

## **Devuélveme a mi hijo: Presunción de Paternidad vs Identidad**

**Almendra Lee Kay Pen Risso**

### **I. Introducción**

Actualmente, en nuestro sistema jurídico, específicamente en el artículo N° 361° del Código Civil, hay una presunción de paternidad acerca del niño que nace durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución; la cual tendrá como resultado que el “padre” del niño sea el esposo de la madre, cuando en realidad no lo sea. A primera impresión, la intención del artículo es resguardar el núcleo familiar, basándose en uno de los principios de esta institución: la fidelidad. En la actualidad, es muy difícil de hablar de fidelidad en las relaciones de pareja; esto se puede demostrar en una encuesta realizada por IPSOS en el año 2014 en la ciudad de Barcelona, en la cual se demostró que el 30% de la población le era infiel a sus parejas. (Quelart, 2014). Es decir, el principio de fidelidad en una pareja de esposos, no es más que un imaginario ideal. Por lo cual, se podría decir que el legislador al momento de realizar el artículo mencionado se basó en ideales, más no en hechos facticos.

Empero, el problema del imaginario ideal no termina allí. El verdadero problema se origina en el imaginario ideal, pero se visualiza en el artículo N° 396° y 404° del Código Civil, al señalar que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable. Es decir, el padre biológico tendrá que esperar a que el “padre” quien realizó la filiación, esposo de la mamá del pequeño, niegue la paternidad para que él pueda reconocer la paternidad de su hijo. El jurista lo que ha querido prevalecer es la familia, dejando de lado el interés superior del niño y más específicamente a su identidad, ya que no podrá ser reconocido por su verdadero padre hasta que el esposo de su mamá niegue la paternidad. El problema nace cuando el esposo no niega la paternidad, ¿qué sucedería en esos casos? ¿El niño tendrá que esperar hasta que el esposo de su madre niegue la paternidad o habrá otras medidas para dejar de violar su derecho a la identidad? Todas estas preguntas serán contestadas a lo largo de la siguiente monografía.

## **Capítulo I: ¿Quién es mi papá?**

Dos de las primeras palabras que dicen los niños son mamá y papá. Se podría asociar con que las primeras palabras de los niños son las más importantes y efectivamente lo son. Un niño necesita de sus padres para que lo orienten, con el fin de obtener una vida plena. Pero cómo un niño podrá verse beneficiado por sus padres si es que no sabe quiénes son, es como surge la filiación, a través de la cual se originaran lazos parentales.

### **1.1 La Filiación**

La filiación es una concepción legal que da origen a los lazos familiares. Esta relación familiar es entre ascendientes y descendientes, es decir entre los padres y los hijos; dando como resultado deberes y derechos entre ellos, como por ejemplo los alimentos que se deben los padres e hijos.

El diccionario de la Real Academia Española, define la filiación como: “acción y efecto de filiar o filiarse (Española), es la procedencia de los hijos respecto a los padres”. (Española) Por otro lado, el diccionario del poder judicial del Perú define la filiación como: “la relación que tienen los hijos con respecto a sus padres o como el vínculo existente entre padres e hijos”. (Judicial)

La filiación daría el origen legal entre la relación de un padre con su hijo, es decir el reconocimiento de los lazos familiares entre los padres y los hijos.

De igual manera, la doctora María de Montserrat Pérez Contreras en su libro titulado “Derecho de Familia y Sucesiones” señala el concepto de filiación:

“Es el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una descuenta de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la ley. Este vínculo se refiere al que existe entre padres e hijos. Como consecuencia de este vínculo, la ley reconoce derechos y obligaciones para las personas unidas por relaciones filiales. (Pérez Contreras, 2010)

En el caso peruano, la filiación, desde un ámbito legal, entre el menor y sus padres empezará a regir desde la inscripción del niño en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, específicamente en su acta de nacimiento en donde se tendrá que especificar los datos de ambos padres y como confirmación ambos padres tendrán que firmar y colocar su huella digital. Es preciso señalar que existen supuestos los cuales se verán excluidos de los últimos requisitos de confirmación, es decir no será necesaria la firma ni la huella digital del padre en las actas de nacimiento de los menores. Los supuestos en los que no serán necesarios los requisitos, los detallaremos más adelante.

En el caso del reconocimiento o la filiación de los hijos con sus mamás es más sencillo comprobarla, dado que la madre del menor será quien lo ha dado a luz, claro está esto no se aplicará en los casos de vientre de alquiler o similares. El principio de origen latín que reconoce la facilidad o la certeza de la madre es llamado: mater certa Semper est, es decir “la maternidad siempre es cierta, por lo que no hay problema en determinarla, dado que el parto y la identidad del hijo nacido son prueba más que

suficiente para comprobarla. (Trejos, 2005) Por otro lado, el la filiación entre padres e hijos es más complicada dado que se tendrá que realizar mediante el reconocimiento, es así como surge el principio *pater semper incertus est*, es decir la filiación del padre siempre será incierta, hasta que se compruebe lo contrario.

Es así como surgen los tipos de relaciones filiales. En Perú existen varios tipos de filiación, pero son dos tipos los que nos interesan en esta monografía: el reconocimiento matrimonial y el reconocimiento extramatrimonial.

Uno de los institutos fundamentales protegido por el Estado es la familia, tal y como se señala en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú de 1993 "...La comunidad y el Estado también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". Actualmente, gracias a los grandes cambios que se han producido en nuestra sociedad, cuando hablamos de familia ya no solo nos estamos refiriendo a la familia nuclear, es decir a la familia conformada por padres e hijos, sino que ahora existen más familias como las monoparentales, las extensas, entre otros diferentes tipos. Sin embargo, a pesar de los grandes cambios que se han producido y se siguen produciendo la sociedad sigue asociando a la "familia" con padres e hijos, es el imaginario ideal de familia que se desea llegar.

Es así como el Estado le otorga mayores beneficios a las parejas casadas, civilmente claro está, que a las parejas que actualmente se encuentran en un estado de convivencia. Dado que, para el Estado las parejas casadas llegarán a conformar una familia nuclear, es decir lograrán el imaginario ideal de la sociedad. Asimismo, para la sociedad y el Estado las parejas casadas se deben guardar respeto para proteger uno de los núcleos centrales: la familia. Es así como en nuestro actual código civil en el artículo 288° se señala que los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia. La fidelidad proviene del latín *fidelitas*, en el caso de las parejas conyugales, es el deber de las parejas de evitar mantener relaciones sexuales con otras personas distintas a sus parejas, es así como las relaciones matrimoniales se constituyen en monógamas.

Tras el imaginario ideal de las parejas casadas, surgió, el principio de *pater is est quem nuptiae demonstrant*, el cual señala que si una mujer tiene un hijo su esposo será el padre del pequeño. Es decir, del matrimonio surgirá una presunción de paternidad dado que ni siquiera se necesitará el consentimiento del esposo para reconocer al pequeño como su hijo. En principio, dicha presunción surgió a fin de proteger el derecho al honor del esposo y de la familia, y hoy en día es planteada como garante del derecho a la identidad del niño/niña. A pesar de que el fin de dicha figura sea preservar dichos derechos, existe una fuerte crítica pues podría suponer un caso de discriminación contra la mujer en razón del sexo, al existir una diferenciación en la legislación que no encuentra asidero en un motivo válido. (PARTHENOM.PE)

En el código Civil en el artículo 361° se estipula que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido. De igual manera, en el artículo 362° del Código Civil se estipula que el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera, es decir la madre no tendrá derecho a plantear una acción

de impugnación, sino que únicamente el marido lo podrá hacer, como veremos más adelante.

Esta presunción se puede también visualizar al momento de la inscripción de los recién nacidos en la RENIEC. Los requisitos para realizar la inscripción de nacimiento en el Perú, en la RENIEC, quien es el ente encargado de realizar los registros de las personas nacionales, son: presentar el certificado de menor quién nació vivo; además, el padre y la madre deberán presentar sus Documentos de Identidad Nacional, es decir ambos tendrán que ir a las oficinas de la RENIEC para registrarse como padres del menor. Sin embargo, el último requisito de asistencia de ambos padres no será necesario en caso se encuentren casados, ya que solo bastará que vaya uno a las instalaciones de la RENIEC y que presenten además del certificado de nacimiento, la partida de matrimonio, documento que acreditará que los padres del menor por presunción de paternidad son la pareja de esposos.<sup>1</sup>

Como es sabido, en la actualidad el deber de fidelidad entre las parejas ya no se encuentra tan presente. Es así como, la presunción de paternidad ya no podrá ser considerada tan efectiva como antiguamente lo era, dado que hay muchos casos de nacimientos de niños fuera del matrimonio. Es así como surge la filiación extramatrimonial, la cual se presenta cuando se produce un reconocimiento voluntario o una declaración judicial de paternidad de un niño concebido fuera del matrimonio.

Para que la filiación extramatrimonial se encuentre en el punto donde nos encontramos ha tenido que pasar por un proceso legislativo de cambios, mediante el cual ha ido adoptando las normas con la diversidad de cambios culturales. Es así como Varsi describe la paternidad como un proceso evolutivo:

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada- desde el punto de vista social- sino que de iure condendo, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba. (Varsi Rospigliosi, 2006)

En nuestra normativa, se ha presenciado un gran avance con respecto a la filiación extramatrimonial, dado que existen dos modos para poder reconocer a los menores como hijos. La primera opción, es mediante el reconocimiento voluntario, el cual será muy parecido a los pasos a seguir para inscribir al menor en la RENIEC con la diferencia de que ambos padres tendrán que acercarse a las oficinas del ente público, dado que no existiría ninguna presunción de paternidad, debido a que los padres no se encuentran casados. Mientras que la otra opción de filiación extramatrimonial, es mediante una declaración judicial, la cual tendrá que ser obtenida en un proceso civil. Cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente por su progenitor, este puede demandar la Declaración Judicial de paternidad o Declaración Judicial de filiación con la finalidad de que por sentencia se declare al demandado padre del actor y a su vez que éste es hijo del emplazado. (Rueda Fernande). Además, para que se declare la

---

<sup>1</sup> Información obtenida de la página web de la RENIEC:

[http://portales.reniec.gob.pe/documents/90768/90825/tramites\\_de\\_inscripcion\\_en\\_registro\\_civil.pdf/2f6b7166-de90-4690-b213-f77c5c346b6b](http://portales.reniec.gob.pe/documents/90768/90825/tramites_de_inscripcion_en_registro_civil.pdf/2f6b7166-de90-4690-b213-f77c5c346b6b)

procedencia de la declaración de paternidad extramatrimonial es necesario que uno de los 6 requisitos que estipula el Código Civil en el artículo 402 se cumpla.<sup>2</sup>

Nuestra normativa ha abarcado el tema de la filiación extramatrimonial mediante vía judicial, en el Código Civil, en el Código de Niños y Adolescentes y sobre todo en la Ley N° 28457, “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”. La Ley N° 28457, regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial es decir regula la manera de obtener una declaración judicial de filiación extramatrimonial. El proceso se inicia mediante una demanda ante el Juzgado de Paz Letrado, quien será competente para los casos de filiación (Artículo 1° de la Ley 28457) contra el presunto padre del menor. En la ley no se menciona si tiene que ser en un Juzgado de Paz Letrado específico solo se indica que “Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada”, por lo que se entendería que podría ser en cualquier Juez de Paz Letrado, sin embargo se sugiere que se interponga en el Juzgado de Paz Letrado más cercano al domicilio del demandante o del demandado. Una vez admitida la demanda, el juez concederá al demandado 10 días para oponerse y correr el traslado. En caso el presunto padre no formula oposición dentro del plazo de 10 días, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pretensión de alimentos. Caso contrario sería si es que el demandado realiza oposición, la misma que suspendería el mandato siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El costo de la prueba de ADN deberá ser abonado por la parte demandada en el momento de la toma de muestras o se podría solicitar el auxilio judicial (Ley 28457 y Artículo 179° del CPC). Una vez expedidos el resultado de la prueba de ADN, dependiendo del resultado el juez resuelve la causa, constituyendo el mandato como declaración judicial de paternidad y declarando la demanda fundada o en caso contrario la declararía infundada respectivamente.

En el caso de filiación extramatrimonial, específicamente en las situaciones en las que se recurre a la vía judicial cuando el presunto padre no ha declarado voluntariamente el reconocimiento, se necesitará de una sentencia firme que declare al demandado

---

<sup>2</sup> Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial Artículo 402°168.- La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:

- 1.- Cuando exista escrito indubitado del padre que la admita.
  - 2.- Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
  - 3.- Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
  - 4.- En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.
  - 5.- En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
  - 6.- Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.
- Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.
- El juez desestimarás 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.

como padre para obtener la filiación. Del proceso se presume que el silencio procesal equivaldrá a la declaración de paternidad del padre; por el contrario cuando el padre niega o contradice la paternidad su negación no equivaldrá como una presunción, dado que se necesitará una prueba fehaciente que pruebe que el demandado efectivamente no es padre del menor, la prueba que se utiliza es la prueba de ADN, mediante la cual se comprobaría que existe una relación de parentesco entre el presunto padre y el menor evaluando la compatibilidad de sus genes.

Hasta el momento hemos constatado que la filiación matrimonial se realiza mediante una presunción de paternidad, la cual tiene como principal principio el de fidelidad matrimonial. Por lo que, si la mamá resulta embarazada dentro del matrimonio se presumiría que el padre del bebé es el esposo de la madre, sin la necesidad de que exista una declaración de paternidad o incluso de que se requiera una prueba de ADN. Por el contrario, la filiación extramatrimonial se realiza cuando los padres del bebé no se encuentran casados por lo que será necesario una declaración expresa y no tacita del padre del niño o por el contrario una declaración judicial mediante una sentencia emitida por el Juzgado de Paz Letrado en donde se haya iniciado el caso. En un primer momento, pareciera que los dos tipos de filiaciones, antes expuestos, no podrían estar presentes en un mismo escenario. Sin embargo, debido a que el principio de fidelidad ya ha perdido gran parte de su significado, hay muchas parejas casadas que le son infieles a sus esposos, produciendo que haya una filiación matrimonial. El parentesco surgiría debido a la presunción de paternidad que surge a través del matrimonio, es decir se consideraría que el papá del bebé sería el esposo de la madre, a pesar de que en realidad no lo sea. Asimismo, habría posibilidades de que surja una filiación extramatrimonial, dado que a pesar de que la mujer se encuentre casada debido a la infidelidad a su compromiso el bebé puede tener como papá a una tercera persona y no necesariamente al esposo de su mamá. Por lo que, sería necesario establecer qué es lo que ocurriría cuando la presunción paterna se ha realizado, es decir cuando se establecerá que el bebé tendrá como papá al esposo de su mamá, y en la realidad él no es su padre biológico.

En un primer momento el Código en el artículo 399° nos señala que el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo. Es decir, si la madre fue quién realizó el acto de reconocimiento y ella registró al menor en RENIEC en nombre de ambos padres, dado que son marido y mujer; quien podrá negar el reconocimiento será su esposo. Sin embargo, qué ocurre cuando es el padre quien registra al menor, la madre podrá negar la paternidad a pesar que sea su esposo quién haya reconocido. O qué pasaría cuando la madre reconoció al menor en su nombre y en el de su esposo, y cuando en realidad el padre biológico es un tercero, él podría negar la paternidad. Y cuándo los hijos podrán negar la paternidad. Todas estas incógnitas las desarrollaremos a continuación, teniendo como premisa que el reconocimiento se realizó con la presunción de paternidad por ser una pareja casada y cuando en realidad el padre del menor es un tercero.

En primer lugar, analizaremos la figura de la madre, es decir si ella como madre del bebé puede contradecir la presunción de paternidad, dado que ella podría saber quién es el verdadero padre de su hijo. A pesar que la madre tenga interés en la paternidad

de su hijo y además, de tener la facultad de actuar como su representante, debido a que se encuentra en una posición de vulnerabilidad por la minoría de edad que tiene el bebé, la declaración de contradicción al principio de paternidad que ella realice no tendrá ningún efecto, dado que en el artículo 362° del Código Civil se señala que la pretensión tendrá validez aun así la madre declare que el padre de su hijo no sea su esposo e incluso a pesar de que la madre haya sido condenada como adúltera, lo que conllevaría a acreditar que la madre no le fue fiel a su esposo, por lo que habrían grandes posibilidades de que su bebé no sea hijo de su esposo. Esto quiere decir, que la madre no se ve facultada de poder negar la declaración de paternidad.

Por lo que, si la madre no puede negar la presunción de paternidad, tendríamos que evaluar si es que alguno de los padres, recordemos que el menor tendrá a su papá “legal” a través de la presunción de paternidad, es decir el esposo de la madre; o el papá biológico, quien comparte una estructura genética con el menor; podrían negar la presunción de paternidad.

Con respecto a si alguno de los padres podrá interponer una contradicción contra la declaración de paternidad, la normativa señala que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, tal y como se señala en el artículo 396° del Código Civil. Esto quiere decir que, quién tendrá la facultad de poder negar la presunción de paternidad será el presunto padre, es decir el esposo de la mujer quién ha concebido y comparte los genes con el menor (recordemos que en la actualidad hay tipos de reproducción asistida, en las cuales la fecundación podría desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer, para luego implantar los óvulos fecundados en el útero de las mujeres, sin la necesidad de que los óvulos se implanten en el cuerpo de la madre biológica). Por lo cual, si el padre biológico desea reconocer a su hijo, antes el padre “legal” tendrá que negar la paternidad y además, tendrá que haber obtenido sentencia favorable. Por lo que, se podría concluir el que padre biológico no tiene interés para obrar dado que no podría negar la paternidad de su hijo/a hasta que el padre legal lo haga, pero que ocurrirá si el padre nunca niega la paternidad, allí se estaría vulnerando derechos del padre biológico y del menor, actos que no deberían ser permitidos y más bien deberían ser protegidos por el Estado.

Sin embargo, como veremos en el tercer capítulo, en el año 2012, mediante una Casación, se declaró fundada una demanda de impugnación de reconocimiento interpuesta por el padre biológico de una pequeña en contra de la madre y el padre legal de su hija; sin la necesidad de que el padre legal niegue la paternidad mediante sentencia favorable.

Por último, los hijos menores podrán negar el reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría de edad, es decir hasta que cumplan los 19 años, según lo que señala el artículo 401° del Código Civil. Es decir, la normativa está señalando plazos para poder negar la paternidad, lo cual estaría yendo en contra del derecho a la identidad, dado que estaría imponiendo a los menores una fecha límite para poder reconocer a nuestros padres biológicos. Sin embargo, el legislador no se ha colocado en el supuesto de que el hijo cuando cumpla los 19 años aun no conozca la identidad de su padre biológico, por lo que se verá en una situación de vulnerabilidad debido a los plazos que la norma le impone.

Es así como, en el año 2015 mediante una Casación, una señora interpuso una demanda de impugnación de paternidad a pesar de ya haber transcurrido un año desde que cumplió la mayoría de edad, dado que al momento de realizar la demanda tenía 40 años. Sin embargo, la demandante constato que mediante un acto de declaración, su madre le confesó que su supuesto padre no era su padre biológico, por lo que decidió empezar una demanda de impugnación de paternidad. La demanda fue interpuesta meses después de la confesión que le hizo su madre, es decir desde la confesión hasta la fecha de la interposición de la demanda aún no había transcurrido un año. La Sala Suprema en su fundamento de Decimo Primero, señala lo siguiente:

“Que, es de precisarse que, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales, limites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional.”

Por lo que, gracias a la Casación el artículo 401° del Código Civil no tendrá que ser interpretado de una manera literal, dado que habrán excepciones, como el caso anterior, donde la aplicación del artículo tendrá que ser replanteada en vista de los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución, como el derecho a la identidad. Es decir, no siempre el plazo para impugnar empezará desde la mayoría de edad, sino desde que la persona tuvo conocimiento de quién es su verdadero padre, configurando así su identidad biológica.

En conclusión, nuestra normativa interpone muchas trabas al momento de realizar un reconocimiento de filiación extramatrimonial cuando la mamá se encuentra casada y su hijo tendrá como padre biológico a un tercero. Hemos visto que, la madre lamentablemente no podrá negar la paternidad de su esposo, incluso a pesar de ser declarada como adúltera y tener pruebas fehacientes de que existen grandes posibilidades de que el menor no sea hijo biológico de su esposo, sino que sea más bien de un tercero. Por otro lado, con respecto a las posibilidades de declarar la impugnación del reconocimiento que tienen tanto el padre legal como el padre biológico, se presencia una clara inclinación por el padre legal quien obtuvo la paternidad debido a la presunción de paternidad, que nació de su matrimonio con la mamá del pequeño. Es decir, el Estado de una cierta manera prevalece a la “familia”, es decir a una familia compuesta por una pareja de esposos, antes que a la verdad biológica, dado que no permitirá que el padre biológico pueda reconocer a su hijo, a pesar de tener pruebas fehacientes de que el pequeño es su hijo biológico; si es que antes el padre no haya declarado su negación mediante una sentencia favorable. Como se ha presenciado esto genera un gran problema cuando el padre legal no quiere negar su paternidad, el padre biológico se verá imposibilitado de hacerlo. Por otro lado, el hijo también presencia problemas, dado que la normativa le impone un plazo para poder impugnar su reconocimiento.

Ahora que ya tenemos en claro cuáles son los problemas y de dónde surgen, es necesario comprender cuáles son las consecuencias de no poder impugnar el reconocimiento de paternidad. Por lo que, en el siguiente capítulo pasaremos a describir qué es el derecho a la identidad y como este se está viendo afectado por las normativas que el Estado tiene acerca de la impugnación de reconocimiento.



## **Capítulo II: ¿Quién soy?**

A medida que los niños crecen comienzan a interactuar con las personas de su entorno. En primer lugar, se relacionan con las personas más cercanas a ellos, es decir su familia, ya sea los padres, los abuelos, los tíos o con quienes ellos consideren una familia. Luego, se relacionan con las personas que se encuentran fuera de su núcleo familiar, como los amigos. En principio, para conocer a alguien es necesario saber quién es ese alguien, es decir saber cuál es su nombre. El nombre de cada niño es algo que los caracteriza, es algo que desde pequeños aprenden y se sienten identificados con ello. Pero qué ocurre cuando el nombre, es decir el conjunto de los nombres y los apellidos, no es el correcto. Esto ocurre en los casos de las filiaciones extramatrimoniales con un hijo de mujer casada, el apellido paterno del menor no es el correcto, dado que su padre biológico no es su padre legal, por lo que el apellido paterno no le pertenece. Es decir, tenía un apellido erróneo y al no tener el apellido de su padre biológico, se verá totalmente desprotegido y su identidad se verá violada.

### **2.1 La identidad**

La identidad es lo que distingue a cada persona, logrando que nadie sea igual a otro. La identidad es lo que nos identifica como personas. La identidad puede estar compuesta por características innatas como los genes, los apellidos, la familia, los rasgos físicos, y entre otras cualidades; y también por características adquiridas como la religión, el idioma, el grupo político, entre otras cualidades. “El derecho a la identidad consiste en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas.” (Directorio de la Secretaría de Gobernación, 2011)

En función del trabajo nos especificaremos en la identidad producto de la filiación con los padres, es decir en la identidad adquirida al conocer nuestros orígenes, al conocer nuestros apellidos. En lo que respecta, a la identidad en el derecho civil en el Diccionario Jurídico del doctor Ezaine se califica como lo que corresponde a la filiación de la persona y estado civil en general. (Ezaine, 1991)

Como se debe de suponer, nos enfocaremos a la relación de la identidad con la filiación de la persona. El surgimiento de esta relación empieza cuando los padres registran al menor en la RENIEC, otorgándoles sus primeros apellidos al menor, y teniendo como resultado su identificación legal, a fines de que el Estado lo reconozca como sujeto de derecho y lo pueda identificar. De igual manera, la identidad mediante la filiación no solo se dará mediante el registro de los padres sino que también se visualizará con el aspecto biológico, es decir con los genes adquiridos que el menor posee de sus padres, teniendo lazos consanguíneos con ellos y sus demás familiares. Sobre este mismo tema, el doctor argentino Abel Ortiz de Rosas señala que el derecho a la identidad está constituido fundamentalmente en su faz estática que está referida al origen genético biológico de la persona. (Ortiz de Rosas, 2005)

La identidad se encuentra dividida en dos tipos: la identidad estática y la identidad dinámica. A pesar de la distinción de dos tipos de identidades hay que recordar los dos tipos de identidades se encontrarán protegidas. Sin embargo, para efectos del trabajo,

la identidad que nos interesa con mayor abundancia es la identidad estática dado que representa el derecho a conocer la verdad biológica, es decir la identidad, que como bien su nombre lo indica no podrá ser movable. Es decir, la identidad estática guarda una aguda relación con la estructura genética que compone a cada ser humano. “Se podría sostener que entonces el acceso a la información sobre la verdad genética es un elemento esencial para la construcción de la propia identidad en cuanto al impacto en la historicidad del sujeto y que en determinados contextos no en todos ello puede además devenir en un emplazamiento filiatorio que impactará también en su entorno y en los otros sujetos involucrados.” (Siverino Bavio, 2013)

Ahora bien, el derecho a la identidad se verá reflejado en la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada, cuando el padre biológico del menor, reconozca a su hijo como tal, es decir cuando el menor tenga derecho a la verdad biológica; “Este derecho le confiere a cualquier persona la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria, por lo tanto consagra el derecho de saber quién lo engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él. (Belluscio, 2004). Esto quiere decir que el derecho a la identidad del menor se verá reflejado al momento en que su verdadero padre lo reconozca y así logre tener el primer apellido de su padre. Por lo que, si el padre biológico del hijo de mujer casada desea reconocer a su hijo, por un acto de pura voluntariedad, el Estado debería de ayudar a que el acto de reconocimiento se logre, después de obtener la impugnación de paternidad del padre legal. Esto quiere decir que, si el Estado en vez de brindar una mayor flexibilidad al reconocimiento del padre biológico, coloca trabas al procedimiento estaría constituyendo una vulneración a la identidad del menor, debido a que no estaría permitiendo que su verdad biológica se vea registrada para los efectos legales que tiene el acto de filiación y para los efectos internos que el acto de filiación tiene para el niño. Es preciso recordar que para los menores será de gran importancia verse identificados con sus padres biológicos, dado que para ellos tendrá un gran valor que sus verdaderos padres los reconozcan. Es así como, “la personalidad no se forma, entonces, en un proceso solo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”. (Siverino Bavio, 2013)

Por lo que como se podrá constatar, nuestra normativa se encuentra vulnerando el derecho de identidad de los hijos de mujeres casadas cuando no son hijos biológicos del esposo de su madre. Esta vulneración se presencia cuando el verdadero padre desea reconocer a su hijo mediante la filiación, a pesar de denotarse un acto de mera voluntariedad y de beneficio para el menor; el estado no permitirá al padre biológico reconocer a su hijo hasta que el padre legal niegue la paternidad mediante un acto de voluntad. Esto quiere decir que, si el padre legal nunca, a pesar de saber que él no es el padre biológico y que el padre biológico desea reconocer a su hijo, realiza la negación el padre biológico tampoco podrá reconocer la filiación con su pequeño. Este supuesto, se antepone a la verdad biológica dado que si el padre no interpone la negación, el padre biológico no podrá hacer nada al respecto, ni si quiera demostrar que él es el verdadero padre mediante una prueba de ADN, demostrando su filiación genética, vulnerando el derecho a la verdad biológica y por consiguiente el derecho a su identidad. El derecho a la verdad biológica o la filiación biológica le confiere a

cualquier persona la posibilidad de conocer su origen y su identidad filiatoria. (Pinella Vega, 2014)

La identidad ha sido uno de los temas unificadores de las ciencias sociales en los últimos 20 años, y no muestra señales de desaparecer. Todos tienen algo que decir acerca de la identidad: los antropólogos, los geógrafos, los historiadores, los filósofos, los políticos, los psicólogos y los sociólogos. (Jenkins, 2008)<sup>3</sup> Es así como en actualidad, el tema de identidad se encuentra desarrollado de una manera global, dado que este derecho se encuentra actualmente protegido como un derecho fundamental de todos los seres humanos. En nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la identidad encuentra reconocido en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú como un derecho fundamental. Una de las maneras de poder resguardar este derecho, es mediante la incorporación del mismo en los Convenios Internacionales, reconociéndolo como un derecho fundamental para todos los seres humanos.

Uno de los Tratados más importantes para la presente monografía, es el Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. La Convención tiene como objeto el velar por los derechos del niño y del adolescente concibiéndolos como sujetos de derechos en iguales condiciones que los demás. En el artículo 8° de la mencionada Convención, se estipula el derecho a la identidad, mediante el cual obliga a los Estados Parte a comprometerse a respetar los derechos del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Además, la Convención estipula que si un niño es privado de su identidad los Estados Partes se verán en la obligación de ayudar a restablecer su derecho.

### **Capítulo III: Hola, me llamo MLRC**

Hasta el momento hemos podido comprobar que la filiación extramatrimonial de un hijo de mujer casada tendrá ciertos conflictos tales como su principal requisito: la negación de paternidad por el padre legal mediante una sentencia firme, es decir si este requisito no se ha realizado, no será válido el reconocimiento de la filiación del hijo con su padre biológico. Teniendo como resultado la vulneración del derecho a la verdad biológica y por ende a la identidad. Sin embargo, en el año 2013 la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República emitió una casación donde dispusieron que el padre biológico pudiera impugnar el reconocimiento de filiación de hijo de mujer casada a pesar de que el padre legal no había negado la paternidad. A continuación procederemos a analizar la casación mencionada.

#### **3.1 Análisis de la Casación 2726-2012 DEL SANTA**

En el año 2011, el señor Nolberto Hugo Roca Maza, interpone una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra el señor Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, quién es el padre legal de la menor, porque fue él quien reconoció

---

<sup>3</sup> Texto en Inglés: Identity has been one of the unifying themes of social science for the last twenty years, and shows no signs of going away. Everybody has something to say about identity: anthropologists, geographers, historians, philosophers, political scientists, psychologists, sociologists.

a la menor a través de la presunción de paternidad, y a la señora Eva Elvira Cárdenas Rosales, quien es la madre biológica de la menor. La demanda tenía como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; y como pretensiones accesorias: en primer lugar que se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C; y segundo que se declare la paternidad de la menor indicada a favor del recurrente en calidad de padre biológico, ordenándose su inscripción en la correspondiente Partida de Nacimiento. Como medio probatorio de la filiación biológica, el demandante presento la prueba de ADN la cual tenía un 99.99999% de compatibilidad entre la menor y el demandante.

El padre biológico demandaba el reconocimiento de paternidad en base al goce del derecho de su verdad biológica e identidad de su pequeña hija, derechos que se encuentran consagrados en nuestra normativa en el artículo 2 inciso 1 de nuestra Constitución Política, en caso de una denegatoria por parte del juzgado de declarar el reconocimiento de paternidad del padre biológico de la menor se estaría vulnerando y afectando gravemente a los derechos constitucionales que la menor tiene. Por otro lado, los fundamentos del padre legal sostenían que él nunca tuvo conocimiento de la prueba de ADN, que la pequeña nació fruto de la relación matrimonial que tenía con su exesposa y que además después de producido el divorcio acordaron a tenencia, el régimen de visitas y alimentos.

A pesar de los fundamentos que el demandado presentó en su demanda, el juzgado declaró fundada la demanda por lo cual ordenó que se impugne el reconocimiento de paternidad del padre legal, debido a que los artículo del Código Civil tenían que ser inaplicables dado que se ha presentado una prueba sustancial para comprobar que efectivamente el demandante es el padre biológico de la menor, es decir la prueba de ADN. Producto del fallo del juzgado, el demandante decide demandar la sentencia.

En mérito de la apelación la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, decide revocar la sentencia apelada y declarando improcedente la demanda. Los fundamentos de la Sala se basaron en que ha quedado acreditado que la menor es hija del demandado producto del matrimonio que tenía con su exesposa, por lo que no podría aplicarse el artículo 386° del Código Civil, debido a que el demandante no ha impugnado su paternidad y tampoco tiene intenciones de hacerlo, por lo cual no se cumple lo estipulado en el artículo 376° del Código Civil. Con respecto a este fallo, la Sala no tomo en consideración la prueba de ADN en vista de que el padre legal no dio autorización para realizarla, sin tomar en consideración la prueba más fehaciente para demostrar el vínculo familiar.

Por lo que, en el año 2013 el demandante decide interponer un recurso de casación contra la sentencia de vista. Mediante el recurso la Sala declara fundado el recurso. En el cual la Sala estipula que: “ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la

Sentencia Número 02432-2005-PH/TC”<sup>4</sup> La Sala considera que una consideración primordial será el interés superior del niño, por lo cual se tendría que considerar la identidad del menor, es decir si la impugnación de paternidad afectaría emocionalmente a la menor. Producto de ello, la Sala dedujo que no habría ningún impedimento ni tampoco alguna vulneración a la menor emocionalmente si se impugnaba la filiación de paternidad de su padre biológico, conforme al informe psicológico realizado a la menor, dado que la menor reconocía a su padre biológico como padre, debido a que desde el año 2003 con la madre de la menor, se encuentran desarrollando una vida familiar, reconociendo a su padre como tal. Por lo que, la Sala revoco la vista y otorgo la impugnación de paternidad y producto de ello se declaró la filiación de paternidad entre la menor y su padre biológico, por lo que la menor actualmente se llama MLRC.

---

<sup>4</sup> Casación 2726-2012 DEL SANTA

## Bibliografía

- Belluscio, A. C. (2004). *Manual de derecho de familia*. Lima: Astrea.
- Directorio de la Secretaría de Gobernación. (2011). *El derecho a la identidad como derecho humano*. Ciudad de México : Gobierno Federal de México .
- Española, R. A. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=HuaEis4>
- Ezaine, A. (1991). *Diccionario Jurídico*. Lima: Importadores.
- Jenkins, R. (2008). *Social Identity*. Londres: Routledge.
- Judicial, P. (s.f.). *Poder Judicial*. Obtenido de [http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras\\_letra.asp?letra=F](http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp?letra=F)
- Ortiz de Rosas, A. (2005). *Derecho a la identidad*. Buenos Aires: La Ley .
- PARTHENOM.PE. (s.f.). *PARTHENOM.PE*. Obtenido de <http://www.parthenon.pe/diccionario-juridico/presuncion-pater-is-est/>
- Pérez Contreras, M. d. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Ciudad de México, México: Cultura Jurídica.
- Pinella Vega, V. (2014). *El interés superior del niño/niña vs. principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Quelart, R. (30 de Setiembre de 2014). *La Vanguardia*. Recuperado el 08 de Julio de 2017, de <http://www.lavanguardia.com/vida/20140930/54416448564/un-estudio-concluye-que-el-30-de-la-poblacion-es-infiel.html>
- Rueda Fernande, S. (s.f.). Obtenido de <http://www.jusdem.org.pe/articulos/1%20El%20fin%20no%20justifica%20los%20medios.Declaracion%20de%20Filiacion%20Extramatrimonial%202.pdf>
- Siverino Bavio, P. (2013). *Derecho a la identidad y verdad biológica. Una sintpetica visión desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Lima.
- Trejos, G. (2005). *Derechos de familia costarricense*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica .