



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA IMPUGNACIÓN DEL
RECONOCIMIENTO DEL HIJO
EXTRAMATRIMONIAL: EL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO Y EL DERECHO
A LA IDENTIDAD. A PROPÓSITO DEL
PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL
DE FAMILIA DE 2018

Rosario de la Fuente-Hontañón

Lima, enero de 2019

FACULTAD DE DERECHO

De la Fuente, R. (2019). La impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial: el interés superior del niño y el derecho a la identidad. A propósito del Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia de 2018. *Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, 67, 19-29.



Esta obra está bajo una licencia
[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

I INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, la familia es la unidad básica y centro de gravedad de la sociedad, donde cada persona ejerce sus libertades fundamentales y los derechos sociales. Si bien, el ser humano es un ser social por naturaleza, ante todo es un ser familiar, “una persona cuya perfección ética solo puede alcanzarse en el interior de una comunidad total de vida, donde los sujetos que la componen se encuentran unidos en su valor de personas. De ahí que se haya definido a la familia como “órgano de la intimidad”, puesto que, no limitándose a cumplir una función social, incide en los aspectos más profundos del ser humano (...). Es así como en la familia se encuentra, en definitiva, la “genealogía” de la persona” (Vega Gutiérrez, 2002).

De un lado, los nuevos retos a los que nos enfrentamos en la actualidad y que se han ido afianzando en la sociedad, como los de las técnicas de la fecundación *in vitro* (TERAS), el derecho de las personas a la igualdad, a no ser discriminadas, la violencia familiar hacia las mujeres, los niños y adolescentes, principalmente, etc., es lo que ha motivado los numerosos cambios en la legislación del Derecho de Familia, de manera especial, desde el año 2005¹ hasta el presente año en el que se han dado diversos cambios en el Código civil, en el Código de Niños y Adolescentes y en otras leyes, mediante los Decretos Legislativos 1377², 1384, 1386, 1443, 1408 y la reciente Ley 30862, del 25 de octubre, que introduce más modificaciones a la Ley 30364, que fortalece diversas normas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Por otro lado, ante los numerosos casos de tráfico de personas, de niños indocumentados, de aumento de nacimientos de niños extramatrimoniales³, las consultas en torno a la inaplicación del artículo 400 del Código civil, las sentencias de la Corte Suprema, con criterios diferentes entre nuestros Jueces de Familia, en cuanto a privilegiar la identidad estática o la identidad dinámica de los menores, es lo que ha llevado al Pleno Jurisdiccional Nacional de Familia⁴ de setiembre del presente año, ante la pregunta de ¿en cuáles supuestos

¹ Con la Ley 28457, de 8 de enero de 2005, que modificó el inciso 6 del artículo 402 del Código civil, al poderse acreditar el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN, y que ha vuelto a modificarse mediante el Decreto Legislativo 1377, del 28 de agosto del presente año.

² Mediante el D.leg. 1377, se han modificado los artículos del Código civil, propiciando el derecho del menor a conocer su origen biológico y preservar su identidad, nn. 361; 362 en cuanto el hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido; 396 y 402, 6), el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada, pudiendo acreditar la filiación extramatrimonial con la prueba de ADN.

³ Acerca del tema del derecho a la identidad del menor, a conocer a su verdadero padre biológico, pero no a que se le atribuya “cualquier padre”, Cfr. el comentario, De la Fuente, R. (2017). Las nuevas modificaciones a la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. ¿Un retroceso en la investigación de la paternidad y en la protección al principio del interés superior del niño? En *Revista Gaceta civil & procesal civil registral / notarial*, Lima, 51, 29-36.

⁴ De interés la transmisión del Pleno Jurisdiccional en: <https://www.youtube.com/watch?v=EfsvsuLzMz4>, bajo el lema de “Rompiendo los paradigmas del Derecho de Familia: los avances de la tecnología y la ciencia bajo el enfoque de los derechos humanos”, siendo ponente la Jueza Suprema Janet Tello Giraldo y que, entre otras



debe ser declarada fundada la excepción de caducidad de la “acción” prevista en el artículo 400 del Código civil? a acordar por mayoría que “no se aplica el artículo 400 del Código civil, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que éstos conozcan su origen biológico”. Mediante este acuerdo, los Jueces superiores han querido uniformizar el criterio para que puedan aplicarlo en las futuras sentencias, cuando se planteen, caso por caso, aquellos supuestos que permitan declarar fundada la excepción de caducidad de la acción prevista en el mencionado artículo 400 del Código civil. En el Pleno Jurisdiccional, en el tema que nos ocupa, actuaron como ponentes, el Dr. José Saravia Quispe, Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia Lima Este, y la Dra. Miriam Luz Cárdenas Villegas, Jueza Superior de la Corte Superior de Junín.

Con las próximas Sentencias, se pretende unificar criterios y establecer líneas jurisprudenciales en temas que generan controversias en el Derecho de familia, en definitiva, como son la identidad de los hijos, el interés superior del niño, el derecho a conocer sus orígenes, a tener una familia donde puedan desarrollarse de manera íntegra, y que no se vean vulnerados sus derechos fundamentales a la identidad, a que se determine una filiación cierta, y a la dignidad humana, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, en definitiva a consolidar el estado de familia.

cosas, resaltó lo siguiente: *“El Derecho de familia se enfrenta a situaciones nuevas, para proteger el derecho al nombre, a la identidad, el Interés Superior del Niño (ISN) y otros intereses fundamentales para tener una familia, como puede serlo una madre con su hijo, una pareja de homosexuales...hay personas que quieren ser padres y madres...pero tienen un problema de infertilidad, y menciona el “derecho a ser madres”, que lo logra la tecnología. Desde la Corte Suprema se ha reconocido la maternidad subrogada, por sustitución, la que gesta con un óvulo donado, o con el de ella, con el esperma del marido o con otro esperma. Así en la Cas 563-2011, Lima, la Corte Suprema, “entre comillas” ha dicho que el vientre de alquiler (aunque no quiere ser la madre), es una práctica legal, no prohibida, no es delito y que debe ser regulada. Dice que el art. 7 de la LGS ha quedado desfasado. En Lima hay clínicas que hacen que los padres sean padres...Habla de “vocación procreacional” para la mujer que no ha aportado nada en absoluto, realidades no reguladas y decididas por los jueces. El Vientre de Alquiler, dice que no es igual a trata de personas, se embaraza para vender a ese niño...El reciente Caso de chilenos, sí hubo sospecha porque el 28 de julio era la fecha de nacimiento de los mellizos, que no coincide con la de entrada de los chilenos, etc.”*. No concuerdo con algunas de las afirmaciones vertidas por la Jueza suprema, en cuanto que existe un “derecho a ser madres” o que la portadora del vientre de alquiler tiene una “vocación procreacional”. Tampoco en cuanto a que el artículo 7 de la Ley General de Salud ha quedado desfasado, porque considero que, en las TERAS, debe mantenerse que la madre gestante sea siempre la madre biológica para proteger la identidad del niño. Además, considero que la maternidad subrogada debe prohibirse en nuestro país, como ya lo están en tantos otros, por ejemplo, Argentina, España, incluso en Francia es considerada delito, por lo que a la mujer se la trata como a un objeto, como a una “incubadora” descartable, se comercia con el cuerpo humano, y en definitiva se denigra la dignidad humana. Además, el hijo “creado” de ese modo, con donantes anónimos de esperma, o de óvulos, también tiene derecho a la identidad, a saber, quién es su padre, incluso su madre, en caso contrario habrá una vulneración de sus derechos fundamentales.

II COMENTARIO

I. El corto plazo de 90 días, a partir de aquel que se tuvo conocimiento del acto, previsto en el art. 400 del Código civil para negar el reconocimiento por parte del padre o de la madre que no interviene en él, corresponde a una razón de seguridad jurídica puesto que el hijo reconocido ya tiene una filiación cierta, es identificado con el nombre y los apellidos, lo que le hace ser único e irrepetible, por lo que una impugnación puede suponerle un perjuicio (Cornejo Chávez, 1998). Es más amplio el plazo previsto en el art. 401, para que el hijo menor o incapaz pueda negar su reconocimiento dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, porque el hijo es el más interesado en que se le atribuya a su verdadero padre, y no a cualquier padre.

Recordemos que el plazo de los 90 días es de caducidad y no de prescripción por lo que no se admitirá interrupción ni suspensión, como bien lo prescribe el art. 395, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. En el reciente Código civil argentino, del 2014, se regula de manera distinta la impugnación del reconocimiento, al hijo no se le fija ningún plazo, y a los demás interesados el de un año, es así como en el artículo 593 se prescribe lo siguiente:

“El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo.

El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo.

Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos”.

Si bien no se indica en el artículo mencionado, subyace en el fondo el principio del Interés Superior del hijo, como principio rector del Derecho de familia, al estar en juego el derecho a su identidad tanto estática como dinámica, como lo analizaremos más adelante. Como lo hemos advertido⁵, en el nuevo Código civil argentino se ha expresado la voluntad de excluir la maternidad subrogada o vientres de alquiler, modificando el art. 562 que ha quedado redactado de esta manera:

“Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561,

⁵ Cfr. *supra* nt. 5



debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

De igual modo, nuestro legislador ha previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que en el uso de las técnicas de reproducción asistida deben coincidir la madre gestante y la madre biológica, y no considero que haya quedado desfasado como opinan algunos autores en pro de la maternidad subrogada⁶:

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

Es importante resaltar que el derecho a conocer la verdad biológica es un derecho que está reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) y que se deriva del derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad. El art. 7, inciso 1, establece que: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. De igual manera en el art. 8.1 de la CDN se establece que: Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. De igual modo, en el art. 6 de Código de Niños y Adolescentes (CNA), el legislador regula que: “El niño y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la

⁶ Cfr. en el reciente artículo, De la Fuente, R. (2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. Gaceta civil & procesal civil registral / notarial, 48, 37-52; cfr. en contra de la maternidad subrogada, el reciente informe, mayo 2017, del Comité de Bioética de España (CBE), acerca de los aspectos éticos y jurídicos de los mal llamados “vientres de alquiler”, que destaca entre sus conclusiones, el ir: “Hacia una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional. Las desgraciadas experiencias de países en los que esta práctica ha puesto crudamente de manifiesto la explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes es una razón fuerte para que España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional”. El pasado 18 de setiembre del mes en curso, la actual ministra de Sanidad española, Ma. Luisa Carcedo se opuso a la regulación de la maternidad subrogada, defendiendo su posición con el apoyo en el mencionado informe del Comité de Bioética de España; para más información cfr. <https://www.observatoriobioetica.org/2018/10/la-ministra-sanidad-espanola-se-muestra-contraria-la-maternidad-subrogada/28835>

medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad (...).”

El dilema ante el que nos encontramos es el siguiente: ¿debe prevalecer la paternidad biológica o la paternidad jurídica, por ejemplo, en un reconocimiento de complacencia? ¿se puede negar la paternidad biológica y admitir la jurídica? Si reconocemos el respeto absoluto al principio de la verdad biológica, también existen otros principios, como el interés superior del hijo (sea menor o no), la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones familiares y las relativas al estado civil que los Jueces deben ponderar, para preservar los derechos del hijo.

Así, en España, como en el caso peruano, sí se contempla de igual modo un plazo para impugnar el reconocimiento, porque no puede darse un plazo indefinido al estar de por medio la identidad del niño y el principio fundamental del *favor filii* : en la STS (Sala de lo Civil, secc. 1ª), nº 707/2014 de 3 diciembre, se plantea la necesidad de establecer límites:

El caso a que se refiere la sentencia comentada es un claro ejemplo de la necesidad de esos límites. Contiene todos los ingredientes para poner de manifiesto que el reconocimiento de la legitimación al progenitor biológico sin límites supone un sacrificio excesivo e intolerable del interés del hijo. Valores como la seguridad jurídica y la paz familiar del hijo quedan por completo marginados. Sin olvidar la afectación del derecho a la intimidad del hijo, que deberá pasar por el cambio del apellido paterno. Así lo manifiesta el Voto Particular formulado por uno de los Magistrados. Téngase en cuenta que el mencionado progenitor conocía de la existencia de las hijas desde el momento de su nacimiento, y pese a ello no las asistió ni económica ni afectivamente, pretendiendo cuando ya son mayores de edad la reclamación de su paternidad. Por su parte las hijas fueron reconocidas con el consentimiento de la madre por otra persona, que es la que ha estado al frente de su educación y sostenimiento, formando parte en el momento de la reclamación de un núcleo familiar estable.

Si bien el art. 400 del Código civil prevé el plazo de 90 días para la impugnación del reconocimiento, ha sido una constante desde hace algunos años que no se haya aplicado, y que en la Judicatura se hayan admitido diversas demandas de impugnación de paternidad, aduciendo, por ejemplo, que “yo no soy el padre”, o “porque ese hijo sí es mío y me acabo de enterar”, por lo que los Jueces han aplicado el control difuso, con apoyo en el artículo 138 de la Constitución peruana, respondiendo de esa manera a supuestos o realidades que no están previstas en el Código civil, y que han sido admitidas por la Corte Suprema. Como veremos a continuación en diversas sentencias, el art. 400 del Código civil, quedará inaplicado cuando alguien quiera adjudicarse la paternidad. La doctrina se ha hecho eco de las sentencias casatorias en las que se ha aplicado el control difuso, dejando de aplicar el art. 400 del código civil. Pasemos a revisar las más relevantes.



II. La Jurisprudencia peruana⁷:

1) Cas n° 950-2016 AREQUIPA: Impugnación de paternidad, de 29 de noviembre de 2016: En este caso se privilegia la identidad dinámica frente a la estática, de una menor de 9 años:

Que la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez se encuentra identificada con su padre Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno “medina”, configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática.

El padre biológico de la menor interpone demanda de impugnación de paternidad contra Luis Alberto Medina Vega y Fiorella Kathy Medina Sánchez, a fin de que se declare la nulidad de la partida de nacimiento número "63430876" y accesoriamente se disponga la filiación extramatrimonial del demandante como padre de la menor. Tanto la primera instancia como la segunda dan la razón al padre biológico ya que la prueba de ADN así lo confirma. Sin embargo, el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega, se declara procedente, por las siguientes causales: *Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 20 del Código Civil, IX del Título Preliminar, 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes. Sostiene, que el Ad quem no habría aplicado las normas invocadas, que regulan el interés superior del niño y el respeto a sus derechos, por cuanto no se ha tomado en cuenta la declaración de la menor, quien lo reconoce como padre, y se niega a llevar el apellido del padre biológico por no sentirse identificada con este último, sin respetar su nombre que forma parte de su personalidad e identidad desde su nacimiento y que usó en la sociedad en que se desenvuelve, afectando su derecho de identidad.*

En el considerando sétimo, los Jueces supremos destacan que:

Es necesario resaltar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo,

⁷ Cfr. Diario Oficial El Peruano, <https://elperuano.pe/>; cfr. la base de datos, <http://juriscivil.com> y base de datos SPIJ

a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la litis, en clara materialización del principio del interés superior del niño.

En este caso concreto, sí se ha oído y tenido en cuenta la opinión de la menor de 9 años, y se aprecia que se privilegia el interés superior de la niña. Predomina la identidad dinámica, frente a la estática, al estar completamente enraizada e identificada con la familia en la que se encuentra, siendo el padre biológico un desconocido con el que no desea vivir.

2) En la Casación n° 4430-2015 HUAURA, acerca de una impugnación de paternidad, tampoco se aplica el control difuso⁸. En este caso se plantea la impugnación de paternidad frente al derecho de identidad. Se vuelve a plantear el dilema entre identidad dinámica e identidad estática. La Corte Suprema no ampara la demanda porque significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

La menor fue reconocida libremente por el demandante; que, sin duda, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial; sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: “El conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”, presentándose bajo dos aspectos: “uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se expresa en el mundo de la intersubjetividad”.

Este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la demandada (madre de la menor) que le ha manifestado no ser el padre; realizando su impugnación en el año dos mil diez, no obstante haberla reconocido en el año dos mil cuatro. Para casos como estos resultan de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad

⁸ Cfr. el amplio comentario a la Sentencia en, Gaceta civil & procesal civil, Tomo 61, Julio 2018, pp. 65 a 103.



de un persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad.

- 3) Consulta Exp. n° 3873-2014 SAN MARTIN, Lima, diecisiete de marzo de 2015, demanda sobre impugnación de paternidad, se aplica el control difuso, por lo tanto, procede la inaplicabilidad del art. 400 del Código civil.

*8.3 En tal contexto, el plazo de caducidad de impugnación de paternidad contenido en el artículo 400 del Código Civil, prima facie en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, cual es, la protección y consolidación del estado de familia; sin embargo **no se observa** que el medio para obtener dicha finalidad en el **caso concreto resulte idóneo**, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo cual puede comprobarse de forma certera con la prueba de ADN ofrecida por el accionante; en tal sentido, la medida legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días; resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento sétimo de la presente sentencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia, el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño; estando más bien desvinculado el medio, de conseguir el fin constitucional propuesto de protección de la familia, concluyéndose que dicho medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 400 precitado) **no guarda una causalidad razonable**, estando alejado más bien, del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de conformidad con el fundamento 6.12.*

*8.4 Por lo que, teniendo presente el interés superior del niño, cuya situación requiere una solución adecuada a su caso, considerando su derecho a la identidad biológica, que, en este caso con la acción se persigue consolidar un vínculo paterno filial preexistente estableciendo quien es su padre biológico, **resulta razonable y proporcional así como los efectos positivos serán mayores, que se declare inaplicable el artículo 400 del Código Civil, correspondiendo declarar la inaplicación vía control difuso por incompatibilidad constitucional**; conclusión que se desprende del análisis pormenorizado del caso concreto, en el cual se pretende la impugnación de la paternidad, que en modo alguno tutela a la parte demandante, sino más bien el interés superior del niño y su derecho a la identidad biológica.*

4) Casación n° 3797-2012 AREQUIPA, Lima, dieciocho de junio de 2013, por el contrario, en este caso concreto de impugnación de la paternidad, no se aplicará el control difuso, puesto que se pretende la impugnación 14 años después del reconocimiento, teniendo el hijo diecisiete años y con una discapacidad severa, y el argumento presentado es que *“por versión de conocidos” el demandante se ha enterado recientemente no ser el padre biológico del menor*. Una sentencia muy bien fundamentada donde está presente también la importancia de la identidad estática *versus* la identidad dinámica. Los jueces, en el caso concreto tendrán de dilucidar qué es lo mejor para el hijo, ya que no se puede impugnar la paternidad del menor si se menoscaba la identidad.

En algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, más para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites 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 consiguiente, cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que le hace idéntico a sí mismo. Constitución peruana, art. 2 inc. 1).

5) Cas. n° 968-2010 PIURA, Lima, tres de agosto de 2011: No se pide control difuso, aun habiendo expirado el plazo de noventa días previsto en el art. 400 del Código civil, sino que plantea la nulidad del acto jurídico, del acto de reconocimiento efectuado por el actor en la partida de nacimiento del menor de iniciales D.E.A.J, ya que la emplazada procedió con dolo al atribuir al demandante la paternidad del hijo nacido cuando aquél no era el padre biológico. La Sala Superior ordenó al Juez de la causa para que actuara de oficio la prueba de ADN. Por lo tanto, el acto jurídico de reconocimiento practicado por el demandante resulta ser un acto viciado.

6) Cas. N° 2112-2009 CALLAO, Impugnación de paternidad, Lima veintinueve de marzo de 2010. En este caso concreto, el niño tiene ya cinco años y no se aplica el control difuso, *el plazo de noventa días el cual asistía al actor para impugnar la paternidad del menor J.A.H.C. ya había caducado, como él mismo tácitamente lo admite, por lo que ahora no puede pretender habilitar su derecho mediante una interpretación extensa del inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Estado que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad...*

La sentencia casatoria afirma en su considerando decimoprimer que:

atendiendo a la interpretación de la norma constitucional conforme a lo normado en los tratados internacionales y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el



particular, este Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que - voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera, significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial. Para el caso concreto, el plazo de noventa días el cual asistía al actor para impugnar la paternidad del menor J.A.H.C. ya había caducado, como él mismo tácitamente lo admite, por lo que ahora no puede pretender habilitar su derecho mediante una interpretación extensa del inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Estado que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad reconocido en la citada Carta Política, en concordancia con el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en virtud al principio pro homine, procede realizar una interpretación más restringida del derecho - constitucional a la identidad, por encontrarse en debate el derecho de un menor, a quien debe favorecerse sobre los padres, desvirtuándose con ello el hecho de que se esté "condenando al niño a mantener una identidad falsa" como sostiene el impugnante, pues al contrario se está favoreciendo la conservación de la identidad que el mismo actor le otorgó al reconocerlo como su hijo, teniendo en cuenta además que a la fecha el menor ya cuenta con -más de cinco años de edad; razones por las cuales la causal -material también debe ser desestimada;

7) Control difuso, inaplicable el art. 400 del C.c, sin afectar su vigencia: La consulta 2858-2002, atendida por la sala de Derecho constitucional y social, de 23 de octubre de 2002, donde el actor impugna el reconocimiento de la paternidad del menor realizado por el demandado y solicita que se le declare padre del menor; por lo que las pretensiones son dos: la impugnación de la paternidad extramatrimonial y la declaración para sí de la paternidad extramatrimonial del menor. La demanda fue declarada improcedente por la Juez de la causa bajo el sustento de que resultaba extemporánea al haberse interpuesto fuera del plazo de los 90 días previsto en el artículo 400 del Código civil. La Sala de Familia declaró la inaplicabilidad del mencionado artículo por *preferir la norma constitucional que regula los derechos del niño previstos en el artículo segundo, inciso primero, así como el de los padres a que se les reconozca y ejerzan su paternidad, y dispositivos internacionales que protegen y velan por el interés superior del niño (...)*

La Sala de mérito, aplicó el control difuso, y el preferir la norma constitucional a la ley ordinaria no hace más que reconocer el principio de jerarquía normativa previsto en el art. 138, 2º párrafo, CP, y para el caso concreto *al estar en discusión la filiación extramatrimonial de un menor reconocido por quien se atribuye la condición de padre*

biológico, es necesario que tal circunstancia sea dilucidada en armonía con el interés superior del niño, recogido por el artículo noveno del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

III. CONCLUSIONES

1. El control difuso de la Constitución, que declara inaplicable el art. 400 del Código civil, sin afectar su vigencia, debe recaer siempre *ad casum*, sobre hechos concretos presentados por las partes y que los Jueces atenderán según las circunstancias del caso, en atención a los hechos controvertibles. Cada caso es un problema humano que hay que resolver, y el Juez podrá solicitar pruebas de oficio, como puede ser la de que se practique la prueba de ADN para determinar la filiación cierta y preservar el derecho a la identidad del hijo.
2. En atención al Derecho reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (CDN, 1989), en el art. 7, 1, 1, el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un **nombre**, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos.
3. En el reciente Anteproyecto de Reforma al Código Civil peruano, elaborado por el Grupo de Trabajo Revisión y Mejoras Código Civil RM N° 0300-2016-JUS y modificatoria, no se ha previsto ninguna modificación al art. 400 del Código civil, por lo que, *prima facie*, se mantendría el plazo de caducidad de los 90 días para la impugnación del reconocimiento. Sin embargo, considero que es una tarea pendiente y significativa del Grupo de trabajo, la revisión y propuesta de mejoras en el mencionado Código civil, *con la finalidad de dotarlo de nuevas instituciones que son exigidas por la sociedad, acogiendo los modelos jurídicos elaborados por la jurisprudencia, así como los aportes y sugerencias más relevantes de la moderna doctrina y de la legislación comparada, de acuerdo con nuestra realidad jurídica, en base a los valores jurídicos que le sirven de sustento*. En este caso, se podría regular la impugnación del reconocimiento como lo ha hecho el Código civil argentino, en el artículo 593: el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, y los demás interesados dentro del año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. La reforma debe ponderar adecuadamente todos los delicados intereses que



están en juego, a partir del criterio preferente que no puede ser otro que el interés del hijo.

4. Los Jueces ante las consultas de inaplicación del artículo 400 del Código civil, porque puede afectar los derechos del niño, a la identidad, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso...etc, aplicarán el test de necesidad, de idoneidad, de proporcionalidad, para que se beneficie al niño y se le pueda mantener en su estabilidad familiar.

IV BIBLIOGRAFÍA

Cornejo Chávez, H. (1998). *Derecho Familiar peruano. Tomo II*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vega Gutiérrez, A. M. (2002). *Políticas familiares en un mundo globalizado*. Pamplona: Navarra Gráfica Ediciones.

De la Fuente y Hontañón, R. (junio de 2017). La subrogación gestacional: ¿vientre o persona en alquiler? implicancias jurídicas y éticas. *Gaceta Civil & Procesal Civil* (48).

De la Fuente y Hontañón, R. (setiembre de 2017). Las nuevas modificaciones a la Ley de filiación judicial de paternidad extramatrimonial: ¿Un retroceso en la investigación de la paternidad y en la protección al principio del interés superior del niño? *Gaceta Civil & Procesal Civil* (51).