere tener legítimo interés; el juzgador deberá evaluar el caso en concreto para decidir en respuesta al interés del niño.</p>
--	--

DRA. LIZ DEL CARMEN LIZA SANDOVAL

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad César Vallejo - Trujillo, dedicada al Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conocedora y litigante en el Derecho de Familia por 10 años tras su titulación como abogada. No. CALL 7405.

Fecha de entrevista: 9 de febrero del 2023.

PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Sí, el derecho a la identidad biológica es una aspiración para conocer nuestro verdadero origen, y por supuesto que tiene relación con el interés superior del niño teniendo en cuenta que una medida en pro del desarrollo de cualquier niño es conocer a sus progenitores. Saber de dónde vienes.</p>
<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero que es más importante el Derecho a la Identidad Biológica. Porque permite a todo niño conocer quiénes son sus padres, para que así se identifique oportunamente en la sociedad; mientras que</p>

	<p>en el derecho a la identidad jurídica sólo se busca dar el nombre o apellido, aunque ese no corresponda con el verdadero apellido biológico.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>Trata de salvaguardar ambos aspectos. Pues se pretende dar preponderancia a que todo niño debe saber y conocer sus orígenes; sin embargo, también se aplican las presunciones, cuando se regula que todo niño nacido dentro del matrimonio se reputa como padre al marido, a su vez hay que considerar que la madre puede declarar en la inscripción del menor que el padre es otra persona a su cónyuge y consignar sus apellidos biológicos.</p>
<p>4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?</p>	<p>Sí es viable, cuando por ejemplo la madre inscribió al menor como hijo matrimonial y por motivos a sustentar por la misma y a considerar por el juez, transcurrido algún tiempo quiere impugnar la paternidad del cónyuge y darle a su hijo la filiación biológica correspondiente. Considerando que las modificaciones del 361 y 362 hablan</p>

	<p>de declaración más no de impugnación. Así también sería viable para el hijo, cuando tenga sospechas de quien dice ser su padre y pues no lo sea; y decida conocer su verdadera identidad y por ende entablará una demanda en donde decida que se niegue o en este caso, impugne la paternidad de quién por presunción de ley se estableció en su momento.</p>
--	--

DR. VÍCTOR IDELFONSO SÁNCHEZ PISCO	
<p>Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1996, dedicado al Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, concededor y litigante en el Derecho de Familia, además de ser conciliador extrajudicial también en lo concerniente a familia y demás materias conciliables. No. CALL 22757.</p> <p style="text-align: right;"><u>Fecha de entrevista: 8 de marzo del 2023.</u></p>	
PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1.- ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?</p>	<p>Sí, porque todo niño necesita y debe saber quiénes son sus padres biológicos, como parte de su derecho constitucional a la propia identidad, que en su manifestación biológica le permitirá saber de qué familia procede biológicamente, el tipo de vínculos</p>

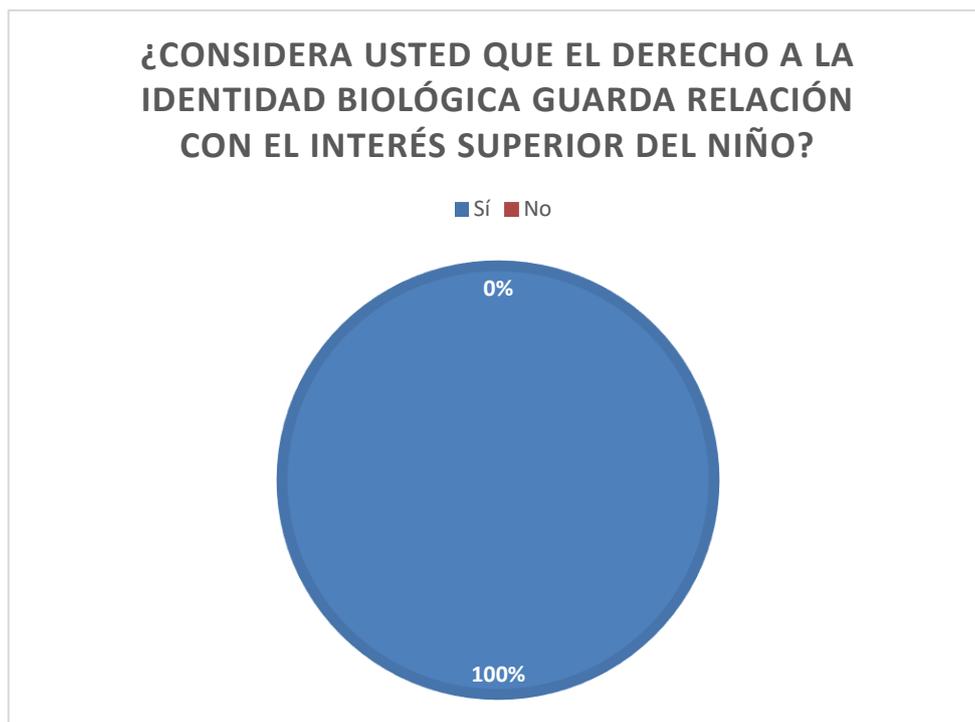
	<p>que a partir de ello puede establecer. (por ejemplo, para evitar el incesto).</p>
<p>2.- ¿Qué considera más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?</p>	<p>Considero que es más importante evaluar el caso en concreto.</p> <p>En caso de conflicto entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Derecho a la Identidad Jurídica se debe evaluar y decidir según el caso en concreto, teniendo en cuenta siempre el interés superior del niño.</p>
<p>3.- En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?</p>	<p>No, aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio. El código civil aún privilegia patrones conservadores. Que, si bien es cierto, el artículo 361 y 362 autoriza que la madre declare e inscriba a su hijo como extramatrimonial la perspectiva cambia en el artículo 363° que sólo precisa al marido como legitimado para negar su paternidad.</p>
<p>4.- En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conocedor del Derecho de Familia. ¿Es</p>	<p>Sí, es viable. Aunque el artículo 363° del código civil sólo refiere el derecho a negar la paternidad al marido, es viable que tal negación pueda realizarla la madre o el hijo,</p>

viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?	dando prevalencia al interés superior de lo niño y al derecho a la identidad biológica, comprendido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.
--	---

A continuación, se presentan las figuras con los datos estadísticos en referencia a las preguntas realizadas a los especialistas en Derecho de la Filiación.

Pregunta No. 1: ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?

Figura No. 1:

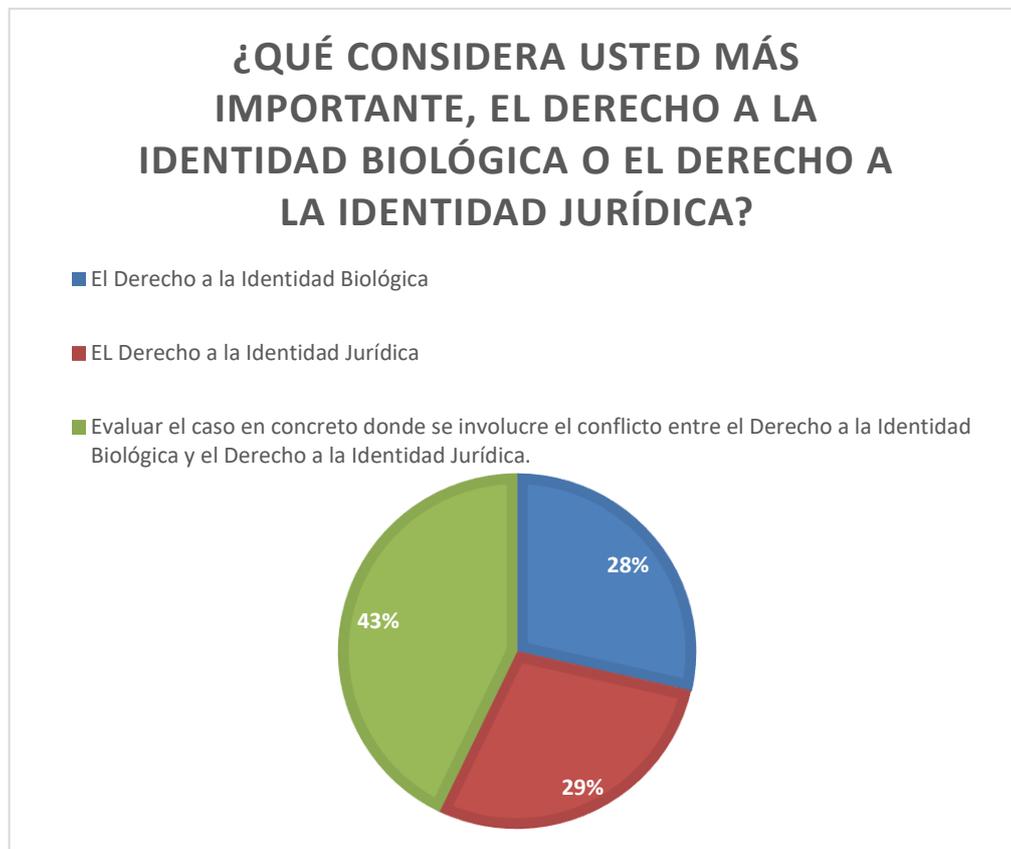


En la figura No. 1 se puede observar que el total de especialistas entrevistados interpretan que el Derecho a la Identidad Biológica sí guarda relación con el principio del Interés Superior del Niño. Es decir, 10 de 10 consideran la vinculación.

Ante la pregunta: ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación con el Interés Superior del Niño?	
Sí	100 %
No	0 %

Pregunta No. 2: ¿Qué considera usted más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?

Figura No. 2:



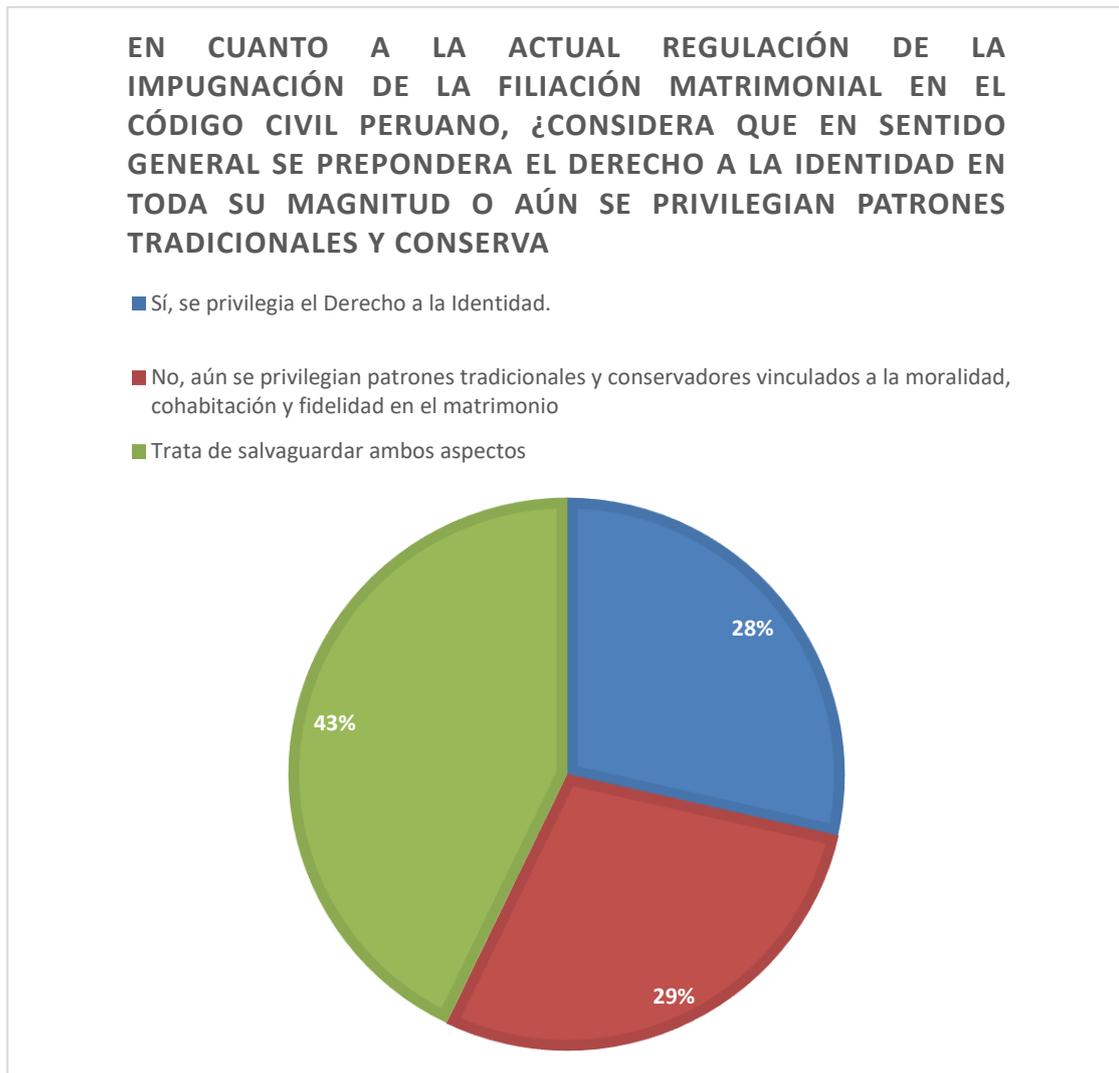
De acuerdo con la figura No. 2, se observan respuestas divergentes siendo que hay cabida para las tres opciones entre los especialistas entrevistados, cabe resaltar que finalmente el 43%, es decir la mayoría porcentual considera que lo más importante es el

evaluar el caso en concreto donde se involucre el conflicto entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Derecho a la Identidad Jurídica.

Ante la pregunta: ¿Qué considera usted más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica?	
El Derecho a la Identidad Biológica	28 %
El Derecho a la Identidad Jurídica	29 %
Evaluar el caso en concreto donde se involucre el Derecho a la identidad Biológica y el Derecho a la Identidad Jurídica.	43 %

Pregunta No. 3: En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?

Figura No. 3



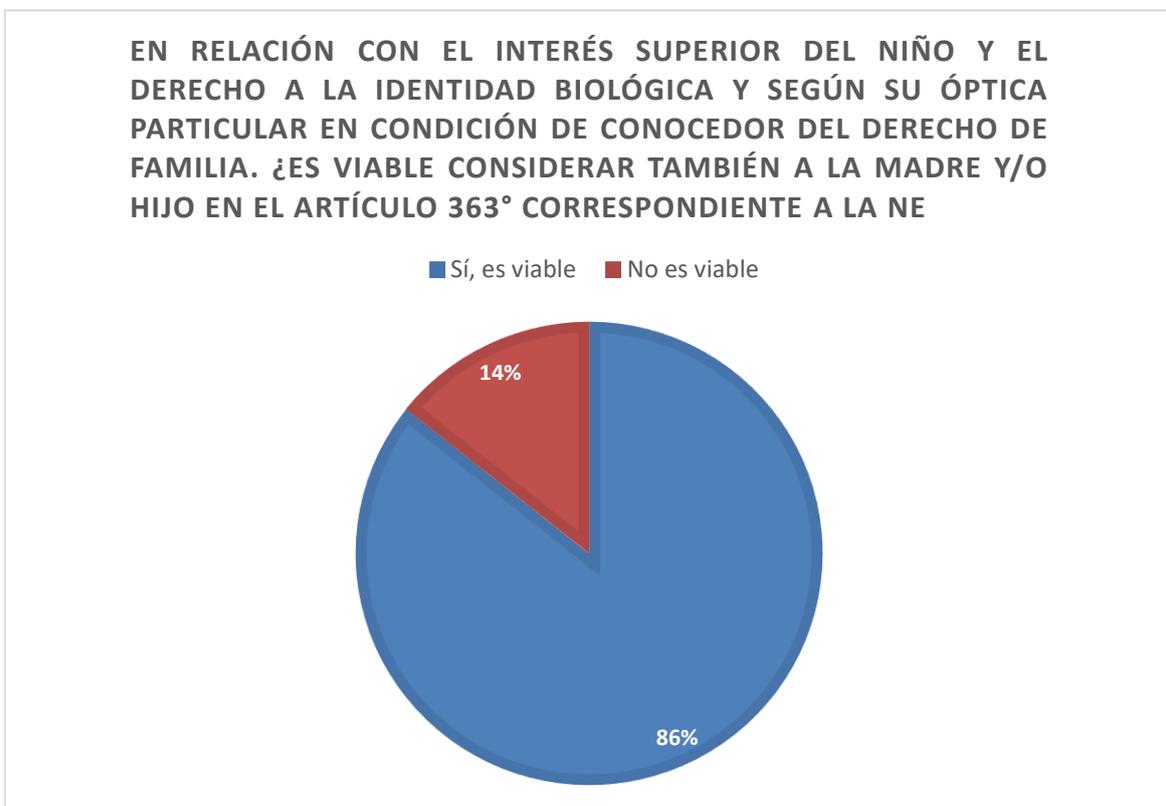
La figura No. 3, indica que el 43% de los entrevistados afirman que la actual regulación sobre impugnación de la paternidad matrimonial trata de salvaguardar el Derecho a la Identidad Biológica a la par de privilegiar patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio.

Ante la pregunta: En cuanto a la actual regulación de la impugnación de la filiación matrimonial en el código civil peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian

patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio?	
Sí, se privilegia el Derecho a la Identidad	28 %
No, aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad y fidelidad en el matrimonio	29 %
Trata de salvaguardar ambos aspectos	43 %

Pregunta No. 4: En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?

Figura No. 4



La figura No. 4, evidencia que el 86% de los entrevistados, en este caso, 6 de cada 7, consideran viable el poder integrar a la madre y o el hijo en el artículo 363° de código civil peruano.

Ante la pregunta: En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conocedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?	
Sí, se privilegia el Derecho a la Identidad	86 %
No, aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad y fidelidad en el matrimonio	14 %

3.4. Resultado N. 4.

El resultado presente obedece al cuarto objetivo específico que se plantea en la investigación científica desarrollada: Analizar jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú y la codificación civil de Perú, España, Francia, Argentina y Colombia en materia de impugnación de la paternidad del hijo matrimonial; para lo cual se empleó como instrumento el análisis de jurisprudencia nacional emitida por la Corte Suprema de la República del Perú y análisis de legislación comparada de Perú, España, Francia, Argentina y Colombia.

Se precisa además que el resultado se expresa a través de dos tablas (Tabla No. 4 y Tabla No. 5), la cuales especifican la jurisprudencia que ha considerado el presente trabajo de investigación científica, también se determina y compara la regulación en impugnación de la paternidad del hijo matrimonial en los códigos civiles vigentes de Perú, España, Francia, Argentina y Colombia; se cierra con el comentario sobre la jurisprudencia considerada, además de con las coincidencias y diferencias entre la regulación peruana y la regulación de los países en contraste.

Tabla 3.
Criterios de la Corte Suprema y legislación comparada.

Jurisprudencia	Materia	Norma Legal	Comentario
5646 – 2017 CUSCO	Impugnación de la Paternidad. (Matrimonial)	363° CC. Inciso 5. El marido que no se crea padre del hijo se su mujer puede negarlo. ADN medio de prueba. 364° CC. Sobre caducidad de plazo.	No se actuó prueba de ADN afectando integridad del Derecho a la Identidad. La vía normal de formación de la identidad es la familia biológica. No especifica edad, pero sí que se encuentra en etapa de adolescencia.
950 – 2016 AREQUIPA	Impugnación de la paternidad. (Matrimonial)	361°. Presunción de paternidad matrimonial. 363° CC. Inciso 5. El marido que no se crea padre del hijo se su mujer puede negarlo. ADN medio de prueba.	Se privilegia la identidad dinámica, en mérito a las relaciones conformadas entre la menor y el padre que le dio el apellido al nacer y el crío dentro de marco matrimonial y por ende familiar. Edad de la menor 9 años.
2236 – 2017 LAMBAYEQUE	Impugnación de la Paternidad. (Matrimonial)	363° CC. Inciso 5. El marido que no se crea padre del hijo se su mujer puede negarlo. ADN medio de prueba. 364° CC. Sobre la caducidad el plazo.	Se privilegia la verdad biológica. El estado de familia ha de tender a coincidir con la realidad biológica del niño.

Nota: Elaboración propia.

Tabla No. 4

Comparativa de los códigos civiles vigentes de Perú, España, Francia, Argentina y Colombia en materia de impugnación de la filiación matrimonial.

País	Código Civil	Legitimados	Plazos	Comentario
Perú	Artículo 363°	Marido y herederos y ascendientes de éste.	Marido presente en el parto, plazo de 90 días desde el alumbramiento. En caso de ausencia del marido se cuenta desde su retorno.	Artículo limitativo de derechos. Si bien es cierto en muchos casos se sustenta en falta de igualdad al no integrar a la madre, la perspectiva de la presenta es la limitación al derecho a la identidad biológica al no ampliar los legitimados.
España	Artículo 136° Artículo 137°	Marido, hijo, madre que posea la patria potestad, representante legal del menor, Ministerio Fiscal o herederos.	1 año desde la inscripción de la filiación o desde puesta en conocimiento. Cualquier tiempo ante falta de posesión de estado.	Involucra a más legitimados; aplicando limitaciones de tiempo (1 año) salvo en los casos de inexistencia de posesión de estado, lo cual indefine el plazo para la acción.
Francia	Artículo 332° Artículo 333°.	Puede ser impugnada teniendo la prueba contrario; no específica legitimados para la acción. En caso de posesión de estado y registro civil coincidente, se legitima a hijo, uno de los padres o la persona que afirme ser el padre biológico.	A excepción del Ministerio Fiscal, el plazo máximo para los demás es de 5 años desde el nacimiento. (Con posesión de estado y título) 10 años. (Sin posesión de estado conforme con el título)	Codificación más amplia y con mayores herramientas para procurar la protección del derecho a la identidad integral. Considera plazos entre 5 y 10 años para la caducidad de la acción. Se legitima a hijo, uno de los padres o la persona que alegue la paternidad biológica. Tras 5 años de posesión de estado nadie puede actuar con la paternidad matrimonial, sólo su Ministerio Fiscal pertinente.

Argentina	Artículo 589°. Artículo 590°.	El o la cónyuge, por el hijo, por la madre o cualquiera que invoque legítimo interés.	Hijo en cualquier tiempo. Los demás legitimados, 1 año desde que se inscribe al menor o desde que se tuvo conocimiento de la paternidad.	en Argentina en la materia ha evolucionado de manera muy diferente a Perú ya que las diferencias sociales son significativas. La diversidad sexual se contempla en sus preceptos constitucionales y por ende en la demás legislación tal es el caso de su código civil y comercial lo que origina recaiga sobre la legislación en filiación e impugnación, integrando como legitimados a hijo, cónyuges o cualquiera que manifieste un legítimo interés. Se rescata el límite de tiempo (1 año), y la no limitación a plazos en caso impugne el hijo lo que se deriva en articulados más igualitarios pero que principalmente posee mayor margen de protección al derecho a la identidad biológica.
Colombia	Artículo 216° Artículo 217°	Cónyuge o compañero permanente y la madre. Hijo.	140 días desde conocida la falta de relación biológica. En cualquier tiempo.	Gran desarrollo en materia filiatoria; y es que, además de involucrar al matrimonio en aspectos como la presunción de paternidad, textualmente integró a las uniones de hecho. Se resalta que admite prueba en contrario. Y los legitimados aumentan, en contrapartida de su antecedente legislativo del 216 que precisa al marido como el único facultado también Se incrementa los plazos de 60 a 140 días para poder impugnar.

Nota: Elaboración propia.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión.

DISCUSIÓN NÚMERO 1. Sobre determinar los fundamentos teórico - jurídicos de la filiación matrimonial en el Código Civil Peruano.

- La filiación de por sí, se define como aquel lazo biológico que une a los padres a sus hijos y a los hijos a sus padres y que agrega otras relaciones como las familiares, ampliándose así a tíos, abuelos, bisabuelos, sobrinos, etc. En el caso de la filiación matrimonial, ésta conlleva consecuencias jurídicas, que en ciertas circunstancias no se basan en la relación biológica, sino en la de factores adicionales como las emociones, sentimientos, educación, crianza, orientación entre otras. En el caso peruano la filiación matrimonial en el Código Civil Peruano, específicamente en el capítulo primero (hijos matrimoniales) del título 1 (filiación matrimonial) de la Sección Tercera (sociedad paterno filial) del Libro III referente al Derecho de Familia. Ciertamente es que, los códigos civiles de Perú, en sus versiones de 1852, 1936 y 1984 en materia de la filiación matrimonial se rigen bajo los mismos patrones instalados por el derecho tradicional, considerando teorías como la de la concepción, la del nacimiento y la mixta, que esta última es la que aplica al marco normativo peruano, la misma que deviene en ideal ya que no sería justo por ejemplo que hijos concebidos fuera del matrimonio pero nacidos dentro del mismo no sean considerados matrimoniales.
- Tradicionalmente en el Perú se ha considerado a la presunción de paternidad matrimonial como el primer paso para brindar la correcta identidad de un niño

nacido en matrimonio, lo que no es motivo de observación; pero lo que sí generaba una problemática era que la única persona que podía desacreditar tal vínculo era el marido, ante ello decreto legislativo 1377 del 2018, supuso una mejora en el marco de la filiación matrimonial, variando la configuración tradicionalista que guardaban los artículos 361° y 362° del código civil peruano y sus antecedentes y con ello atribuyendo a la madre la capacidad de declarar en contra de la presunción de paternidad; se entiende tras la correcta revisión de la exposición de motivos del decreto legislativo 1377 que la madre y el padre biológico podrán inscribir y reconocer al hijo extramatrimonial, más no detalla que podrán negar o impugnar una filiación matrimonial ya instaurada jurídicamente.

DISCUSIÓN NO. 2. Sobre identificar la normatividad y sus fundamentos sobre impugnación de la paternidad matrimonial en el Perú.

- La impugnación de la paternidad matrimonial es la materialización de la negación de la paternidad matrimonial contenido en un proceso judicial donde se pretende negar la paternidad y con ello impugnar cualquier vínculo que relacione al marido o ex marido de la madre con el hijo de ésta que en su momento se presumió matrimonial. Estrictamente en la conceptualización general del derecho, la impugnación de la paternidad matrimonial y negación de la paternidad precisan conceptos diferentes, aunque cierto es que, en el caso peruano, se consideran análogas, al menos en la interpretación del apartado del código civil referente al capítulo primero (hijos matrimoniales) del título 1 (filiación matrimonial) de la Sección Tercera (sociedad paterno filial) del Libro III referente al Derecho de Familia, ya que es la vía

para que el padre derrumbe la presunción de paternidad matrimonial y pueda desvincularse; más aún cuando existe vínculo jurídico establecido. Siguiendo la línea, los artículos del código civil que se vinculan a la impugnación en mención son el 363°, 364°, 365°, 366°, 367° y 376°, los cuales determinan las causas de la negación de la paternidad, los plazos aplicables, la prohibición de negación del hijo por nacer, los titulares de la acción y sobre la inimpugnabilidad de la filiación matrimonial; se precisa también que, los Códigos Civiles de 1852, 1936 y 1984 en lo que respecta la impugnación de la paternidad matrimonial, también se sustentan en las teorías que aplican para la presunción de paternidad, con la salvedad de que la interpretación cambia. Por ejemplo, la teoría de la cohabitación que aplica para la presunción de paternidad matrimonial en este caso también aplica, pero considerando la falta de esta en el momento de procreación, es decir, la falta de cohabitación; de igual manera sobre la teoría de la fidelidad, en el caso impugnatorio, se presume una falta a tal principio con un acto de infidelidad o adulterio.

- En cuanto al decreto legislativo 1377 del 2018 y en lo pertinente a los hijos matrimoniales, éste solo tiene alcance hasta los artículos 361° y 362°, más en su desarrollo y aplicación no se consideró los artículos siguientes, referidos en el punto anterior; los mismos que también requieren una mejor tratativa en pro del derecho a la identidad desde su perspectiva amplia e integral, siendo que, el artículo 363°, en su texto involucra sólo al marido y su tratativa ha sido prácticamente la misma desde el código de 1852 hasta el de 1984, con la salvedad que por Ley 27048 se integra la prueba de ADN como medio para

configurar la paternidad biológica y conducirla hacia la jurídica; el 364° deviene en un plazo de noventa (90) días para contestar la paternidad matrimonial, que además según el mismo código habrá de ser impulsada por el marido; por ello se evidencia limitación en varios aspectos para la correcta filiación del niño, lo mismo que se extiende al 367° que versa sobre los titulares de la acción y al 376° que procura sobre la inimpugnabilidad de la filiación y en cuanto a la impugnación de la paternidad matrimonial, finalmente siempre conllevará un análisis particularizado según el caso, debido a que se evalúa no solo la decisión y bienestar de los adultos sino principalmente la del niño.

DISCUSIÓN No. 3. Reconocer la relación entre el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica.

- El principio de Interés Superior del Niño es un concepto amplio que abarca todo aquello que involucra el bienestar del menor y es de observancia obligatoria por parte de entes públicos y privados; si bien es cierto la intención de brindar prioridad al interés del niño viene desde 1924 por la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño la cual se conduce a la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, se establece que no es sino hasta la Convención de los Derechos del Niño de 1989 la misma que entró en vigor en 1990 que encuentra recepción positiva por los Estados, tal es el caso peruano que empezó a integrar aspectos como el Derecho a la Identidad en la Constitución Política de 1993 y como la elaboración del Código del Niño y del Adolescente del año 2000 entre otros; y es que la identidad en su sentido más amplio, involucra como un derecho la

vinculación biológica entre el padre y el hijo y posteriormente la consolidación de ésta con el título que se genera en el registro pertinente (acta de nacimiento); ello se establece en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, precepto que involucra derechos de la persona en la categoría de vida, identidad e integridad, además de que en el Código del Niño y el Adolescente en su artículo 6° y más detalladamente cuando se precisa que el niño tiene el derecho de conocer a sus padres en medida de lo posible, si bien es cierto en la realidad no siempre la vinculación de naturaleza biológica conjuga con la que se determina jurídicamente, pero en caso sea posible vencer esa barrera sin afectar el bienestar del niño o haciéndolo en la menor medida posible, a criterio de lo tratado sería lo ideal; se hace énfasis nuevamente en que cada caso es distinto y que corresponde al legislador brindar más herramientas al juzgador para que ante situaciones diversas y concordancia con la Convención de los Derechos del Niño, puede convenir lo mejor para el niño en su decisión judicial.

DISCUSIÓN No. 4. Analizar jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú y la codificación civil de Perú, Colombia, Argentina, Chile y España en materia de impugnación de la filiación matrimonial.

- La jurisprudencia presenta decisiones muy cambiantes y que siendo que a veces priorizan el derecho a la identidad biológica a perspectiva del autor, se considera que no se aplicaron en los casos tratados decisiones que se aferren apropiadamente al Interés Superior del Niño, a pesar que se aplicaron o inaplicaron artículos que el presente trabajo recomienda modificar como el

363°, 364° y demás señalados en el desarrollo del informe; pero también se presentan casos con decisiones contrarias siendo que priorizan el derecho a la identidad jurídica cuando aún había oportunidad de brindar el vínculo biológico, por lo que el brindarle al juzgador más herramientas devendría en conveniente para establecer verdaderas identidades en tiempos oportunos y es que en contraste con la legislación que se contiene sobre la materia tratada el Código Civil Peruano, las mismas que se citan en la jurisprudencia analizada; en los casos de España, Francia Argentina y Colombia se destaca que sus códigos civiles manejan parámetros mucho más amplios e incluyentes, que si bien en algunos casos han sido promovidos principalmente por aspectos del derecho a la igualdad o a la no discriminación como el español o el argentino, lo cierto es que el derecho a la identidad biológica también posee un injerencia firme sobre los mismos y a razonamiento del autor, esto último se evidencia más aún en las codificaciones de Francia y Colombia, que no renuncian a la presunción de paternidad conformada de forma natural entre marido (hombre) y esposa (mujer) y que además han sabido ampliar los legitimados de forma oportuna en sus legislaciones y considerar plazos más amplios para así procurar en medida de lo posible salvaguardar la identidad integral del menor, salvo en los casos excepcionales donde la procedencia de la acción devendría en una afectación mayor al beneficio que le puede causar.

4.2. Limitaciones.

En el trabajo de investigación científica que se presenta, se evidenciaron varias limitaciones las cuales fueron:

1. Escasa jurisprudencia sobre impugnación de la filiación matrimonial.

Ante lo anterior se decidió tomar jurisprudencia generada en los últimos 7 años (2015 – 2022) y a partir de las mismas, realizar el análisis oportuno para evidenciar la diferencia del razonamiento judicial interno sobre la materia y la injerencia del Derecho a la Identidad Biológica y la del principio al Interés Superior del Niño en las mismas.

2. Escasa doctrina nacional moderna sobre la materia.

Ante la limitación que se detalla, se recurrió a la poca doctrina moderna y a sus vínculos con la amplia doctrina tradicional que versa sobre lo tratado, además se recurrió a revistas jurídicas que aplican entrevistas a profesionales especializados en el Derecho de Familia y a trabajos de investigación científica generados en universidades nacionales y extranjeras.

3. La barrera del idioma en la comparativa con la codificación civil francesa en materia de filiación matrimonial e impugnación de esta.

Obviamente el código civil de Francia en su redacción original se encuentra en su idioma natural, el francés, por lo que para superar dicha barrera se recurrió al código civil francés traducido al español el mismo que se ubica en el siguiente enlace, <https://shs.hal.science/halshs-01402630/document>.

4. Seleccionar los profesionales entrevistados.

Sí bien es cierto, la filiación matrimonial y todo lo que compete se encuentran inmersos en el Derecho de Familia, cabe precisar que la materia tratada es muy específica por lo que no genera muchos procesos judiciales, pero claro está que es materia de

trascendental importancia al comprender a los niños de manera directa, por lo que no fue fácil ubicar a los profesionales que puedan brindar información u opinar objetivamente sobre el tema.

4.3. Conclusiones.

Las conclusiones que se han obtenido son las siguientes:

- De las tres fuentes teórico-jurídicas de la filiación fruto de la existencia de un vínculo matrimonial que se exponen en la doctrina nacional, la que históricamente acoge el Perú y por ende su normatividad pertinente, es la Teoría Mixta; la misma entiende que, hijo matrimonial es aquel que nace dentro del vínculo nupcial o hasta 300 días después a su disolución.
- En el Perú se evidencia regulación sobre la impugnación de la paternidad matrimonial, la cual se contiene en el Libro de Derecho de Familia del Código Civil Peruano en lo correspondiente al Título I - Filiación Matrimonial y específicamente al capítulo titulado Hijos Matrimoniales; normatividad que guarda sus fundamentos teórico-jurídicos en la falta cometida por alguno de los cónyuges a las teorías que sostienen a la presunción de paternidad matrimonial, pero principalmente a la Teoría de Fidelidad y a la Teoría de Cohabitación.
- El Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica guardan un estrecho vínculo jurídico de observancia internacional, lo mismo que se sostiene en la Convención de los Derechos del Niño, promovida por las naciones unidas; y que además se establece en el Código del Niño y de los Adolescentes de Perú. Se consolida con la participación de los entrevistados

que por unanimidad consideraron el fuerte vínculo natural y jurídico que se presenta entre el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica.

- Las codificaciones de España, Francia, Argentina y Colombia muestran una normatividad mucho más amplia y moderna las cuales le dan más espacio a la identidad biológica para que pueda ser entablada oportunamente con la identidad jurídica, caso contrario, el Perú evidencia la menor cantidad de legitimados y el menor plazo para el ejercicio de la acción, lo que pudiese ocasionar grave afectación al derecho a la verdad biográfica.
- El Derecho a la Identidad Biológica (estática) concatenado al Interés Superior del Niño son motivo de impugnación de la paternidad matrimonial según los criterios de la Corte Suprema de la República del Perú, en tanto y en cuanto no afecten el bienestar ni el correcto desarrollo general del niño, y es que de ser así se privilegia al Derecho a la Identidad Jurídica (dinámica) lo mismo que se evidencia en las casaciones analizadas; además de la normatividad que se sostiene en la actualidad en los artículos 363° inciso 5 y 364° el Código Civil Peruano suele ser motivo de conflicto en el proceso.

4.4. Recomendaciones.

Tras el desarrollo del presente trabajo de investigación científica y bajo los sustentos que se brindan en el desarrollo de este, el autor considera oportuno ofrecer las siguientes recomendaciones; con el propósito de brindarle un marco de protección más amplio al Derecho a la Identidad Biológica, ya que como también se ha demostrado, guarda un estrecho vínculo natural y jurídico con el Interés Superior del Niño.

Primero: Se recomienda la variación del artículo 363° del Código Civil Peruano, el mismo que debería autorizar al igual que al marido, a la madre, al hijo o al padre biológico como legitimados para la impugnación de la paternidad matrimonial o como se titula en el mismo código, negación de la paternidad, siendo que la redacción debería ser la siguiente:

Artículo 363°: Sobre la negación o impugnación de la paternidad matrimonial.

“El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

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

Por el inciso 5, la madre, el hijo o el padre biológico también podrán impugnar la paternidad en el plazo establecido por el artículo 364°.”

Segundo: Se recomienda la variación del artículo 364° del Código Civil Peruano, el mismo que debería especificar nuevamente los legitimados y además brindar más tiempo para la acción de determinar la verdadera filiación del menor; hoy se establecen sólo noventa

(90) días, siendo que en las legislaciones comparadas el tiempo mínimo es del ciento cuarenta (140) días (Colombia) y el plazo máximo de cinco (5) años (Francia); por lo que se considera la siguiente redacción:

“Artículo 364°. Plazo para interponer acción de negación o impugnación de la paternidad.

La negación o impugnación de la paternidad matrimonial, podrá ser interpuesta por el marido, la madre o el padre biológico dentro del plazo de doce (12) meses, los mismos que se contarán desde el día siguiente al parto o desde que se tuvo conocimiento de la falta de relación biológica. El hijo podrá accionar en cualquier tiempo”

Tercero: Se recomienda la variación del artículo 367° del Código Civil Peruano, el mismo que ha de establecer detalladamente a los legitimados ya que es su artículo específico.

“Artículo 367°: Titularidad de la acción de negación.

La acción para negar o impugnar la paternidad matrimonial, corresponde exclusivamente al marido, a la madre, al propio hijo o al padre biológico valiéndose de lo establecido en el artículo 363°. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si hubiesen muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364°; y, en todo caso, continuar con el juicio si aquel lo hubiese iniciado.”

Cuarto: Se recomienda la modificación del artículo 376°, al ser limitativo de derechos de forma tajante y sin contemplación, lo que podría devenir en una afectación sólida al interés superior del niño.

“Artículo 376°: Inimpugnabilidad de la filiación matrimonial

Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la posesión constante del estado y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento por más de 12

meses consecutivos no puede ser contestada por ninguno de los legitimados, salvo por el hijo quien podrá actuar en cualquier tiempo.”

Vale precisar que los jueces y el aparato estatal en general han de razonar y resolver conforme a los parámetros que brinda el Interés Superior del Niño, por lo que cada caso habrá de ser evaluado y analizado oportunamente procurando el todo momento el bienestar general del menor.

Referencias

- Abad Arenas, E. (2012). *La presunción de paternidad y la determinación de la filiación matrimonial: Notas sobre los artículos 116 y 117 del código civil*, (10), 11-53.
<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2012-10-5010/Documento.pdf>
- Albaladejo García, M. (1978). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Editoriales de Derecho Reunidas.
- Amado Ramírez, E. (2022). *Derecho de Familia: Doctrina – Jurisprudencia – Modelos*. Legales Grupo Editorial.
- Balaguer Callejón, F., Cámara Villar, G., Balaguer Callejón, M. L., Montilla Martos, J. A. (2022). *Introducción al Derecho Constitucional: Undécima Edición*. Editorial Tecnos.
- Bossert G. y Zannoni E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Editorial Astrea.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. (1998). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual: Tomo IV*. Editorial Heliasta S.R.L.
- Cárdenas Krenz, R. y Córdova Pérez, E. 2018. *Negación de la paternidad del marido por parte de la esposa: Comentarios sobre algunas modificaciones al Código Civil*. Gaceta Civil y Procesal Civil. (64), pp. 121-129.
https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/7246/C%C3%A1rdenas_Ronald_negacion%20paternidad.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=3%20Art%C3%ADculo%20221%20del%20C%C3%B3digo,tiene%20por%20padre%20al%20marido.
- Castillo, N. (24 de noviembre del 2014). *¿En qué consiste la impugnación de la paternidad?* Mis abogados.

<https://www.misabogados.com/blog/es/en-que-consiste-la-impugnacion-de-la-paternidad>

Chenamé Orbe, R. (2015). *La Constitución Comentada: Volumen 1*. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L

Chipana, J. (15 de marzo del 2011). *A ¿Papás por siempre? Reflexiones en torno al contenido de los artículos 364 y 371 del Código Civil*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2011/03/15/a-papas-por-siempre-reflexiones-en-torno-al-contenido-de-los-articulos-364-y-371-del-codigo-civil/>

Código Civil Español [CCE]. Real Decreto de 24 de julio de 1889. 24 de julio de 1889 (España).

Código Civil Francés [CCF].

Código Civil Argentino [CCCA].

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina [CCyC]. Ley 26.994. 1 de octubre de 2014 (Argentina).

Código Civil Peruano [CC]. Ley del 23 de diciembre de 1851. 23 de diciembre de 1851 (Perú).

Código Civil Peruano [CC]. Ley 8305. 30 de agosto de 1936 (Perú).

Código Civil Peruano [CC]. Decreto Legislativo 295 de 1984. 25 de julio de 1984 (Perú).

Código del Niño y del Adolescente [CNA]. Ley 27337. 07 de agosto del 2000 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 6. 28 de julio de 1980 (Perú)

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 4. 29 de diciembre de 1993 (Perú)

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 6. 29 de diciembre de 1993 (Perú)

Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 55. 29 de diciembre de 1993 (Perú)

Convención Sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 20 de noviembre de 1989.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Artículo 5, Inciso b. 18 de diciembre del 1979.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Artículo 16, Inciso d. 18 de diciembre del 1979.

Cornejo Chávez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano: Tomo IV Sociedad Paterno Filial y Amparo Familiar del Incapaz*. Librería Studium S.A.

Corral Talciani, H. (2003). *La Filiación Matrimonial*. Revista Actualidad Jurídica. 4 (7), 245. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ-Num-7-P241.pdf>

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T – 207/2017*, M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo. 4 de abril del 2017.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala Civil Permanente. *Cas. 2657-98-Lima*.

Declaración de Ginebra: Sobre los Derechos del Niño. Preámbulo. 26 de setiembre de 1924.

Declaración de los Derechos del Niño. Principio 2. 20 de noviembre de 1959.

Declaración de los Derechos del Niño. Principio 7, párrafo 2. 20 de noviembre de 1959.

Decreto Legislativo 1377 – 2018 [Congreso de la República del Perú]. *Que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes*. 23 de agosto de 2018.

Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina. (s.f.) *Programa sobre Derecho a la Identidad*. Congreso de la Nación Argentina.

<https://www.dpn.gob.ar/programa-derecho-identidad.php#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20el%20Derecho%20a,ser%20humano%20y%20su%20dignidad>.

De la Cámara Álvarez, M. (1984). La Acción de Impugnación. En Albaladejo García, M. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.

De Lorenzi, M. (2015). *El Derecho a Conocer lo Orígenes Biológicos: La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción asistida*. [Tesis doctoral, Universidad de Barcelona]. TDX – Tesis Doctorals en Xarxa.

Díez – Picazo, L. y Gullón, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.

Domínguez Guillén, M. (2008). *Manual de Derecho de Familia*. Tribunal Supremo de Justicia Colección Estudios Jurídicos No. 20.

Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas: Concebidos y Personas Naturales*. Grijley.

Fernández Revoredo, M. (2013). *Manual de Derecho de Familia: Constitución y diversidad familiar*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2018). Derecho a la Filiación: La cobertura del registro de nacimiento en México. https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf

García, J. (2005). *La Impugnación de la Paternidad Matrimonial en el Código Civil*.

Recuperado el 05 de noviembre de 2016. Universidad de Salamanca.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229881.pdf>

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (s.f.) *¿En qué consiste la impugnación de la*

paternidad? Gobierno de Colombia. [https://www.icbf.gov.co/en-que-consiste-la-](https://www.icbf.gov.co/en-que-consiste-la-impugnacion-de-la-paternidad#:~:text=Respuesta%3A,de%20la%20veracidad%20de%20%C3%A9sta.)

[impugnacion-de-la](https://www.icbf.gov.co/en-que-consiste-la-impugnacion-de-la-paternidad#:~:text=Respuesta%3A,de%20la%20veracidad%20de%20%C3%A9sta.)

[paternidad#:~:text=Respuesta%3A,de%20la%20veracidad%20de%20%C3%A9sta.](https://www.icbf.gov.co/en-que-consiste-la-impugnacion-de-la-paternidad#:~:text=Respuesta%3A,de%20la%20veracidad%20de%20%C3%A9sta.)

Instituto Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo. (2021). Informe:

Derecho a la Identidad de Origen.

[https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-](https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe-Derecho-a-la-identidad-3raVersionFinal-240222.pdf)

[uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-](https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe-Derecho-a-la-identidad-3raVersionFinal-240222.pdf)

[uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe-Derecho-a-la-identidad-](https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe-Derecho-a-la-identidad-3raVersionFinal-240222.pdf)

[3raVersionFinal-240222.pdf](https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/sites/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/files/documentos/publicaciones/Informe-Derecho-a-la-identidad-3raVersionFinal-240222.pdf)

Jara, R. y Gallegos, Y. (2022). *Manual de Derecho de Familia: Doctrina – Jurisprudencia*

- Práctica. Jurista Editores

Lledó Yagüe, F. (2011). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de*

Familia. Dykinson S.L.

López Cerna, M. L. y Kala, J.C. (2018). *Derecho a la Identidad Personal, como Resultado*

del Libre Desarrollo de la Personalidad. Ciencia Jurídica, 7(54), 68.

<http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/284/331>

López - Contreras, R. E. (2013). Interés superior de los niños y niñas: Definición y

Contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1).

<http://dx.doi.org/10.11600/1692715x.1311210213>

López Herrera, F. (1970). *Derecho de Familia: Tomo II*. Universidad Católica Andrés Bello.

Mamani, M. (2012). Identidad e identificación Civil de las Personas Naturales. Apuntes Jurídicos en la Web.

<https://jorgemachicado.blogspot.com/2012/05/iei.html>

Mendoza Rodríguez, J. (2015). *Protección del Derecho a la Identidad Biológica con la impugnación de paternidad en el Perú, Argentina, Brasil y Costa Rica*. [Tesis de Graduación, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Martínez Ballina, I. (2019). Juzgar preponderando el Interés Superior del Niño. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 6(12), p.p. 245-246.

Observatorio de Derechos Humanos Senado de la Nación Argentina (2016). Informe: Derecho a la Identidad Biológica. Senado de la Nación Argentina. https://www.senado.gob.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/identidad_biologica.pdf

Observación General No. 13 del Comité de los Derechos del Niño [Organización de las Naciones Unidas]. *Observación No. 13 (2011): Derecho al niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. 18 de abril del 2011.

Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño [Organización de las Naciones Unidas]. *Observación No. 14 (2014): Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. 18 de abril del 2011.

Ochoa G., O. (2006). *Derecho Civil I: personas*. Universidad Católica Andrés Bello.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto del 2002.

Puga Villanueva, M. (2015). *La discriminación por razón de género en la regulación de la impugnación de la paternidad matrimonial por parte de la mujer casada*. [Tesis de Graduación, Pontificia Universidad Católica del Perú], Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rabadán, F. (2019). *El derecho a conocer los orígenes propios en la reproducción asistida*. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. 10 (10), 591
<https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/586-613.pdf>

Ramírez Garrido, G. (2012). *Presunción legal de paternidad en la unión marital de hecho: Un estudio desde el principio de igualdad* [Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Bucaramanga]. Repositorio Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Ramos Pozo, R. (1999). *Derecho de Familia*. Editorial Jurídica de Chile.

Real Academia Española. (s.f.). *Bastardo*. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 21 de febrero, 2023, de <https://dle.rae.es/bastardo>.

Real Academia Española. (s.f.). *Caducidad*. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado en 1 de marzo del 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/caducidad>

Real Academia Española. (s.f.). *Filiación Jurídica*. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado en 1 de marzo del 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica>

Real Academia Española. (s.f.). *Legitimación activa*. En Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Recuperado en 1 de marzo del 2023, de <https://dpej.rae.es/lema/caducidad>

Revoredo Marsano. D. 1988. *Código Civil I: Antecedentes Legislativos y Comparación con el Código de 1936*. Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L.

Rivera, K. (2018). La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción *pater is est*. *Revista Derecho y Sociedad*, (50). 235 – 248. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6754594.pdf>

Rojas Sarapura, W. R. (2009). *Comentarios al Código de los Niños y los Adolescentes y Derecho de Familia*. Editora FECAT E.I.R.L

Rojas Villegas, L. (2020). *La Impugnación de la Paternidad y la vulneración al derecho a la intimidad dinámica del hijo extramatrimonial de mujer casada*. [Tesis de Graduación, Universidad Privada Antenor Orrego] Repositorio de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Romo, O. (2000). *Medicina Legal: Elementos de las Ciencias Forenses*. Editorial Jurídica de Chile.

Sanz Diez, J. (2006). *La Filiación*.

<http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20/Filiación%20clases%20determinación.pdf>

Serrano Quintero, L.A. (2017). *Una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica: personas, parejas infancia*. Ediciones USTA.

Soledad Cheves, M. (2016). *Plazos de Caducidad en la Acción de Impugnación de la Paternidad vs. Derechos Constitucionales*. [Tesis de Graduación, Universidad Siglo 21]. Repositorio de la Universidad Siglo 21.

Tantaleán Mesta, M. (2017). *La Vulneración del Derecho a la Identidad del Menor en los Casos de Impugnación de la Paternidad Matrimonial*. [Tesis de Graduación, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio académico de la Universidad San Martín de Porres.

Torres M. (2013). ¿Mi papá es donante?: *El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.
<https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/5/download/>

Varsi, E. (Setiembre de 2018). *Entrevista a Varsi Rospigliosi: “La presunción pater is est ahora puede destruirse con la mera declaración de la madre.”*
https://er.com.pe/descargas/EnriqueVarsi_GacetaCivil_Sep18.pdf

Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética*. Editorial de la Universidad de Lima.

Anexos**Anexo 01****- Entrevistas a Profesionales en Derecho y Ciencia Política**

Se ha considerado ejecutar las entrevistas a especialistas en materia de Derecho de Familia, los mismos que guarden en su haber al menos tres (3) años de experiencia continua profesional y/o académica en la materia.

A continuación, se detalla la lista de los profesionales especialistas en Derecho de Familia entrevistados.

ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA	COLEGIO DE ABOGADOS	NÚMERO DE COLEGIATURA
DR. JOSÉ LUIS ROJAS BERROCAL	CAJAMARCA	CAC. 0269
DR. LUIS SALDAÑA INFANTE	LA LIBERTAD	CALL. 11011
DR. CARLOS MANUEL CIRPIRANO OTINIANO	LA LIBERTAD	CALL. 9578
DRA. LIZ DEL CARMEN LIZA SANDOVAL	LA LIBERTAD	CALL. 7405
DR. VÍCTOR IDELFONSO SÁNCHEZ PISCO	LIMA	CAL. 22757
DRA. REGINA HUAMÁN VARGAS	LIMA	CAL. 25279
DRA. ANEL YSABEL INGA JAYO	LIMA	CAL. 85178

Con la finalidad de obtener criterios diversos, se decidió considerar a profesionales de diferentes puntos geográficos del Perú, es por ello por lo que se estableció aplicar la entrevista a abogados de Lima (3), La Libertad (3) y Cajamarca (1).

Fecha: ____ - ____ - ____

Entrevistador : Kevin Fred Pretell Pérez.

Entrevistado : _____

Hoja de vida:

Profesional en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad _____, dedicado al Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, conector y litigante en el Derecho de Familia por ____ años tras su titulación como abogado.

Lo anterior autoriza a la Dr. _____, identificado por el Colegio de Abogados de _____ con el número CAL_ _____, a participar como entrevistado y brindar su respuesta o comentario especializado en relación con sus conocimientos y/o experiencia profesional.

1. ¿Considera usted que el Derecho a la Identidad Biológica guarda relación alguna con el principio del Interés Superior del Niño?

Respuesta No. 1

Sí [] No []

¿Por qué?

2. ¿Qué considera usted más importante, el Derecho a la Identidad Biológica o el Derecho a la Identidad Jurídica? (Marcar con X la alternativa seleccionada y fundamente)

- Respuesta No. 2

- a) Considero más importante el Derecho a la Identidad Biológica.
- b) Considero más importante el Derecho a la Identidad Jurídica.
- c) Considero que es más importante evaluar el caso en concreto donde se involucre el conflicto entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Derecho a la Identidad Jurídica.

¿Por qué?

3. En cuanto a la actual regulación de la Filiación Matrimonial en el Código Civil Peruano, ¿considera que en sentido general se prepondera el Derecho a la Identidad en toda su magnitud o aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio? (Marque con X la alternativa seleccionada y fundamente)

- **Respuesta No. 3**

- a) Sí, se privilegia el Derecho a la Identidad.
- b) No, aún se privilegian patrones tradicionales y conservadores vinculados a la moralidad, cohabitación y fidelidad en el matrimonio
- c) Trata de salvaguardar ambos aspectos.

¿Por qué?

4. En relación con el Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica y según su óptica particular en condición de conecedor del Derecho de Familia. ¿Es viable considerar también a la madre y/o al hijo en el artículo 363° correspondiente a la negación de la paternidad?

- **Respuesta No. 4**

- a) Sí, es viable.
- b) No es viable

¿Por qué?

ANEXO No. 2

MATRIZ DE CONSISTENCIA

<p>TÍTULO: Derecho a la Identidad Biológica como causal de impugnación de la filiación matrimonial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, 2015 – 2022.</p>			
<p><u>PROBLEMA:</u></p> <p>¿De qué manera el Derecho a la Identidad Biológica como motivo de Impugnación de la Paternidad Matrimonial incide en el razonamiento jurisprudencial de la Corte Suprema de la República del Perú del 2015 al 2022?</p>	<p><u>OBJETIVOS:</u></p> <p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Determinar la incidencia del Derecho a la Identidad Biológica como motivo para la Impugnación de la Paternidad Matrimonial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú del 2015 al 2022.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>Determinar los fundamentos jurídicos de la filiación matrimonial en el Código Civil Peruano.</p> <p>Identificar la normatividad y sus fundamentos sobre impugnación de la paternidad matrimonial en el Perú.</p> <p>Reconocer la relación entre el Derecho a la Identidad Biológica y el Interés Superior del Niño.</p> <p>Analizar jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú y la codificación civil de Perú, Colombia, Argentina, Chile y España en materia de impugnación de la filiación matrimonial.</p> <p>JUSTIFICACIÓN TEÓRICA:</p>	<p><u>HIPÓTESIS.</u></p> <p>HIPÓTESIS GENERAL.</p> <p>El Derecho a la Identidad Biológica incide en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú como causal de la impugnación de la paternidad matrimonial.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:</p> <p>La filiación matrimonial guarda fundamentos teórico – jurídicos en el Código Civil Peruano.</p> <p>En el Perú se identifica normatividad sobre impugnación de la paternidad matrimonial y sus fundamentos teórico - jurídicos.</p> <p>Se establece estrecha vinculación entre Interés Superior del Niño y el Derecho a la Identidad Biológica.</p> <p>Se identifica jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, legislación nacional y comparada de España, Francia, Argentina y Colombia en materia de impugnación de la paternidad matrimonial.</p>	<p><u>METODOLOGÍA:</u></p> <p>ENFOQUE:</p> <p>Cualitativo.</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Según su fin:</p> <p>Aplicada</p> <p><u>Nivel de profundidad de conocimiento:</u></p> <p>Explicativa</p> <p><u>Diseño:</u></p> <p>No experimental – Transversal</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA</p> <p>Unidad de Estudio:</p> <p>Regulación nacional sobre filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial.</p> <p>Jurisprudencia expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú entre los años 2015 y 2022.</p> <p>Legislación de España, Francia, Argentina y Colombia que establece el contexto jurídico en que se desarrolla la filiación del hijo matrimonial y la impugnación de la paternidad matrimonial.</p>

	<p>Se considera a la presente investigación como relevante teóricamente desde el marco del derecho internacional, específicamente desde las posiciones asumidas por las Naciones Unidas, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por el derecho nacional. Se abarca la visión constitucional, civil, civil – procesal y sustancial en el sentido que, el Derecho a la Identidad Biológica, está estrechamente vinculado al Interés Superior del Niño, por lo que su consideración en cada proceso judicial y más aún en el razonamiento de la Corte Suprema de República del Perú es de trascendental importancia para el posterior desarrollo biográfico del menor, debido que se impulsará un alto grado de responsabilidad paterno filial dentro de la sociedad, lo que probablemente también influya en el niño, brindándole así una cultura de responsabilidad filiatoria.</p> <p>JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA:</p> <p>Se estima que el desarrollo del presente trabajo devendrá en una herramienta aplicativa en el ámbito del derecho civil de familia</p>		<p>Población:</p> <p>Regulación nacional sobre la filiación matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial.</p> <p>Jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú sobre impugnación de la paternidad matrimonial tomando como causal el Derecho a la Identidad Biológica, y la incidencia de ésta en dichas decisiones judiciales.</p> <p>Legislación comparada de España, Francia, Argentina y Colombia, que establecen el contexto jurídico en que se desarrolla la filiación de la paternidad matrimonial y la impugnación de esta.</p> <p>Muestra:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Casación No. 2236 – 2017 Lambayeque, del 24 de abril del 2018. 2. Casación No. 5646 – 2017 Cusco, del 27 de setiembre del 2018. 3. Casación 950 – 2016 Arequipa, del 29 de noviembre del 2016. <p>Criterios de Inclusión:</p>
--	--	--	---

	<p>y en el aspecto procesal y de forma más especial en la protección del derecho a la identidad en su visión global, la cual ampliará los ámbitos de protección al niño en esta materia, en mérito a las recomendaciones que se ofrecen en la presente investigación científica</p>		<p>Resoluciones o sentencias con valor judicial referidos a impugnación de la paternidad matrimonial y en donde se considere el interés superior del niño.</p> <p>Resoluciones o sentencias donde se aluda que la acción de la madre para impugnar la paternidad matrimonial fue desestimada por improcedencia.</p> <p>Resoluciones o sentencias donde el padre biológico solicitó la impugnación del reconocimiento de paternidad matrimonial para constituirse como padre ante la ley.</p> <p>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</p> <p>De recolección de información.</p> <p>Técnicas:</p> <p>Análisis de la legislación nacional: Se recurre a la técnica en mención con el objetivo de analizar los códigos civiles peruanos de 1852, 1936 y 1984 y su codificación sobre la materia pertinente a la filiación matrimonial e impugnación de esta.</p> <p>Entrevista: Se recurre a esta técnica con el objetivo de recopilar doctrina, criterios, opiniones y jurisprudencia</p>
--	---	--	--

		<p>nacional y comparada, mediante la conversación profesional con los entrevistados.</p> <p>Estudio de Casos: Se recurre a la técnica en mención con el fin de analizar la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de la Republica del Perú, entre los años 2015 – 2022 respecto a la investigación.</p> <p>Análisis de legislación comparada: Se recurre a la técnica en mención con el objetivo de analizar las legislaciones comparadas y sus tratativas en la materia.</p> <p>Fichaje: Se recure a la técnica en mención suscrita con el objetivo de obtener información doctrinaria, legislativa y jurisprudencia nacional e internacional mediante el uso de fichas bibliográfica para poder de dicha manera estructurar la temática de la presente investigación.</p> <p>Instrumentos:</p> <p>Guía de Entrevista: Instrumento que permite analizar la información recolectada en las entrevistas efectuadas a los profesionales en la materia.</p> <p>Guía de Estudio de Casos: Instrumento</p>
--	--	--

			<p>por el cual, se permite analizar el contexto en que se produce la impugnación de la paternidad matrimonial.</p> <p>Fichas Bibliográficas: Instrumento por el cual se posibilita el análisis de los datos obtenidos, a través del uso de fichas de registro textual, de resumen y de parafraseo, las mismas que contienen la temática de la presente investigación, así como los opiniones y criterios de los doctrinarios, y la jurisprudencia nacional y comparada en relación con las instituciones jurídicas a desarrollar y el tema materia de investigación.</p> <p>De procesamiento de información.</p> <p>Técnicas: Método de Análisis – Síntesis: Se aplica este método, a fin de poder evaluar, de manera separada cada uno de los componentes de la realidad del tema a investigar, así como evaluar, de manera ordenada y sistematizada la información obtenida de la bibliografía recaudada en la presente investigación.</p> <p>Método Hermenéutico: El método en referencia</p>
--	--	--	---

		<p>se emplea para la interpretación precisa y correcta de la doctrina, legislación y jurisprudencia tanto nacional como extranjera sobre el tema en investigación.</p> <p>Método Exegético: Se establece la aplicación del presente método en mérito a que la naturaleza de la investigación científica obliga al comentario de las disposiciones establecidas por ley, de igual manera se aplica sobre los antecedentes legislativos considerados.</p> <p>Método Deductivo: Se aplica el método en referencia, toda vez que, la temática de la presente investigación se planteó de las instituciones jurídicas generales a las específicas.</p> <p>Instrumentos:</p> <p>Programa Word 2021: Se utiliza el programa referido, con el objetivo de efectuar el procesamiento de texto.</p> <p>Programa Power Point 2021: Se recurre a tal programa con el fin de presentar la investigación bajo una forma didáctica y por ende factible de entendimiento.</p>
--	--	--