

A PROPÓSITO DE LA CADUCIDAD O NO, DE LA ACCIÓN CONTESTATORIA DE PATERNIDAD ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Víctor Hugo Nina Cohaila

RESUMEN:

El tema materia de este breve artículo, se sustenta, primero, en que el plazo de caducidad establecido en el artículo 364° del Código Civil Peruano, no debe ser tal y por el contrario no debe estipularse plazo alguno, por ende el cónyuge podrá negar la paternidad cuando esta deba ser negada, ello poniendo en relieve derechos tan importantes y fundamentales como el derecho a la verdadera identidad de una persona, sea hijo o sea padre, es decir, en las cuestiones de estado de familia, específicamente en los casos de filiación, deben regularse los temas con un carácter excepcionalísimo y analizando cada caso en particular.

El segundo caso, es el referido a la filiación extramatrimonial, cuyo plazo se encuentra referido en el artículo 400° del Código Civil, que señala: “*El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en el que se tuvo conocimiento del acto*”; es decir, la norma sustantiva vuelve a establecer dicho término de caducibilidad para negar el reconocimiento, también en el caso de la filiación extramatrimonial.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, ha referido abundante jurisprudencia, en el sentido de la inaplicación del artículo 400° del Código Civil, respecto de la filiación extramatrimonial, ya que en respecto al tema siempre existirá un conflicto de normas jurídicas que resulten aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad y de otro la norma legal que establece en noventa días, el plazo para negar el reconocimiento por el padre la madre que no haya intervenido en el reconocimiento, sin que de la interpretación conjunta de las normas referidas sea factible obtener una interpretación conforme a la constitución; por esta razón, se presenta la antinomia entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, por lo que debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda, pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para negar el ilegal reconocimiento.

Por ende, lo que se desea demostrar y sustentar es que no existe razón alguna para que subsistan en nuestro ordenamiento sustantivo civil la vigencia de los artículos 364° y 400°, por lo que los mismos deben derogarse, ya que de otra forma, el derecho realmente lesionado, sería el derecho a la verdadera identidad, es decir, desde la perspectiva del hijo, el derecho a saber quién es su verdadero padre o progenitor y desde el punto de vista del padre, saber si el hijo de su cónyuge es realmente su hijo biológico y en definitiva ese derecho no puede estar limitado por un plazo tan breve (90 días), máxime, que luego de concluido es caducable, lo cual colisiona con derechos fundamentales, tal y como brevemente analizaremos luego.

Palabras clave:

Caducidad, principio del interés superior del niño, identidad, filiación.

ABSTRACT

The subject matter of this article, is based, first, on the expiration period established in Article 364 of the Peruvian Civil Code, should not be such and by the contrary should not stipulate any deadline, therefore the spouse may deny paternity when it should be denied, this emphasizing rights as important and fundamental as the right to the true identity of a person, whether a child or father, that is, in matters of family status, specifically in the cases of Filiation, The topics should be regulated with an exceptional character and analyzing each case in particular.

The second case is referred to the extramarital filiation, whose term is referred to in article 400 of the Civil Code, which states: "The deadline to deny recognition is ninety days, from the one in which it was known of the act "; that is, the substantive norm re-establishes this term of caducidad to deny recognition, also in the case of extramarital filiation.

In this sense, the Supreme Court of Justice of our country has referred abundant jurisprudence, in the sense of the non-application of Article 400 of the Civil Code, regarding extramarital filiation, since in relation to the subject there will always be a conflict of legal norms that are applicable to the sublitis case, on the one hand the constitutional rule that recognizes as a fundamental right of the person the right to identity and another legal rule that establishes in ninety days, the deadline to deny recognition by the father the mother that it has not intervened in the recognition, without that of the joint interpretation of the referred norms it is feasible to obtain an interpretation according to the constitution; for this reason, the antinomy between a rule of a legal nature and another of a constitutional nature is presented, so the first one should be inapplicable and the second should apply, since there is no objective and reasonable reason to justify the need to fix the ninety days term to deny the illegal recognition.

Therefore, what we want to show is that there is no reason for the validity of articles 364 and 400 to subsist in our civil substantive order, which is why they should be repealed, since otherwise, the right actually injured, would be the right to true identity, that is, from the perspective of the child, the right to know who is his or her true father or father and, from the father's point of view, to know if the child of his or her spouse is really their biological child and In short, this right can not be limited for such a short period (90 days), especially, that after it is concluded it is expired, which collides with fundamental rights.

Keywords:

Expiration, principle of the best interests of the child, identity, filiation

“Los seres humanos, tenemos derecho a saber cuáles son nuestras raíces, de dónde venimos, quienes son nuestros verdaderos padres, nuestra familia; ello solo se puede lograr descubriendo y favoreciendo la verdad verdadera y no la verdad formal; para lograrlo es necesario eliminar los viejos y vetustos formalismos, que aún existen en algunas legislaciones que rigen nuestra existencia”

1.-Bases legales de la impugnación del reconocimiento

Respecto a la IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO, el Código Civil, en su artículo 399° refiere que: *“El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no intervienen en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395°”*.

El acto de reconocimiento por regla general tiene las siguientes características; a) es un acto de carácter personal, porque nadie más que el padre o la madre pueden afirmar la existencia de un lazo de filiación con el hijo que reconoce, aún cuando por excepción puede efectuarse mediante poder especial, o por los abuelos, o ciertos casos de incapacidad y de ausencia; asimismo, b) es unilateral, desde que no requiere de la aceptación expresa del hijo reconocido, excepto si es mayor de edad, c) es individual, pues solo liga al padre que reconoce con el hijo reconocido, aún cuando proceda efectuarse en forma conjunta por ambos, d) es formal toda vez que requiere de ciertas formalidades, así la ley en el numeral trescientos noventa del Código Civil dispone que: *“El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimiento, en escritura pública o en testimonio” y finalmente; e) es un acto irrevocable, toda vez que no puede dejarse sin efecto una vez verificado el acto, lo que se funda en su naturaleza declarativa sino en una razón moral y de seguridad jurídica”* [Séptimo considerando de la CAS. N° 3292-2006-LA LIBERTAD- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia]

Ahora bien, respecto al plazo para negar el reconocimiento (filiación extramatrimonial), se tiene el artículo 400° del Código Civil que señala:

“el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto”. Y en el caso de la Filiación matrimonial, se encuentra estipulada en el artículo 364° del Código Civil, que señala: *“La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente”*.

2.- ¿Caduca el derecho a la negación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial?

El presente artículo trata de analizar este importante derecho, que curiosamente se muestra más reiterativo en los últimos años, en tanto se han elevado los casos de impugnación o negación de paternidad, tanto matrimonial como extramatrimonial y es que en nuestro derecho positivo nacional, en el Derecho de Familia y en la doctrina se distingue la negación o desconocimiento de la paternidad, de la impugnación. La primera ocurre, dentro de la filiación matrimonial, cuando el hijo tenido por mujer casada no está amparado por la presunción *“pater is”*, de modo que el cónyuge simplemente se limita a expresar que no es suyo el hijo de su cónyuge, y es a la madre y al hijo a quienes corresponde probar lo contrario. La impugnación corresponde al marido cuando el hijo tenido, por su mujer y a quien no considera suyo, está amparado por la presunción *“pater is”*, recayendo la carga de la prueba en el marido. La diferencia está dada por quien soporta la prueba. En nuestra legislación se usa el término negación.

En ambos casos, esto es, en la filiación matrimonial y extramatrimonial, se ataca a la filiación misma, la misma cuya noción jurídica, según lo referido por el maestro Alex Plácido, es: *“En*

sentido muy amplio, la filiación puede significar la descendencia en línea directa, pero en sentido jurídico, tiene un significado más restringido, equivalente a relación inmediata del padre o madre con el hijo; de aquí que la relación de filiación se denomine paternidad o maternidad, según se considere del lado del padre o de la madre; y por tanto, la filiación puede definirse, como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra”¹.

En este contexto, debemos recordar lo establecido en el artículo 363° del Código Civil modificado por la ley 27048, que infiere que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer, puede negarlo en los siguientes casos:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 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 nacimiento del hijo.
- 3.- Cuando esté judicialmente separado durante los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento;
- 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.

Ahora bien, en todos estos casos el plazo para accionar es muy breve, ello, para favorecer la filiación matrimonial, dicho plazo es de caducidad, por lo que no se suspende ni interrumpe. Dicho plazo se encuentra establecido en el artículo 364°

del Código Civil vigente, que refiere que la acción debe ser interpuesta por el marido dentro de los 90 días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente, presumiéndose que conoció el hecho del parto el mismo día a aquel que regresó. Este plazo es absoluto e intolerante y se da inclusive en el caso del inciso 5) del artículo 363° aludido anteriormente, esto es, cuando se cuenta con una prueba de validez científica, lo que definitivamente no es correcto, ya que el presunto padre puede tomar conocimiento de la falsedad de esa imputación vencido el corto plazo establecido en la ley, decide realizar una prueba de validez científica (ADN) y descarta la paternidad y pese a ello no podría accionar, lo cual nos parece totalmente injusto y desproporcional, máxime, si lo que se busca es la verdad real, o verdad verdadera y no la verdad formal, la que se encontraría amparada, según la norma.

Respecto al tema materia del presente artículo, se sustenta que el plazo de caducidad establecido en el artículo 364° del Código Civil Peruano, no debe ser tal y por el contrario debe ser un plazo no objeto de caducidad, por ende, el cónyuge podrá negar la paternidad cuando esta deba ser negada, ello poniendo en relieve derechos tan importantes y fundamentales como el derecho a la verdadera identidad de una persona, sea hijo o sea padre, es decir, en las cuestiones de estado de familia, específicamente en los casos de Filiación, deben regularse los temas con un carácter excepcionalísimo y analizando cada caso en particular.

Ahora bien, el segundo caso, es el referido a la Filiación extramatrimonial, cuyo plazo se encuentra referido en el artículo 400° del Código Civil, que señala: “El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en el que se tuvo conocimiento del acto”; es decir, la

1. PLANIOL, Marcel-RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit civil*. París. Lebrairie Generate de Droit et de Jurisprudence, 1948. Tomo I, número 1280, p. 454

norma sustantiva vuelve a establecer dicho término de caducidad para negar el reconocimiento, también en el caso de la filiación extramatrimonial.

En este sentido, debemos tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, ha referido abundante jurisprudencia, en el sentido de la inaplicación del artículo 400° del Código Civil, respecto de la filiación extramatrimonial, ya que en respecto al tema siempre existirá un conflicto de normas jurídicas que resulten aplicables al caso *sub litis*, de un lado la norma constitucional que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad, sin que ello implique tener como límite un plazo de caducidad y de otro la norma legal que establece en noventa días, el plazo para negar el reconocimiento por el padre o la madre que no haya intervenido en el reconocimiento, sin que de la interpretación conjunta de las normas referidas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por esta razón, se presenta la antinomia entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, ante ello, es necesario realizar la ponderación de las mismas; por lo que debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda, pues no existe razón objetiva y razonable que justifique la necesidad de fijar en noventa días el plazo para negar el ilegal reconocimiento, al padre o madre que no intervino en él; tal y como lo ha referido la sentencia de fecha 23 de agosto del 2011, recaía en el expediente N° 2047-2011 por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

3.- La ponderación o test de razonabilidad como medio para solucionar el conflicto

La inmersión en un Estado Constitucional de Derechos, el neo-constitucionalismo y la gran acuarela de conflictos que pueden suscitarse en el

transcurrir del tiempo de existencia de una norma constitucional imperante, hacen ver la necesidad de comprender el tema de la ponderación constitucional, el cual, considero el único medio posible que tiene hoy en día un Juez para resolver una controversia en la que, en unidad de acto se protegen constitucionalmente las pretensiones de ambas partes (demandante y demandado), pero para iniciar creo necesario explicar la conceptualización de este tema, lo cual servirá de base para cimentarnos debidamente a fin de permitirnos analizar con mayor exactitud cualquier hecho que pueda suscitarse, con apego y respeto a los derechos constitucionales.

Ponderar, es una actividad desarrollada para valorar qué cualidades de un sujeto u objeto en comparación con las de otro (que las posee en una misma semejanza valorativa), permiten una mejora para una determinada actividad; en síntesis la inclinación por tal o cual objeto o cosa que nos representará mayores beneficios, todo ello lógicamente a consecuencia de esta actividad o cálculo valorativo.

La ponderación constitucional en cambio, puede ser definida como la valoración o balance que hace una autoridad facultada constitucionalmente para ello, respecto de dos normas o principios del mismo rango esto es, constitucional; es decir, toda autoridad al encontrarse frente a un conflicto entre normas constitucionales, está obligada a ponderar, valorar, balancear (o como se lo quiera llamar), cuál de ellas permite una mejor efectividad de los derechos constitucionales, provocando que los mismos no sean coartados sino al contrario, que puedan investir a la ciudadanía de los derechos que se consideran mucho más justos o necesarios.

Al respecto Riccardo Guastini² otorga una característica fundamental a la ponderación, la subjetividad y que ayudado por Guillermo

2. GUASTINI Ricardo, Los principios en el derecho positivo, in Id., Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, P. 171.

Lariguet la define como “*un juicio de lo que es lo justo en un caso según el parecer del juez.*” Con lo que volviendo con el profesor Riccardo Guastini “*el juez superpone su propia valoración a la valoración de la autoridad normativa, en este caso, la autoridad constituyente*”, y ello no quiere decir que el Juez se tome las atribuciones de intérprete que únicamente posee el tribunal constitucional (para el ámbito general), ni tampoco se trata de una arrogación de funciones que le pertenecen a la Corte Constitucional, sino que en conformidad con la ley, el Juez al someterse a su conocimiento un conflicto que conlleva un análisis constitucional, en el que si bien existe una ley y una norma constitucional que otorguen derechos, también puede darse que el Juez observe la existencia de otras normas de carácter constitucional que también otorguen derechos pero que se contrapongan a lo que la ley y la norma constitucional dispongan, dadas las circunstancias del caso concreto que se encuentra conociendo. Situación ante la cual, el juez deberá valorar cuál de ellas contraviene “menos” (por tratar de graficarlo de una mejor manera) a la Constitución y favorece de mejor forma a la colectividad y efectiviza en su mayoría a los demás derechos constitucionales.

Entonces, la ponderación constitucional es una herramienta de vital importancia si se pretende que la Constitución, sus derechos y garantías se cumplan a cabalidad y como expresé anteriormente, los jueces tutelen efectivamente estos derechos, armonizando sus decisiones con la norma suprema y observando la posibilidad de que hoy en día ya no existe solamente un conflicto de leyes que debe ser resuelto por el Juez conforme a los usuales modos, sino que además existe una lucha entre fuerzas de tremendo nivel y poder como lo son las normas constitucionales, conflicto en el que el Juez deberá actuar como un auténtico togado en busca de una “justicia real” en la que o no afecte derechos fundamentales o los afecte en la menor forma posible a fin de permitir que según el caso particular, subsistan los derechos más importantes y se dé paso a un Estado de Justicia en derechos humanos, fundamentales y constitucionales.

En el caso del presente artículo y ante el supuesto

hipotético que el derecho de impugnar del demandante habría caducado, por cuanto a la fecha de presentación de la demanda, el menor, cuyo reconocimiento se impugna, por ejemplo, tendría siete años de edad, sin embargo dicha norma colude con el derecho de identidad del menor el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, así como en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En tal virtud se aprecia que en ese supuesto caso se advierte que se presenta un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional (artículo 2º inciso 1) de la constitución Política del Estado) que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro la norma legal (artículos 364º y 400º del Código Civil) que prescribe el plazo de acción contestatoria; en consecuencia, a fin de poder aplicar una de las normas glosadas y ver de que mejor manera protege el interés superior del niño, se debe analizar en que consisten la mismas, para luego hacer uso del control constitucional difuso previsto en el artículo 138º de la Constitución Política del Estado.

De todo ello se colige, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son su padres, y que en partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es sino la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible a todos, por tanto, no admite límites de ninguna naturaleza sean temporales o materiales.

4.- Derechos violentados por la caducidad antes aludida

Con respecto al derecho a la identidad, Carlos Fernández Sessarego manifiesta “*Se logró aprehender paulatinamente y por la mayoría de los juristas, que la identidad de la persona, de cada*

persona, no se limitaba a sus signos distintivos, sino que comprendía también todos sus atributos y calidades, sus pensamientos, siempre que ellos se tradujeran en comportamientos efectivos, en conductas intersubjetivas. Es decir, siempre que ellos se proyectaran socialmente”³.

Por su parte, Eduardo Zannoni propone la siguiente triple clasificación sobre la identidad personal: 1) referido a la identidad biológica, es decir, tanto a la identidad genética- el patrimonio genético heredado de los progenitores- como a la identidad filial- el que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia. 2) referido a los caracteres físicos de la persona- relativo a los rasgos externos de la persona, que la individualizan e identifican. 3) referido a la realidad existencial de la persona, o sea, a la proyección existencial, propia de cada persona.⁴

Según lo sostenido por Zannoni que de ninguna manera el derecho a la identidad se agota con el derecho a conocer sus orígenes. Frente a los innumerables casos de desaparición forzada de personas que ha padecido nuestro país, este derecho ha adquirido una marcada autonomía del derecho a la identidad. Concordantemente, existe un derecho innegable de obtener un emplazamiento o estado filial concordante con dicha realidad biológica, denominada identidad filiatoria.

En este sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 2º inc. 1) de la Constitución Política del Perú establece: “**Toda persona tiene derecho: I. A la vida, a su 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.”⁵ El concepto que nos interesa, básicamente para el análisis del presente artículo, es el de la IDENTIDAD, es decir el derecho que tiene toda persona de conocer a sus padres y a conservar sus apellidos, siendo este un derecho fundamental de rango constitucional, dada la importancia que ello implica. Tal es su importancia, que el tribunal constitucional a emitido una serie de sentencias al respecto, así la sentencia recaída en el expediente N° 1797-2002-HD, del 29/01/03, S1, FJ.3, que establece: “*El derecho a la identidad personal, esto es, el derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad*”⁶. El tribunal asume aquí el concepto de derecho a la identidad personal que ha sido creación de la jurisprudencia italiana. En efecto, no debe confundirse el concepto de identidad personal del artículo 2º inciso 1) con aquel expresado en el artículo 89º de la Constitución. El primero, como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional hace referencia a la proyección de la personalidad que es plasmada mediante ciertos actos y actitudes, ideas o comportamientos, etc.; en suma aquello que hace reconocible a una persona y solo a ella, que la diferencia de los demás. Mientras que el segundo, la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, es más bien un derecho de carácter colectivo referido a los conocimientos sobre la tierra y la naturaleza que estas hayan asumido como propias desde tiempos inmemoriales.

En cuanto al derecho a la verdad, el mismo forma parte de los denominados derechos implícitos.

3. FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113

4. ZANNONI, EDUARDO.A. “Identidad personal y pruebas biológicas”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Prueba I, N° 13, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, ps. 161 y 162

5. Art. 2º inc. 1) de la Constitución Política del Perú de 1993.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 1797-2002-HD, del 29/01/03

Norberto Bobbio afirma que “*Quien no cree en la verdad, tendrá la tentación de confiar toda decisión, toda elección, toda fuerza, según el principio de que, así como no se puede mandar aquello que es justo, es justo aquello que es mandado*”⁷. En la misma línea, se ha sostenido que “el derecho a la verdad integra el bloque de constitucionalidad federal y desde la cúspide normativa infiltra al derecho infraconstitucional”⁸.

El derecho a relacionarse con la familia de origen integra también el amplio concepto de derecho a la identidad que estamos analizando. Se revaloriza entonces la preservación de los vínculos o relaciones familiares, aún en los casos en que los padres se encuentren separados o divorciados, o alguno de ellos se encuentre en una institución carcelaria. Esto se relaciona indudablemente con la responsabilidad parental, o mejor dicho “coparental”, a los efectos de destacar la importancia del mantenimiento del vínculo con ambos progenitores. Este derecho a relacionarse con la familia de origen se encuentra conexo pues al principio de la paternidad responsable, al indicar que los padres tienen obligaciones para con sus hijos. El Art. 418 de nuestro Código Civil establece: “*Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores...*”. El art. 18 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño mantiene dicho criterio.

El derecho a la identificación y el derecho a la documentación también integran el derecho a la identidad, tal como se ha mantenido. Por ello la importancia de que se adopte un procedimiento ágil para la efectiva satisfacción de estos derechos. Aún las personas indocumentadas, tienen derecho a obtener la documentación referida a su documentación. Así lo garantiza el art. 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

5.- A modo de conclusión.-

Realizado el deslinde teórico fundamental, considero que no existe razón alguna para que se mantengan y subsistan en nuestro ordenamiento sustantivo la vigencia de los artículos 364º y 400º, por lo que los mismos deben derogarse, ya que de mantenerse, se estaría privilegiando a la verdad formal y no a la verdad biológica o real, es más, el derecho lesionado objetivamente, sería el derecho a la verdadera y real identidad, a la verdad, a relacionarse con su familia de origen y a su real identificación; es decir, desde la perspectiva de cualquier menor de edad, el derecho a saber quien es su verdadero padre o progenitor y desde el punto de vista de cualquier padre, a saber si el hijo de su cónyuge es realmente su hijo biológico, razón por la que ese derecho no puede estar limitado por un plazo tan breve (90 días), máxime, con el aditivo, que luego de concluido es caducable, lo cual colisiona con derechos fundamentales, tal y como hemos visto anteriormente.

El sustento de esta posición, tiene su origen en el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es sino la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2º, inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible a todos, por tanto, no admite límites de ninguna naturaleza sean temporales o materiales.

En suma, en todos los casos como el propuesto, los magistrados deben asumir la aplicación del

7. BOBBIO, NORBERTO. “Elogio de la templanza”, parte I (Verdad y Libertad), Temas de hoy, Madrid, 1997, p.99

8. GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS. “La verdad: un derecho emergente.”

control difuso, establecido en el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, por lo que, no se deben aplicar el contenido de los artículos 364° y 400° del Código Civil, ya que lo contrario puede representar un obstáculo para que el estado preserve ese derecho a la identidad, que tiene un rango constitucional y supranacional, por lo que frente a dichas normas legales debe darse preferencia al derecho reconocido en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, que debe interpretarse de conformidad a la convención sobre los Derechos del Niño, según la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución, lo que además concuerda con la reiterada y uniforme jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, (así tenemos: Consulta 3143-2009-Ancash, Consulta Nro.2802-2012-Arequipa, Consulta 670-2010-Lambayeque).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.- CORNEJO CHAVEZ, Héctor. Derecho de Familia.
- 2.- GACETA JURIDICA. Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo II y Tomo III.
- 3.- GACETA JURIDICA. Actualidad Jurídica. Tomo 122. Enero 2004.
- 4.- GACETA JURIDICA. Actualidad Jurídica. Tomo 124. Marzo 2004.
- 5.- KEMELMAJER, Aida. Nuevos perfiles del derecho de familia. Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina.
- 6.- MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Tomo II.
- 7.- PARRA BENITEZ, Jorge. Derecho de familia. Editorial Temis. Colombia. 2008.
- 8.- PLACIDO V., Alex F. Derecho de Familia. Gaceta Jurídica. Segunda Edición. 2002.
- 9.- PLACIDO V., Alex F. Filiación y Patria Potestad. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2001.
- 10.- PLACIDO V., Alex F. Quinto Módulo del Programa de Ascenso para magistrados. Derecho de Familia. Academia de la Magistratura. 2009.
- 11.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil comentado, T. II. Derecho de Familia, Iera. Parte. Gaceta Jurídica.
- 12.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Código Civil comentado. Tomo II. Gaceta Jurídica.
- 13.- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. El Proceso de Filiación Extramatrimonial. Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2006.
- 14.- VEGA MERE, Yuri. Las Nuevas Fronteras del Derecho de Familia. Motivensa Editora Jurídica. Tercera Edición. 2009.