



# La afectación del Principio del Interés Superior del Niño a partir de la presunción *pater is est*

## The effect of the principle of the best interests of the child based on the presumption *pater is est*

Karen Rivera\*

### Resumen:

El presente artículo busca demostrar que la Presunción *pater is est* afecta parcial y negativamente al Principio del Interés Superior del Niño a partir de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA. De esta forma, se busca analizar los derechos que engloban este principio y, con ello, proponer como solución las modificaciones que regulan a la referida presunción, sin necesidad de plantear una derogación de la misma.

### Abstract:

This article seeks to demonstrate that the presumption *pater is est* partially and negatively affects the principle of the best interest of the child as of the Cassation No. 2726-2012-DEL SANTA. In this way, it seeks to analyze the rights that encompass this principle and, with it, propose as a solution the modifications that regulate the mentioned presumption, without needing to propose a derogation from it.

### Palabras claves:

Presunción *Pater is est* – Principio del Interés Superior del Niño – Identidad – Filiación – Nombre – Personalidad – Casación.

### Keywords:

Presumption *Pater is est* – the principle of the best interest of the child – Identity – Affiliation – Name – Personality – Cassation.

### Sumario:

1. Introducción – 2. El Principio del Interés Superior del Niño y la presunción *pater is est* – 3. La presunción *pater is est* a partir de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA – 4. Conclusiones – 5. Bibliografía

\* Alumna de último ciclo de la Facultad de Derecho de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. Introducción

*“La noción del interés superior del niño o niña significa (...) que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quienes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad. (...) dicha prioridad no es producto de la bondad de la sociedad adulta o de los sistemas de gobierno, sino que constituye un elemento básico para la preservación y mejoramiento de la raza humana”<sup>1</sup>.*

En efecto, el Principio Interés Superior del Niño es uno de los temas más planteados en nuestro ordenamiento y en todo el mundo. Esto se debe a que es un mandato regulado por normas cuyo fin es el respeto y atención a cada etapa de la vida del niño a partir de la búsqueda de su bienestar, su ejercicio y no restricción de sus derechos, por lo que, debe ser considerado por todos, en especial en los momentos en que se deba tomar una decisión respecto al niño<sup>2</sup>.

Es entonces que el tema es atractivo ya que, teniendo en cuenta que este principio se encuentra regulado tanto en tratados internacionales como en la legislación peruana, resulta interesante encontrar a la presunción *pater is est*, presunción de la paternidad, reglamentada en nuestro Código Civil que, siendo creada para la protección del niño, puede llegar a perjudicarlo.

Es en este sentido es importante investigar las razones de su creación y la del principio para entender la lógica del asunto, abarcar lo que implica y, con ello, proponer una solución a esta contradicción, con el fin de abrir a debate y repensar la problemática presentada pues, como bien es sabido los derechos del niño no siempre fueron respaldados en el mundo y mucho menos, en nuestra regulación.

Esto quiere decir que el reconocimiento de estos ha sido gradual desde una primera etapa en la que fueron ignoradas, por lo que solo se protegían jurídicamente las facultades de los padres. No obstante, más adelante aparecerá una preocupación por los niños, por lo que los intereses de estos pasan a ser parte de asuntos públicos. En América latina, esto se ve reflejado con el derecho a la familia. Sin embargo, estas normas menores no fueron lo suficientemente eficaces para la plena protección pues permitía una arbitrariedad privada y un abuso público debido a la indiferencia de los órganos del estado. En este sentido, con la aparición del Principio de Interés superior del niño, se pudo garantizar de forma más efectiva una plena protección de estos<sup>3</sup>.

En esta misma vía, la presunción *pater is est* tuvo el mismo fin: una plena protección y no abandono del niño. El artículo 404 del Código Civil menciona que “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. Así mismo, el artículo 396 del Código Civil dice: “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable”. En resumen, cuando un niño nace dentro de un matrimonio se presume que este es hijo del esposo (presunción de paternidad) y, en este caso, solo podrá ser reconocido después que el último mencionado lo hubiese negado.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, puede que este mecanismo implementado no sea plenamente eficaz para el cuidado del niño. Esto se ve cuestionado en la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA. Este caso presenta la situación en la que el padre biológico de una menor de edad interpuso una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad contra la madre y el padre legal de la hija menor ya que esta nació dentro del matrimonio por lo cual la filiación está en función de la presunción de hijo matrimonial. En primera instancia se declaró fundada la demanda, sin embargo, la segunda la declaró improcedente debido a que, a partir de la presunción mencionada, el padre biológico de la menor no tiene potestad para postular un proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad. En este sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte suprema optó por declarar nulo el auto de vista, por lo que se inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil, aludiendo al Principio de interés superior del niño y al artículo 2 inciso 1 de la Constitución respecto a la identidad personal.

Ante esta situación, el siguiente artículo tuvo como pregunta central ¿los artículos 396 y 404 del Código Civil, relativos a la presunción *pater is est*, afecta negativamente al Principio de interés superior del niño a partir del análisis de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA?

1 Derechos de la Infancia. <<El Principio del Interés Superior de la Niñez>>. Acceso el 09 de Noviembre de 2017 <[http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv\\_3.htm](http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm)>

2 MIMDES. <<El Principio del Interés Superior del Niño y los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes>>. Acceso el 09 de noviembre de 2017 <<http://www.concort.gov.pe/file/participacion/eventos/2010/10-congreso-ninos/presentaciones/06-10-10-maria-carmen-santiago.pdf>>

3 Miguel Cillero. *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño*. Acceso el 23 de Junio de 2017. <[http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)>

Por ello, preguntas como: ¿qué es el Principio de interés superior?, ¿en qué medida se ve afectado este principio a partir de los artículos 396 y 404 del Código Civil, que hacen alusión a la presunción *pater is est*?, ¿Existe otro medio para solucionar esta problemática? Fueron materia en este artículo.

Es por tal motivo que el objetivo principal de este trabajo de investigación fue demostrar que la presunción *pater is est* afecta parcial y negativamente al principio de interés superior del niño a partir de un análisis de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA.

De esta forma, se analizaron los derechos que incluyen al principio de interés superior del niño con el fin de esclarecer el tema y la razón de la creación de la presunción *pater is est*. Además, se descubrió que existe una afectación al principio de interés superior del niño a partir de la presunción *pater is est*.

Y, por último, se propuso como solución las modificaciones respectivas a los artículos 396 y 404 del Código Civil, que regulan la presunción *pater is est*, sin la necesidad de plantear una derogación a esa norma.

## 2. El Principio del Interés Superior del Niño y la presunción *pater is est*

Tanto el Principio del Interés Superior del Niño como la presunción *pater is est* se encuentran regulados en diversas normativas por todo el mundo, ya sea en tratados internacionales como en las legislaciones nacionales. No obstante, las definiciones acerca de estas no se encuentran del todo esclarecidas, dando cabida a arbitrariedades.

Es por ello que, para este acápite, se enfocará en desarrollar los conceptos del Principio del Interés Superior del Niño y de la presunción *pater is est*. Así mismo, se explicará con mayor precisión algunos de los derechos relevantes para la monografía que se proseguirá a desarrollar.

### 2.1 Marco Conceptual

#### 2.1.1 Definición del Principio del Interés Superior del Niño

La Convención Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, menciona lo siguiente:

*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos o deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

Lo expuesto lleva a pensar que el Principio del Interés Superior del Niño debe ser de gran relevancia ante la sociedad y en especial cuando se deban tomar decisiones importantes respecto a estos y que su aplicación abarca todos los derechos que el niño pueda poseer. No obstante, ante este artículo, Diego Freedman hace ciertas precisiones:

*En primer lugar, es un principio jurídico garantista que establece el deber estatal de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al "núcleo duro" frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual, implica un deber de privilegio de los derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales.*

*En segundo lugar, su función es resolver los conflictos entre derechos de los niños privilegiando los pertenecientes al "núcleo duro" de derechos. De este modo, se garantiza la reducción de los márgenes de discrecionalidad de los órganos estatales para restringir los derechos de los niños debiendo esgrimir como fundamento la protección de un derecho perteneciente al "núcleo duro" de la Convención<sup>4</sup>.*

Lo que trata de decir el autor es que efectivamente, todos deben velar por la protección y bienestar de los niños. Sin embargo, la aplicación de este principio debe privilegiar a ciertos derechos en el sentido de que se den a determinados derechos frente a situaciones conflictivas en las que debe contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos.

4 Diego Freedman. *Funciones normativas del interés superior del niño*. En: Jura Gentium, Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global. Acceso el 09 de noviembre de 2017 <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm> >

En esta misma vía, Miguel Cillero entiende por Principio del Interés Superior del Niño como:

*Una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente<sup>5</sup>.*

En otras palabras, es un principio garante que obliga a las autoridades competentes a asegurar la efectividad de los derechos que abarca y que tal es su importancia que debe tenerse siempre presente a la hora de emitir una decisión y que esta no vulnere ni restrinja derecho alguno.

Así mismo, es necesario tener en cuenta lo estipulado por el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescente:

*En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto de sus derechos.*

Esto significa que el Estado se regirá y protegerá plenamente, en función del Principio del Interés Superior del niño, todos los derechos que se encuentren en conflicto y el niño posee, con el fin de promover el bienestar para la vida de estos.

Con todo esto se concluye que el principio de interés superior del niño tiene como fin la protección de los derechos del niño, es decir, tanto el derecho a la identidad, filiación como el derecho al nombre y personalidad, que serán relevantes para el desarrollo de este trabajo, son resguardados por este principio, por lo que, ir en contra de ellos significaría ir en contra del interés superior del niño y, por lo tanto, ir en contra de su bienestar.

#### 2.1.2 Definición de la presunción *pater is est*

La presunción *pater is est* puede ser encontrada en nuestro Código Civil a partir del artículo 404 que menciona que "si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo se puede admitirse la acción en caso de que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable". Así mismo, el artículo 396 del Código Civil dice que "el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable".

Todo lo mencionado quiere decir que, cuando un niño nace dentro de un matrimonio se presume que este es hijo del esposo (presunción de paternidad) y, en este caso, solo podrá ser reconocido después que el último mencionado lo hubiese negado.

Siguiendo lo estipulado por Hernán Corral se pueden identificar distintos caracteres: esta presunción es de carácter legal que admite prueba en contrario, pero esta debe ofrecerse dentro de los límites impuestos por la ley. Así mismo, opera por el simple ministerio de la ley, aun antes de su recepción en el Registro Civil<sup>6</sup>.

El fundamento que podemos encontrar en esta es que satisface una necesidad social ya que desde que el niño nace, puede contar con un padre y esto implica una protección por parte de este. En este sentido, Rocío Vargas menciona que la presunción tiene el fin de proteger al niño y a su propia identidad antes que a la protección de la familia<sup>7</sup>. Siguiendo esta vía, dice que:

*"El niño adquiere un papel central como sujeto de protección de la presunción *pater is est*. En efecto, el derecho a la identidad del hijo se encuentra garantizado mediante la aplicación de dicha presunción. El hijo de la mujer casada tendrá un vínculo paterno filial ya establecido por la ley y en consecuencia, el nombre y el contenido de la identidad que se deriva del título de estado adquirido resultan garantizados<sup>8</sup>.*

5 Miguel Cillero. *El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño*. Acceso el 23 de Junio de 2017. <[http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)>

6 Hernán Corral. *La filiación matrimonial. Actualidad Jurídica*. Acceso el 7 de setiembre de 2017 <<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>>

7 Rocío del Pilar Vargas. *Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est**. Lima: UNSM. Pp. 153. Acceso el 03 de setiembre de 2017 <[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas\\_mr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf)>

8 Vargas, Rocío del Pilar.... pp. 156

Por lo tanto, para materia de este trabajo, entenderemos a la presunción *pater is est* como "(...) una regla que establece legalmente quién es el padre cuando se cumplen ciertos requisitos"<sup>9</sup>, es decir, es aquello que implícitamente crea una relación paterno-filial que permite, principalmente, el bienestar y la protección de la identidad del niño.

## 2.2 Análisis de los derechos del niño a partir del Principio de Interés Superior del Niño

### 2.2.1 Identidad

El artículo 2 inciso 1 de la Constitución menciona que toda persona tiene derecho "a la vida, a su identidad, a su integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar". Sin embargo, a partir de lo expuesto, ¿qué significa tener derecho a la identidad?

Desde un punto de vista psicológico, la identidad constituye "(...) un sistema de símbolos y de valores que permiten afrontar diferentes situaciones cotidianas. Opera como un filtro que ayuda a decodificarlas, a comprenderlas para que después funcione"<sup>10</sup>.

Otro punto de vista señala que es un "derecho humano que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quién y qué es una persona. Se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad"<sup>11</sup>.

Por su lado, el Código del Niño y Adolescente menciona que este incluye "el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad".

En este sentido, el derecho a la identidad lo tiene toda persona al nacer y este incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Esta es la prueba de la existencia del individuo como parte de una sociedad que lo caracteriza y lo diferencia de los demás<sup>12</sup>. Es por ello que este derecho es muy importante pues es un requisito crucial para el ejercicio de otros derechos, así como también para que el Estado pueda proveer servicios importantes como programas sociales, de salud, etcétera<sup>13</sup>.

Por lo tanto, para este presente artículo, entenderemos por identidad al "conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad (...) es el complejo de datos biológicos, psíquicos y existenciales que, pese a que todos los seres humanos sean iguales, determina la 'mismidad', el ser 'uno mismo'<sup>14</sup>, es decir, un derecho que permite el ejercicio de otros, a partir de un conglomerado de singularidades, ya sea biológicos o psicológicos, que permite diferenciar al individuo de los demás presentes en la sociedad.

### 2.2.2 Filiación

Para Enrique Varsi, la determinación de la paternidad consiste en el establecimiento jurídico de la filiación cuyo fundamento natural sería la procreación<sup>15</sup>. Es entonces que, la determinación de la filiación es la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. En este sentido, existen dos clases de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial. El primero se caracteriza a partir de la unión de matrimonio entre los progenitores y, en el segundo, el padre se caracteriza por no tener un estado legal vinculante con respecto al descendiente, es decir, no existe acto jurídico matrimonial, por lo que, para establecerla, se debe reconocer al menor o se debe dar una declaración judicial<sup>16</sup>.

Así mismo, Jaime Sanz-Díez menciona que la filiación es "la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores. Inicialmente es un puro hecho biológico que basa pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra. El derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos"<sup>17</sup>. Este menciona los efectos básicos

9 Vargas, Rocío del Pilar. ... pp. 145

10 Dossier Para Una Educación Intercultural. *El concepto de Identidad*. Acceso el 22 de Junio de 2017 <<http://www.fuhem.es/ecosocial/dossier-intercultural/contenido/9%20EL%20CONCEPTO%20DE%20IDENTIDAD.pdf>>

11 UNFPA. *Derecho a la Identidad*. Acceso el 23 de Junio de 2017. <<http://www.unfpa.org.pe/enlaces/ECHO/1%20materiales%20impresos%20educativos/CARTILLA%20DE%20DERECHO%20A%20LA%20IDENTIDAD.pdf>>

12 HUMANIUM. *Derecho a una identidad*. Acceso el 05 de octubre de 2017 <<http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>>

13 Defensoría Del Pueblo. *Identidad*. Acceso el 05 de octubre de 2017. <<http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=9>>

14 Carlos Fernández Sessarego. *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho*. Editorial ASTEREA. Pag 7-9.

15 Enrique Varsi. *El Proceso filiación extramatrimonial*. Gaceta Jurídical. Pag 325

16 Enrique Varsi. *La filiación: cambios normativos y reciente desarrollo jurisprudencial*. Gaceta Civil & procesal civil. Pag. 13-64

17 Jaime Sanz-Díez. *La filiación*. Acceso el 23 de Junio de 2017

de la filiación: El derecho a los apellidos, en relación con el tema de identidad; la patria potestad, en caso de que el hijo sea menor de edad o incapacitado; el derecho a los alimentos, que obliga al padre o la madre a velar por los hijos menores y prestar alimentos, y los derechos sucesorios, respecto al tema de herencia<sup>18</sup>.

En esta misma vía, teniendo en cuenta lo expuesto por Rocío Vargas, la filiación se basa fundamentalmente pero no exclusivamente a un hecho natural. Menciona que este es un estado, pues frente al orden jurídico, el hecho natural de la procreación representa un “estado”, que genera una posición frente al orden jurídico y que, así mismo, genera una serie de derechos y obligaciones entre el procreado y procreante. Finalmente, dice que la filiación supone siempre una investidura legal ya que es el derecho el que determina el tipo de filiación, presunciones y presupuestos que sustentan cada tipo de filiación<sup>19</sup>.

Siguiendo con esta idea de “estado”, Enrique Varsi menciona que la filiación implica un triple estado: el estado jurídico, el cual se encuentra asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; estado social, el cual se encuentra relacionado respecto de una a otras personas y el estado civil, el cual implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y la sociedad. En tanto esta triplicidad se encuentre en armonía, la filiación en concordancia con el derecho a la identidad, tendrían como consecuencia un “estado de familia” efectivo<sup>20</sup>.

Es muy importante recalcar que, uno de los fines de la determinación de filiación es, como menciona Jaime Sanz-Diez, es el predominio de la verdad biológica. En este sentido, se busca una verdad material que permite a la persona definirse e individualizarse, en aras de evitar conflictos como paz familiar<sup>21</sup>.

Por lo tanto, entenderemos por filiación como una relación existente entre dos personas donde una es descendiente de la otra, ser por un hecho natural o por un acto jurídico, que genera efectos a partir de esta.

### 2.2.3 Nombre

El artículo 19 del Código Civil menciona que toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre y que este incluye los apellidos. Esto quiere decir que al nacer, con el fin de una identificación e individualización, debe tener un nombre que se hace efectiva a través de la inscripción del nacimiento en la Oficina de Registro de Estado Civil, y, con ello, poder ser reconocido como un ciudadano lo cual también permite la posibilidad de ser protegido por el Estado y el de ejercer otros derechos. Así mismo, el Tribunal Constitucional refuerza esta idea mencionando que:

*El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás (...) permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona en una familia. Mediante el nombre se hace posible el ejercicio de derechos tales como la ciudadanía, la educación, la seguridad social, el trabajo y la obtención de una partida de nacimiento, entre otros<sup>22</sup>.*

Esto quiere decir que el nombre es una forma de identificación y que esta es indispensable para la persona ya que nos permite la pertenencia hacia un grupo social y la tutela de los diversos derechos que se poseen por parte del Estado.

De la misma manera, el artículo 7 de la Convención Sobre los Derechos del niño afirma lo mencionado diciendo que “el niño [debe ser] 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.”

No respetar este derecho no solo implica no ser considerado en la planificación del desarrollo social que no permitan tomar las decisiones políticas y presupuestarias, sino también que no se tenga la posibilidad de saber quién es uno realmente y de donde proviene, que lo marcará por siempre en el camino que le tocará transitar en la vida<sup>23</sup>.

En conclusión, debemos entender por este como un derecho que permite la individualización e identificación de la persona en el mundo, es decir, contribuye a la identidad al facultar la posibilidad de saber de dónde proviene uno, y dando la posibilidad de proteger los derechos que el individuo posee

<[http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20I%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20I%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)>

18 Sanz-Diez, Jaime. La filiación...

19 Rocío del Pilar Vargas... Pp. 153.

20 Enrique Varsi. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley. Pag. 89

21 Jaime Sanz-Diez. La filiación...

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC. Acceso el 04 de octubre de 2017.

23 UNICEF. Derecho al nombre. Acceso el 04 de octubre de 2017.

<<http://www.unicef.org/peru/spanish/protection.html>>

por parte del Estado, por lo que, vulnerar este derecho sería poner un obstáculo para el libre desarrollo de la vida de la persona.

#### 2.2.4 Personalidad

Según Patricia Ramos:

*Los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales, de la persona, objetivas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos. Por esta razón se considera que la expresión 'derechos de la personalidad' abarca todos y cada uno de los derechos que garantizan al ser humano el acatamiento y efectividad de su personalidad física y moral<sup>24</sup>.*

Según la autora, el derecho a la personalidad es una expresión de la persona en materia física, psíquica o mental. Y es en función de esta que el ordenamiento busca la debida protección para el libre desarrollo de este derecho.

En palabras de Fernández Sessarego:

*Cada ser humano, en este sentido y en cuanto ser libre, tiene una cierta "personalidad" que lo identifica y, por consiguiente, lo distingue de los demás. Se trata, precisamente, de la identidad personal que la otorga tanto el peculiar código genético como la personalidad que cada ser constituye a través de su vida en tanto ser libre y coexistencial (...) La personalidad, es la expresión dinámica, cambiante, de la persona, de cada ser humano. La personalidad se forja, sobre una base genética, mediante el inexorable ejercicio de la libertad ontológica del ser humano<sup>25</sup>.*

Por lo tanto, la personalidad "se concibe como la confluencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza del hombre, entre los que se encuentra el ser posible titular de derechos y obligaciones civiles"<sup>26</sup>.

Por lo que podemos entender que "(...) son derechos subjetivos absolutos privados extra-patrimoniales que posee toda persona por ser tal y que garantizan la tutela y protección de los bienes jurídicos inmersos en el ser humano como ser la vida, la integridad física, el nombre, el domicilio, la correspondencia, etc."<sup>27</sup>

En conclusión, los derechos a la personalidad deben ser entendidos como derechos subjetivos que se dirigen a proteger la integridad personal de la persona tanto en lo físico, referente a la vida y a la integridad física, como en la espiritual, respecto al honor, intimidad, imagen e identidad.

Se debe hacer una aclaración al tema: No es igual hablar de personalidad respecto a los "atributos de la personalidad" pues estos definen a la persona como sujeto de derecho, que quiere decir que está sujeta tanto a derechos como a deberes, lo que haría alusión al concepto de "persona"<sup>28</sup>.

En este capítulo, se han analizado todos los conceptos pertinentes para el desarrollo de este trabajo. En este sentido, entenderemos por el Principio de Interés Superior del Niño como aquello que permite la protección plena de sus derechos en función de su bienestar. Así mismo, se definió a la presunción *pater is est* como un medio, especificado por el ordenamiento, que otorga una relación paterno-filial con el fin de brindar una plena seguridad del niño. Además, para razones de esta monografía, se dio un análisis específicamente a los derechos de identidad, filiación, nombre y personalidad, que son presupuestos para la existencia de una verdadera protección al sujeto puesto en cuestión.

En relación a los conceptos analizados con anterioridad, a continuación se proseguirá con el estudio de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA y con ello, proponer algunas soluciones basadas en modificaciones que se pueden dar a los artículos 396 y 404 del Código Civil.

### 3. La presunción *pater is est* a partir de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA

#### 3.1 Presentación del caso

Este caso presenta la situación en la que el padre biológico de una menor de edad, Nolberto Hugo Roca Maza, interpuso una demanda solicitando como pretensión principal la impugnación de reconocimiento

24 Patricia Ramos. *Derecho de la personalidad*. Bogota. Pag. 285

25 Ramos, Patricia. *Derecho de la personalidad*...

26 Grisel Galiano. *Reflexiones Conceptuales Sobre Las Categorías: Persona, Personalidad, Capacidad Y Sujeto De Derecho*. Derecho y Cambio Social. Acceso el 22 de Junio de 2017. <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/persona\\_personalidad.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/persona_personalidad.pdf)>

27 Alexander Rioja. ¿Qué son los derechos de la personalidad? PUCP. Acceso el 04 de octubre de 2017. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/165140/que-son-los-derechos-de-la-personalidad>>

28 Patricia Ramos. *Derecho de la personalidad*... Pag. 285

de paternidad contra la madre legal, Eva Elvira Cárdenas Rosales, y el padre legal, Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, de la hija menor ya que esta nació dentro del matrimonio por lo cual la filiación está en función de la presunción de hijo matrimonial. Como pretensiones accesorias se dispuso que se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero a favor de la menor y 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.

El demandado, Teodoro Arturo Guerrero, contesta la demanda señalando que el 22 de enero de 1994 contrajo matrimonio civil con la demanda Eva Elvira Cárdenas cuyo fruto de su unión conyugal nació la menor hija, el 20 de agosto de 1999 y que, dentro del plazo legal, se hizo el reconocimiento. Se sostuvo que su hija nació durante el matrimonio y que vivieron en familia hasta el 2003, año en el que los demandantes decidieron iniciar un proceso de separación convencional y divorcio ulterior, cuyo acuerdo se dio en función de la tenencia, alimento y régimen de visitas.

Así mismo, se menciona que el demandante salía a pasear con la niña los fines de semana, la llevaba a la casa donde habitaba con sus padres y hermanos y se hacía cargo de ella incluso cuando enfermaba. En ese sentido, este concluía que la niña fue reconocida dentro de la unión conyugal y nunca se negó la paternidad del mismo. Sin embargo, en primera instancia, el 20 de diciembre de 2009, el Juzgado Mixto de Huarmey declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad y en consecuencia, declara inaplicable para el proceso los artículos 396 y 404 del Código Civil teniendo en cuenta el artículo 2 inciso 1 de la Constitución.

Por consiguiente declara la paternidad a Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la niña y se ordena a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior.

En segunda instancia, el demandado interpuso un recurso de apelación por lo que la Segunda Sala de la Corte Civil de Justicia Del Santa, revoca la sentencia apelada y reformándola la declara improcedente ya que se tiene en cuenta que la niña es hija nacida dentro del matrimonio por lo que no sería aplicable el artículo 386 del Código Civil, hijo extramatrimonial.

Así mismo, el cónyuge de la madre, en este caso el demandado, no impugnó su paternidad y que se entiende por tanto que este ha manifestado su voluntad al no hacerlo por lo que tampoco concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil respecto a la titularidad de acción de negación.

Contra esta, se interpuso un recurso de casación por el demandante cuya consecuencia fue que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema la declara fundada y, por consiguiente, se ordenó que el Colegiado Superior expida una nueva resolución, aludiendo a que este debe emitir un pronunciamiento en relación al control difuso teniendo en cuenta el inciso I del artículo 2 de la Constitución, que hace referencia a la identidad, y los derechos conexos a esta, y que se debe tener en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño.

Ante esto, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió un nuevo pronunciamiento y la declara improcedente debido a que quien postula la demanda no es la niña, quien por medio de un representante legal podría invocar su derecho a la identidad sino el presunto padre biológico.

Así mismo, se consideró que los artículos 397 y 404 del Código Civil no estaban afectando, limitando ni vulnerando algún derecho de la niña, por lo que se concluye que el demandante no tiene interés para obrar respecto a la impugnación de reconocimiento de paternidad.

Finalmente, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Hugo Roca Maza, casaron la resolución impugnada y, en consecuencia, declararon nula la resolución de vista expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa. Se confirmó la resolución apelada que declaraba fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad. Esto es debido ya que se tuvo en cuenta que los padres biológicos y la niña hacen vida familiar, además que el informe psicológico hecho a la niña muestra que esta se identifica con la familia mencionada anteriormente, lo que afirma su filiación. Por tanto, por medio de un control difuso, se inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil, aludiendo al Principio de interés superior del niño y al artículo 2 inciso 1 de la Constitución respecto a la identidad personal.

### 3.2 Análisis del caso

Para el análisis de este caso es necesario ir paso a paso por las fases que esta sentencia ha tomado. Se menciona que se hace una demanda solicitando una impugnación de reconocimiento de paternidad contra los padres legales, cuya alusión del demandante es que es el padre biológico siendo respaldado por una muestra de ADN que mostraba la filiación existente con la niña.

Como vimos en el avance anterior, la filiación se da a partir de una relación entre dos personas en la que una es descendiente de otra y esta relación se da por un hecho natural o por un acto jurídico. En este caso, Nolberto Hugo Roca como Elvira Cárdenas tendrían una filiación natural con la niña, mientras que Teodoro Arturo Guerrero tendría una filiación legal, a partir del artículo 404 del Código Civil, que lo desarrollaremos a continuación.

Por tanto, es necesario para el desarrollo de este análisis, tener en cuenta ciertas disposiciones mencionados en el Código Civil:

El artículo 404 menciona “si la madre estaba casada en la época de la concepción, solo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable”. Además, el artículo 396 dice que “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido una sentencia favorable”.

En resumen, cuando un niño nace dentro de un matrimonio se presume que este es hijo del cónyuge (presunción de paternidad) y, en este caso, solo podrá ser reconocido después que el último mencionado lo hubiese negado. En este sentido, se podría creer que la sentencia emitida por la Corte Suprema es inconstitucional ya que se inaplicaron los artículos antes mencionados. No obstante, es necesario tener en cuenta ciertas precisiones:

En teoría, lo pedido por el demandante no podría ser acatado, como lo reflejo la Corte Superior, debido a que lo que se pide es una inaplicación de los artículos expuestos anteriormente ya que lo que menciona el caso es que la niña nació dentro del matrimonio y no hubo una voluntad de renuncia por parte del demandado.

Así mismo, en el caso se hace una mención respecto a la legitimidad para obrar. Esto quiere decir que la ley autoriza al sujeto, ya sea en posición de demandado o demandante, a formular una pretensión determinada o a contradecirla o a ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistentes un interés en su resultado<sup>29</sup>.

Es por ello que se menciona que el demandante no tiene legitimidad para obrar activa pues, según la Corte Superior, debería ser la niña la que, por medio de un representante legal, reclame su derecho a la identidad, siendo este un presunto padre biológico y no teniendo potestad para alegarla.

Ante esto, la Corte Suprema menciona al control difuso, definido como “(...) una facultad constitucional concedida a los órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y ésta sobre cualquier otra norma de rango inferior”<sup>30</sup>.

De igual forma, el artículo 51 de la Constitución dice que esta “(...) prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

En esta misma vía, el artículo 138 alude a la supremacía constitucional por lo que explica que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior”.

En este sentido, es relevante mencionar a la pirámide de Kelsen, que alude a la jerarquización de las normas, en la que la Constitución prima frente a todas las existentes, por lo cual, cualquier norma que vaya en contra de ella sería inconstitucional. Por lo tanto, aplicar los artículos 396 y 404, sería ir en contra de lo expuesto por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución pues la aplicación de las primeras no permitirían el libre desarrollo de la identidad y, por tanto, tampoco de la personalidad.

Se afirma esto pues, la identidad, como se ha mencionado anteriormente, es entendido como “(...) el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es; es decir, el derecho a ser individualizado según los determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo, como nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, y demás”<sup>31</sup>, por lo que, a partir de un criterio de filiación, se puede saber quién es el padre del menor, en el sentido de que permite la individualización de la persona.

29 Alexander Rioja. Legitimidad para obrar. Blog PUCP. Ver en:

<<http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>> Fecha de Consulta: 19 de octubre de 2017.

30 Christian Tantaléan. El control difuso como método de control constitucional. Derecho & Cambio Social. Ver en: <<http://www.derechocambiosocial.com/revista004/control.htm>> Fecha de Consulta: 19 de Octubre de 2017.

31 Tribunal Constitucional. Expediente N° 02273-2005-PH/TC. Consulta: 19 de octubre de 2017.

Se debe tener en cuenta que las interpretaciones de los casos no se pueden dar en función de un mero imperio de la ley, es decir, aplicar de forma literal las normas sin tener en cuenta la complejidad de la situación. En consecuencia, considero que lo emitido por la Corte Suprema fue lo más favorable, dada su interpretación y la importancia que llegó a darle a la niña.

Siguiendo estas líneas, es importante recalcar que en esta sentencia siempre se tuvo presente el principio del interés superior del niño ya que se toma en cuenta lo estipulado en el artículo 3 por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que menciona lo siguiente:

*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

Esto quiere decir que toda solución expedida, como es en este caso, debe darse en función del bienestar pleno del niño y el Estado debe asegurar esto tomando las medidas necesarias para el cumplimiento. Por lo que nos lleva a pensar, ¿es realmente la presunción de paternidad el medio necesario para proteger la tranquilidad y felicidad del niño respecto a la identidad de este?

Esto lleva a pensar que si bien la presunción *pater is est*, como se mencionó anteriormente, tiene el fin de que cuando el menor nazca exista una plena protección. No obstante, teniendo en cuenta todo lo expuesto, también vulnera el derecho a la identidad, y con esto, el derecho a la filiación, nombre y personalidad e inaplicar los artículos 404 y 396 en casos específicos puede que no llegue a ser lo más justo, dando cabida a gran cantidad de abusos.

Esta presunción podría ser perjudicial para el menor si es que el supuesto padre legal no le da las comodidades necesarias por no tener una filiación biológica, lo que llevaría a maltratos y, por consiguiente, vulneraría el Principio de interés superior del niño, al no tener como principal al menor.

Es por ello, que para la resolución de esta contradicción, es necesario hacer una modificación pertinente a los artículos expuestos como un medio de solución y respeto en función al Principio de Interés Superior del Niño.

### **3.3 Modificación a los artículos 396 y 404 del Código Civil peruano**

Solo para hacer un breve recuento, el artículo 396, como se mencionó anteriormente, alude al hecho de que el padre es el único que puede negar la paternidad y, solo en ese momento, el padre biológico podría alegar esta.

Así mismo, el artículo 404 hace alusión directamente a la presunción patrimonial, en el que se deduce que el cónyuge es el padre del menor nacido dentro del matrimonio.

Teniendo en cuenta lo mencionado, considero que las medidas empleadas son injustas y, en vez de velar por el bienestar del niño, permiten gran desprotección, vulnerando el Principio de interés superior del niño y con ello, los derechos que este protege.

En este sentido, es de gran importancia exponer las modificaciones propuestas por Rocío Vargas. Atendiendo al artículo 396 propone lo siguiente:

*El hijo de una mujer casada puede ser reconocido como extramatrimonial, después de que se haya impugnado la paternidad matrimonial y se haya obtenido sentencia favorable*

*Puede accionarse de manera conjunta la acción de impugnación de paternidad matrimonial y la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal acción se lleva a cabo por el hijo o por la madre del mismo. La acción iniciada por el presunto padre biológico tendrá como consecuencia la impugnación de la paternidad matrimonial y el reconocimiento de filiación extramatrimonial<sup>32</sup>.*

32 Rocío del Pilar Vargas. Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est*. Lima: UNSM. Pp. 230. Ver en: <[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas\\_mr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf)> Fecha de consulta: 03 de setiembre de 2017.

Esto lo hace con el fin de “facilitar el acceso a la identidad basada en la verdad biológica, no solo para desvirtuar la paternidad del marido de la madre, sino fundamentalmente para garantizar el derecho a la identidad del hijo”<sup>33</sup>. Así mismo, la autora menciona que, en tanto la esfera de derechos del hijo de mujer casada es la que se encuentra directamente afectada por tal presunción, resulta coherente que sea la madre como el hijo, los que tengan la posibilidad de refutarla. Todo esto tiene razón de ser cuando la presunción no corresponde a la realidad<sup>34</sup>.

En efecto, dar la oportunidad de un reconocimiento después de la impugnación permite cumplir con el objetivo del Principio de interés superior del niño que es velar por la seguridad y bienestar de este a partir de la protección de sus derechos como sería en este caso la de la identidad y personalidad. Además, se podría proponer que, para la aplicación de este artículo modificado, se de a pedido del juez pertinente pues, sería desproporcional respecto a la otra parte en caso de que no existiera duda alguna. Se debe dar en función del caso en concreto.

Respecto al artículo 404, la autora propone la derogación, agregando que las propuestas a los artículos 402<sup>35</sup> y 363<sup>36</sup> son más que suficientes<sup>37</sup>. No obstante, se considera que aquellas modificaciones no son necesarias.

Esto se dice ya que si bien se piensa que la presunción *pater is est* puede llegar a ser perjudicial, no se debe olvidar el fin por el que se creó esta regla: el bienestar del niño a partir de la protección que el padre puede proveer.

En este sentido, se propone que en el artículo 404 se tenga como requisito el análisis de ADN para corroborar la paternidad, es decir, que el reconocimiento no se encuentre solo en función del acto matrimonial existente entre ambos cónyuges sino que el padre biológico, a partir de las pruebas respectivas, pueda cerciorarse de su paternidad y, caso contrario, razón para su impugnación de considerarlo pertinente.

La prueba de ADN sería entonces uno de los supuestos para el reconocimiento del niño. El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses mencionan que “un caso de paternidad es aquel en el que una persona, ya sea hombre o mujer, se le imputa la filiación como progenitor”<sup>38</sup>.

Un problema evidente ante esta modificación podría ser el costo de las pruebas como también el financiamiento por parte del Estado. Sin embargo, es importante que este siempre tenga presente el fin de su existencia, recurriendo al artículo 1 de la Constitución cuya mención hace referencia a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Para respaldar lo mencionado, el artículo 4 del la Constitución dice que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protege a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

Por consiguiente, el Estado se encuentra en la obligación de velar plenamente por la seguridad del niño, que implica así mismo el respeto al Interés Superior del Niño. Esto conlleva a una mayor participación por parte del Estado y el promover la creación de un nuevo programa social que vele por la seguridad y pleno respecto a los derechos de los niños como también un programa que permita un financiamiento que ayuden al desenvolvimiento de la materia desarrollada. Inclusive, es de gran importancia que este programa genere oportunidades con el fin de obtención de ingresos para los padres que no tengan los recursos económicos para las pruebas de ADN.

Otro problema que podría ser percibido se encuentra relacionado con los apellidos del niño. Como es de conocimiento, al nacer, el niño o niña debe contar con una identidad, por lo cual debe hacerse en el plano administrativo a través de la RENIEC. En este sentido, de encontrarse en el proceso, ¿qué apellidos tendría el

33 Ibidem.

34 Rocío del Pilar Vargas. Derecho a la identidad... Pp. 177

35 Artículo 402: “La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Ante la negativa de someterse a alguna de las pruebas luego de haber sido debidamente notificado bajo apercibimiento por segunda vez, el juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.”

36 Artículo 363: “La prueba de ADN u otras de igual o mayor certeza científica se constituyen como medios probatorios para desvirtuar la presunción de paternidad.”

37 Rocío del Pilar Vargas. Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est*. Lima: UNSM. Pp. 230. Ver en: < [http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas\\_mr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf)> Fecha de consulta: 03 de setiembre de 2014.

38 Instituto de medicina legal y ciencias forenses. La prueba de ADN. Ver en:

< [http://www.mpfm.gob.pe/iml/bio\\_molecular.php](http://www.mpfm.gob.pe/iml/bio_molecular.php)> Fecha de Consulta: 19 de octubre de 2017

niño en la duración de la misma? Frente a ello, la modificación que se propone se encuentra íntimamente relacionada con la sentencia, es decir, en tanto aún no exista sentencia favorable el niño mantendría los apellidos que se encuentran inscritos en la RENIEC.

De acuerdo a las medidas expuestas en este artículo, se considera que estas son idóneas, necesarias y razonables de acuerdo al Test de Proporcionalidad:

Se entenderá por principio de idoneidad como el análisis de *“la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional”*<sup>39</sup>.

*Debe entenderse por principio de necesidad como el análisis de la existencia de “medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad a aquellos utilizados para alcanzar el fin constitucionalmente válido. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”*<sup>40</sup>.

*Por último, el principio de razonabilidad es “una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”*<sup>41</sup>.

Por tanto, las medidas son idóneas ya que son las más adecuadas para conseguir la finalidad perseguida que es la protección a la identidad y personalidad siguiendo la línea del Principio de Interés Superior del Niño; necesarias, ya que son las menos lesivas y restrictivas; y, razonables, ya que existe un mayor beneficio que costo.

Es necesario agregar que las modificaciones propuestas deben encontrarse acorde con las Garantías Procesales que velan por el Principio de Interés Superior del Niño mencionadas en la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño:

- a) El derecho del niño a expresar su propia opinión, logrando que este participe activamente y determine su interés superior.
- b) Determinación de los hechos e información, los cuales deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados.
- c) Percepción del Tiempo, en tanto se debe dar prioridad a los procedimientos que se encuentren relacionados con los niños o pueda afectarlos y ultimarlos en el menor tiempo posible
- d) Profesionales cualificados, que cumplan con las características y necesidades que permitan acercarse al niño.
- e) Representación Letrada, el cual debe ser adecuada frente a un proceso
- f) Argumentación Jurídica, en el sentido que cualquier decisión sobre el niño o la niña debe estar motivada, justificada y explicada.
- g) Mecanismos para examinar o revisar decisiones, en tanto el Estado debe establecer mecanismos que incidan en el ordenamiento jurídico para recurrir o revisar las decisiones que afecten a los niños cuando algo parezca que no va acorde al procedimiento<sup>42</sup>.

Es así como se han proporcionado algunas soluciones con el fin de hacer cumplir el Principio de interés superior del niño a partir de modificaciones a los artículos que hacen referencia a la presunción *pater is est*.

En este acápite, lo que se ha intentado es demostrar es como una sentencia del Tribunal Constitucional apoya la idea de que la presunción *pater is est* no es precisamente beneficiosa en función al Principio de interés superior del niño. En este sentido, se ha desarrollado el Expediente No. 2726-2012-DEL SANTA y se ha dado la opinión respectiva de este. Es así como se propuso una solución respecto a las pruebas de ADN con el fin de resguardar los derechos conexos a la identidad y al bienestar de los niños.

#### 4. Conclusiones

1. El Principio del interés superior del niño se creó con el fin de una protección plena para los niños y así, evitar arbitrariedades y abusos. Este principio significa que el niño se encuentra primero sobre todas las cosas.

39 Tribunal Constitucional. Exp. N° 0045-2004-AI/TC. Fecha de Consulta: 09 de noviembre de 2017

40 Ibidem.

41 Ibidem.

42 Comité de los derechos del Niño. Observancia General No. 14. Fecha de Consulta: 28 de abril de 2018.

2. El Principio del Interés Superior del Niño abarca los derechos del niño como, por ejemplo, la identidad, la filiación, el nombre y la personalidad.
3. La presunción *pater is est* es aquello que implícitamente crea una relación paterno-filial que permite, principalmente, el bienestar y la protección de la identidad del niño.
4. La identidad es un derecho que permite el ejercicio de otros, a partir de un conglomerado de singularidades, ya sea biológicos o psicológicos, que permite diferenciar al individuo de los demás presentes en la sociedad.
5. La presunción *pater is est* es determinante para la identidad del niño y, por tanto, también respecto al nombre, filiación y personalidad.
6. La vulneración al derecho a la identidad afecta a los otros derechos que engloba tales como filiación, nombre y personalidad.
7. La filiación es la relación existente entre dos personas donde una es descendiente de la otra, ser por un hecho natural o por un acto jurídico, que genera efectos a partir de esta.
8. El nombre es un derecho que permite la individualización e identificación de la persona en el mundo, es decir, contribuye a la identidad al facultar la posibilidad de saber de dónde proviene uno, y dando la posibilidad de proteger los derechos que el individuo posee por parte del Estado.
9. La personalidad debe ser entendida como derechos subjetivos que se dirigen a proteger la integridad personal de la persona tanto en lo físico, referente a la vida y a la integridad física, como en la espiritual, respecto al honor, intimidad, imagen e identidad.
10. La presunción *pater is est* afecta de forma relativa al principio de interés superior del niño pues afecta a la identidad, filiación, nombre y personalidad, tal y como muestra el análisis de la Casación No. 2726-2012-DEL SANTA.
11. Un medio para solucionar la problemática presentada podría ser una modificación al artículo 396 y 404 del Código Civil, en el sentido de que se permita el reconocimiento de un hijo extramatrimonial así se haya impugnado la paternidad matrimonial y se haya obtenido sentencia favorable y, la ratificación de la paternidad a partir de las muestras de ADN, respectivamente.

## 5. Bibliografía

- Varsi, Enrique. 2004. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley. Pag 89
- Varsi, Enrique. (s/f). *El Proceso filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica. Pag 325
- Varsi, Enrique. (s/f). La filiación: cambios normativos y reciente desarrollo jurisprudencial. Lima: Gaceta Civil & procesal civil. Pag. 13-64
- Fernández, Carlos. 2004. *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho*. Editorial ASTREA. Pag 7-9.
- Sanz-Diez, Jaime. (s/f). La filiación. Consulta: 05 de setiembre de 2017.
- Corral, Hernán. 2003. La filiación matrimonial. *Actualidad Jurídica*. Consulta: 7 de Setiembre de 2017. <<http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf>>
- Cillero, Miguel. (s/f). El Interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Consulta: 6 de Setiembre de 2017. <[http://www.iin.oea.org/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf)>
- Defensoría del Pueblo. Identidad. Ver en: <<http://www.defensoria.gob.pe/temas.php?des=9>> Fecha de Consulta: 05 de octubre de 2017.
- Dossier para una educación intercultural. (s/f). *El concepto de Identidad*. Consulta: 22 de Junio de 2017. <<http://www.fuhem.es/ecosocial/dossier-intercultural/contenido/9%20EL%20CONCEPTO%20DE%20IDENTIDAD.pdf>>
- Derechos de la Infancia. (s/f). El Principio del Interés Superior de la Niñez. Consulta: 09 de noviembre de 2017. <[http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv\\_3.htm](http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm)>

Freedman, Diego. (s/f). "Funciones normativas del interés superior del niño. Jura Gentium: Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global. Consulta: 09 de Noviembre de 2017. <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>>

Galiano, Grisel. (s/f). "Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho". Derecho y Cambio Social. Fecha de consulta: 22 de Junio de 2017. <[http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/persona\\_personalidad.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/persona_personalidad.pdf)>

Humanium. (s/f). Derecho a una identidad. Consulta: 09 de noviembre de 2017. <<http://www.humanium.org/es/derecho-identidad/>>

Instituto de medicina legal y ciencias forenses. (s/f). La prueba de ADN. Consulta: 19 de octubre de 2017. <[http://www.mpfm.gob.pe/iml/bio\\_molecular.php](http://www.mpfm.gob.pe/iml/bio_molecular.php)>

Mimdes. 2010. El Principio del Interés Superior del Niño y los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Consulta: 09 de noviembre de 2017. <<http://www.concortv.gob.pe/file/participacion/eventos/2010/10-congresoninos/presentaciones/06-10-10-maria-carmen-santiago.pdf>>

Rioja, Alexander. (s/f). ¿Qué son los derechos de la personalidad? PUCP. Consulta: 04 de octubre de 2017. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/165140/que-son-los-derechos-de-la-personalidad>>

Rioja, Alexander. (s/f). Legitimidad para obrar. Blog PUCP. Consulta: 19 de octubre de 2017. <<http://blog.pucp.edu.pe/item/72511/legitimidad-para-obrar>>

Sanz-Diez, Jaime. (s/f). La filiación. Fecha de consulta: 05 de setiembre de 2017. <[http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%2011%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](http://www.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%2011%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)>

Tantaléan, Christian. (s/f). El control difuso como método de control constitucional. Derecho & Cambio Social. Consulta: 19 de Octubre de 2017. <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista004/control.htm>>

Unicef. (s/f). Derecho al nombre. Consulta: 04 de octubre de 2017. <<http://www.unicef.org/peru/spanish/protection.html>>

Vargas, Rocío del Pilar. 2011. Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est*. Lima: UNSM. Fecha de consulta: 03 de setiembre de 2017. <[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas\\_mr.pdf](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1194/1/vargas_mr.pdf)>

Comité de los derechos del niño. 2014. Observancia General No. 14. Fecha de Consulta: 28 de abril de 2018.

Tribunal Constitucional. 2005. EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC. Fecha de Consulta: 04 de octubre de 2017.

Tribunal Constitucional. 2005. Expediente N° 02273-2005-PH/TC. Consulta: 19 de octubre de 2017.

Tribunal Constitucional. 2004. Expediente N° 0045-2004-AI/TC. Consulta: 09 de noviembre de 2017

Unicef. 1990. Convención sobre los Derechos del Niño. Consulta: 08 de noviembre de 2017