

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Marco Andrei Torres Maldonado

September, 2014

Sobre infidelidades, amor y reencuentros: A propósito del estado constante de familia y la identidad filiatoria

Marco Andrei Torres Maldonado, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



Available at: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/7/>



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Comentario a la
Casación N.º 2726-
2012-Del Santa

Sobre infidelidades, amor y reen- cuentros: A propósito del estado constante de familia y la identidad filiatoria

Marco Andrei Torres Maldonado*

Estudio Mario Castillo Freyre

SUMARIO

1. Introducción
2. La presunción *pater is est*: Una regla de carácter imperativo con fuerza relativa
3. El derecho personalísimo a la identidad y el [paliativo] discurso del interés superior del menor
4. Constitucionalidad, control difuso, Poder Judicial e inaplicación de los artículos 396 y 404 del Código Civil
5. A manera de conclusión

Plantear la pregunta ¿qué es un padre? es todavía algo distinto que ser uno mismo un padre, acceder a la posición paterna. Veamos. Si es cierto que para cada hombre el acceso a la posición paterna es toda una búsqueda, no es impensable decirse que en verdad, al fin y al cabo, nadie lo ha sido nunca por entero.

LACAN, Jacques. *La relación de objeto*. Barcelona, Paidós, 1984, p. 207.

1. Introducción

La relación entre filiación biológica y jurídica no supondría graves problemas si el vínculo biológico fuera en sí mismo evidente. Sin embargo, debido al avance de la biomedicina, el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida o circunstancias extrínsecas, ello no es así.

Tradicionalmente, la maternidad viene determinada por el parto; de manera que es madre la mujer que da a luz y eso es algo evidente al menos en el momento del parto, aunque no tanto después; de ahí el aforismo: *mater semper certa est*. Sin embargo, la paternidad no resulta evidente *per se* ni siquiera cuando el nacimiento tiene lugar; esto es, en el momento del parto, solo se sabe quién es la madre, pero no quién es el padre. Toda vez que, en este caso, la paternidad biológica no es fácilmente comprobable.

Tal es la razón por la que el ordenamiento jurídico haya recurrido desde la antigüedad a mecanismos indirectos para determinar legalmente la filiación; precisamente, es lo

* Colaborador de la revista *Persona* de la Universidad de Buenos Aires. Coordinador del Área de Proyectos e Investigación del Taller de Derecho Civil «José León Barandiarán». Asistente de cátedra de Derecho Civil en los cursos de Derecho de las Personas, Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad San Ignacio de Loyola.

que sucede cuando mediante la llamada presunción de paternidad se atribuyen al marido los hijos de su cónyuge (*pater is est quem nuptiae demonstrant*).

En ese orden de ideas, la Casación N.º 2726-2012-Del Santa *in comento* resulta mediática y marca un hito en el Derecho de familia, pues —nuevamente— relativiza la existencia del principio *pater is est*, señalando que el estado constante de familia también afirma la filiación. Siendo ello así —y mediante la aplicación del control difuso— declara inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad; la misma que se justifica, según la Corte Suprema de Justicia, por el principio del interés superior del menor.

2. La presunción *pater is est*: Una regla de carácter imperativo con fuerza relativa

En el caso objeto de análisis, Nolberto Hugo Roca Maza (en adelante, el señor Nolberto Roca) interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado (en adelante, el señor Teodoro Guerrero) y Eva Elvira Cárdenas Rosales (en adelante, la señora Eva Cárdenas), solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por el señor Teodoro Guerrero a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; y peticiona, como una de sus pretensiones accesorias, que se declare la paternidad de la menor a favor de él en calidad de padre biológico.

Para ello, el señor Nolberto Roca alega que producto de una relación extramatrimonial existente entre la señora Eva Cárdenas y él, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C.¹; quien nació el día 20 de agosto de 1999, siendo reconocida por el señor Teodoro Guerrero, cónyuge en ese entonces de la señora Eva Cárdenas.

¹ Cabe indicar que practicada la prueba de ADN, se concluye, en un 99.999999845%, que el señor Nolberto Roca es el padre biológico de la menor.



RESUMEN

El autor refiere que la Casación N.º 2726-2012-Del Santa marca un hito en el Derecho de familia, pues se relativiza la existencia del principio *pater is est*, señalando que el estado constante de familia también afirma la filiación. Aun así considera que la presunción de paternidad sigue siendo útil.



CONTEXTO NORMATIVO

Código Civil: Artículos 396 y 404.

Constitución Política del Perú: Artículo 2 inciso 1.



PALABRAS CLAVE

Impugnación de paternidad / Derecho a la identidad / Principio del interés superior del niño.

Conforme indica el tercer considerando de la Casación, el señor Teodoro Guerrero contesta la demanda y señala que el 22 de enero de 1994 contrajo matrimonio civil con la demandada; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C. y dentro del plazo legal realizó el reconocimiento. Según alega el señor Teodoro Guerrero, su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada hasta el 2003, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior. Afirma, además, que salía a pasear con la menor los fines de semana y la llevaba a casa donde él habitaba con sus padres y hermanos.

Dicha demanda fue declarada fundada por el *A quo*, declarando inaplicable —para dicho proceso— lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. Uno de los fundamentos, precisamente, radica en que «la presunción de paternidad para los hijos nacidos es una regla de carácter imperativo aplicándose a la

generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario».

En principio, una presunción se puede definir como una dispensa de prueba o evidencia de otro hecho, siendo que el hecho que no se necesita probar depende de la experiencia ordinaria². Existen presunciones legales *iure et de iure* y presunciones *iuris tantum*. Las primeras son absolutas, no admiten prueba en contrario; es decir, excluyen la prueba de un hecho considerándolo verdadero; a diferencia de ello, las *iuris tantum*³ se pueden destruir a partir de la demostración de un hecho que acredite lo contrario.

Cabe señalar que el fundamento lógico de las presunciones reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal manera que la obligación de demostrar el hecho que podría destruir la presunción recae sobre quien lo alega⁴ y no sobre el que invoca la norma que lo ampara.

2 MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, María Lourdes. «El régimen jurídico de las presunciones», en: *Colección Monografías de Derecho Romano, Sección de Derecho Público y Privado Romano*, Dykinson, Madrid, 2007, N.º 34, pp. 5 y ss.

3 Las presunciones *iuris tantum*, según Ugo Roco, son auténticos medios de prueba. El referido autor sostiene que de la definición de presunción que ha elaborado, valiéndose del artículo 2727 del *Codice [Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato]*, se puede inferir que es ella también un medio de prueba, pero que «tiene una característica propia, puesto que mientras a través de los demás medios de prueba de un hecho se deduce lógicamente la persuasión de la existencia de otro hecho que debía ser probado, con la presunción, en cambio, de un hecho conocido se infiere, no ya la certeza de la existencia del hecho desconocido, sino solamente la probabilidad de que, según las reglas usuales de la vida práctica, aquel hecho existe». ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho procesal civil*, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1972, vol. III, p. 120.

4 Al respecto, el artículo 196 del Código Procesal Civil indica que: «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». El fundamento de dicha regla se remonta al brocardo romano *onus probandi incumbit cui dicit*; esto es, que quien afirma y no quien niega la afirmación contraria ha de aducir la prueba de los hechos puestos como base de la propia demanda lo cual en el ámbito del proceso constituye

Nuestro Código Civil vigente establece en su artículo 361 que: «El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido». Para comprender los alcances de dicha presunción, debemos analizarlo sistemáticamente con el artículo 363, el mismo que señala que «El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo [...] cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio [...]». Esto último nos permite evidenciar que la presunción *pater is est* tiene un carácter *iuris tantum*⁵.

manifestación del principio de igualdad de las partes en el juicio e implica, en términos generales, que quien invoca un efecto en su favor debe afirmar y probar los hechos a los que la norma jurídica vincula dicho efecto.

5 Muchos siglos después, en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del *Civil Law*, la presunción *pater is est* que estableció el Derecho Romano continúa teniendo vigencia. El Código Civil español en su artículo 116 prescribe que «se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges»; junto a ello, su artículo 117 establece que: «Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto». Asimismo, el Código Civil chileno establece en su artículo 180 que: «El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido. El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 76, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer». El Código de familia de Panamá prescribe, de manera muy similar, en su artículo 266 que: «Se presumen hijos o hijas de los cónyuges, los nacidos después de ciento ochenta (180) días, contados desde la celebración del matrimonio o desde la reunión de los cónyuges separados de cuerpos, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o la separación de cuerpos», entre otros. En nuestro medio, a nivel jurisprudencial, se ha indicado que: «La regla que establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, no tiene carácter absoluto, ni puede oponerse a la realidad, pues esta presunción *iuris tantum* ha sido enervada

Se trata pues de una presunción de carácter imperativo, pero cuya fuerza no es absoluta. Siendo posible demostrar que no se han dado los hechos de los cuales se deduce la paternidad del marido de la madre en relación con los hijos de ella. Mientras no se haya desvirtuado la presunción, se considera —por mandato de la ley— al hijo nacido o concebido durante el matrimonio, hijo del marido de la madre. «Esto se explica por tratarse de una materia de estricto orden público, toda vez que sirve de base a la paz familiar y social»⁶.

Engels consideraba que la presunción *pater is est* se basa en la noción de familia monogámica que, a su vez, se funda en el poder del hombre para procrear hijos de manera cierta. Esa paternidad se exige en la medida que esos hijos tendrán calidad de herederos directos y han de entrar en posesión de los bienes de la fortuna paterna⁷. Además de ello, la presunción de paternidad matrimonial suponía la protección del derecho al honor familiar, que bien podía considerarse como el derecho al honor del marido⁸. En otras palabras, a decir de Varsi Rospigliosi, con esta presunción, se potencia la paz familiar⁹.

En ese orden de ideas, la presunción *pater is est* pretende brindar certidumbre respecto de la filiación que corresponde a los hijos nacidos

dentro del matrimonio y tutela los derechos personalísimos y patrimoniales que le son reconocidos al marido. Junto a ello, como sostienen Zannoni y Bossert¹⁰, satisface una necesidad social: que el niño cuente con un padre cierto desde el momento mismo del nacimiento.

¿SABÍA USTED QUE?

La presunción *pater is est* pretende brindar certidumbre respecto de la filiación que corresponde a los hijos nacidos dentro del matrimonio y tutela los derechos personalísimos, y patrimoniales que le son reconocidos al marido.

Si bien la presunción *pater is est* debe adecuarse a nuevas situaciones y circunstancias que no eran conocidas hace décadas, no compartimos la tesis que promueve la eliminación de la presunción *pater is est*, toda vez que ello constituiría un despropósito para la seguridad jurídica del hijo y padres casados, conllevando a que la filiación dependa —única y exclusivamente— de la voluntad del padre. Ello, según Vargas Morales¹¹, desnaturalizaría la finalidad del matrimonio que entre ellos implica proteger los derechos y promover el desarrollo pleno de cada uno de sus miembros.

Luego de ello, el señor Teodoro Guerrero interpone recurso de apelación. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda. El señor Nolberto Roca interpone el recurso de casación y mediante Casación n.º 3776-2010-Del Santa, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declara fundado el recurso de casación interpuesto por el señor Nolberto Roca y, en tal

mediante el reconocimiento de la paternidad del hijo de la demandada por persona distinta al marido». Expediente n.º 1903-97, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Corte Superior de Justicia de Lima, 14/08/1998.

- 6 LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Anotaciones sobre Derecho de familia*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1970, n.º 49-B, p. 693.
- 7 ENGELS, Federico, *El origen de la familia*. 7.ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1964, p. 70.
- 8 VARGAS MORALES, Rocío del Pilar, *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est*: Alcances, límites y necesidad de cambio en el Código Civil de 1984*. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2011, p. 150.
- 9 VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de familia: Derecho de la filiación*, Con la colaboración de Claudia Canales Torres, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, t. IV, p. 134.

10 ZANNONI, Eduardo y Gustavo BOSSERT, *Manual de Derecho de familia*, 5.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 50.

11 VARGAS MORALES, *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción *pater is est*: Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984*, cit., p. 160.

sentido, declararon nula la resolución impugnada y ordenaron que el Colegiado Superior expida nueva resolución.

En ese orden de ideas, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa emite nuevo pronunciamiento declarando improcedente la demanda, considerando que quien postula la demanda de impugnación de paternidad no es la menor M.L.G.C. (quien podía actuar por medio de su representante legal), sino el señor Nolberto Roca, el presunto padre biológico. Es decir, considera que únicamente la menor M.L.G.C. mediante su representante legal se encontraba con legitimidad para obrar. Nada más equivocado.

Según Montero Aroca¹², la legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor. Creemos que no se trata de la titularidad del derecho o de la obligación sustancial porque puede ocurrir que estos no existan, siendo suficiente con que se pretenda su existencia, que se afirme que existe. Bajo ese criterio, no debió existir imposibilidad para que, en un primer momento, el señor Nolberto Roca haya demandado, toda vez que la prueba de ADN le reconocía —de manera presunta— un derecho.

3. El derecho personalísimo a la identidad y el [paliativo] discurso del interés superior del menor

El octavo considerando de la Casación inicia manifestando que, entre los atributos esencia-

les de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad, que se encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política. La filosofía de la existencia, recepcionada por la jusfilosofía, ha permitido en tiempos recientes poner en evidencia un importante modo de ser de la persona; el mismo que, como interés existencial, exige ser jurídicamente tutelado. Se trata de la identidad del sujeto consigo mismo¹³. Es un derecho nuevo, surgido de la jurisprudencia italiana y alemana, que es entendido como la prerrogativa que le permite al titular de una determinada situación jurídica diferenciarse de otras, es el conjunto de circunstancias que distinguen a un sujeto de derecho de los demás.

Es claro que el derecho a la identidad¹⁴ debe ir más allá que los meros derechos vinculados con la filiación; pues, de lo contrario, no habría un derecho a la identidad propiamente dicho, sino un conjunto de derechos y obligaciones que, en todo caso, debieron ser garantizados por cualquier medio¹⁵.

13 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El Derecho a la Identidad Personal», en *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 60.

14 La Convención de los Derechos del Niño consagra el derecho a la identidad de los menores a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7) y a preservar su identidad y las relaciones familiares (artículo 8).

15 GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 8. La autora sostiene que: «El derecho a conocer el origen biológico tiene como fundamento varios derechos reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales; los más relevantes son el derecho a la identidad y el derecho a la salud. Estos dos derechos son independientes de otros vinculados con la filiación, como podrían ser el llevar el apellido del padre, los alimentos y los derechos sucesorios, pues aunque pueden actualizarse ambos, no se presentan necesariamente juntos. Esto se percibe con claridad en los casos de reproducción asistida, en los que puede alegarse un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación». GONZÁLEZ CONTRÓ, *El Derecho a la identidad del hijo como objeto de protección de la presunción pater is est*:

12 MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 38. Por otro lado, Devis Echandía indicaba que la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia del litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos), o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios); por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la ley que se declare la relación jurídica material objeto de la demanda. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho procesal. Teoría general del proceso*, 13.ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993, p. 560.

La identidad es una prerrogativa que ha sido respaldado a nivel supranacional. Esta no solo abarca el ámbito de lo que se ve o se sabe, vale decir, por ejemplo: identidad en su concepto de nombre, seudónimo, dirección, aspecto físico, etc.; sino que también engloba aquel aspecto más retrospectivo como puede ser el derecho a la identidad genética, que es «la conciencia de ser uno mismo, diferente a los demás, circunstancia que, a su vez, surge de la posesión de un ADN original»¹⁶.

Así pues, el décimo considerando sostiene que la menor de iniciales M.L.G.C. y el señor Nolberto Roca vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso —actualmente— hacen vida familiar con la madre biológica. Cabe indicar que conforme el informe psicológico practicado a la menor, se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella; a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso; todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el señor Nolberto Roca.

Ello era suficiente, pues reconocía —además de una identidad genética— que también la filiación forma parte de la identidad de todo sujeto de derecho. Sin embargo, la Corte Suprema de manera innecesaria desarrolla los alcances del principio del interés superior del menor. El uso y abuso de este paliativo se ha vuelto constante en el Perú al punto de que no existen resoluciones que omitan hacer referencia a este principio.

Como nos preguntamos en un trabajo anterior¹⁷, ¿cuál es el interés superior del menor? Todo y nada¹⁸, generalmente su aproximación

conceptual ha estado vinculada a los lineamientos generales que se han establecido en Convenios y Pactos supranacionales. El interés superior del menor —como también hace referencia la Casación— se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el mismo prescribe que: «En todas las decisiones que conciernen a los niños, que sean el hecho de instituciones públicas o privadas de protección social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial».

Esta disposición no muestra ninguna explicación particular sobre la manera de aplicarla, ni fija ningún deber específico ni tampoco enuncia reglas exactas, pues establece un principio de por sí vago e impreciso. De modo que la norma jurídica del sistema tutelar del «interés superior» es de tal amplitud, que poco se diferencia de la voluntad omnimoda y todopoderosa del juez, que en el caso concreto tiene la plena libertad para crear la norma jurídica individual navegando cómoda —y arbitrariamente— en la laguna de vaguedad, irresponsablemente establecida por el legislador.

menor; por lo que la ciencia jurídica alemana no solo no aporta ninguna definición de lo que pudiera entenderse por el interés del menor, sino que, además, entiende que se trata de un concepto que no debería siquiera intentar ser definido. Es decir, la ciencia jurídica alemana se niega a aportar una definición de este concepto porque lo contempla, en sí mismo, como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no da lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño, y ello teniendo en cuenta que cada infante, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta; por ello, no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretos y centramos en cada caso particular. CARBONELL BENITO, Gabriela, «El interés del menor: Criterios para su concepción y defensa a través de las figuras del defensor del menor y del Ministerio Fiscal», en *La Protección del Menor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 133.

Alcances, límites y necesidad de cambio en el código civil de 1984. cit., p. 8.

16 BERIAIN, Iñigo de Miguel, «¿Existe un derecho a la identidad genética?», en *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXIV 730, marzo-abril, 2008, pp. 261 y ss.

17 TORRES MALDONADO, Marco Andrei, «¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad del menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida», en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 152, Lima, 2013, p. 163.

18 La doctrina alemana considera, incluso, temerario todo intento definitorio en materia de interés del

De ahí que tal discrecionalidad¹⁹ —en la aplicación de dicho principio— se convierte en arbitrariedad e inseguridad jurídica; o, en muchos casos, como en la presente Casación, sirve como un paliativo para dar mayor «coherencia» a una interpretación y aplicación normativa que de por sí ya era válida, por lo que resulta fútil y barroco.

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI dice:



“[La] posesión de estado —reconocida en la doctrina y jurisprudencia francesa

como la prueba de carne y hueso (test de chair et de sang)— resulta, en cierta medida, un indicio de aceptación tácita del reconocimiento.”

4. Constitucionalidad, control difuso, Poder Judicial e inaplicación de los artículos 396 y 404 del Código Civil

Según Loewenstein²⁰, la idea del Estado de derecho está hoy en día indisolublemente ligada a la idea de Constitución como conjunto de valores, principios y normas

19 Sin embargo, se podría reducir la discrecionalidad fijando unos mínimos criterios objetivos que contribuirían a su objetivación y serían guía para su aplicación, por ejemplo podemos tomar como guía al Reino Unido que en relación al interés superior del niño, estableció en *Children Act* de 1984 se estipula que el juez debe tener en cuenta: a) la opinión del niño; b) sus necesidades físicas, afectivas, educativas; c) su edad, sexo y personalidad; d) los males que ya ha padecido o en que puede incurrir; y e) la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus necesidades. CAMPS MIRABET, Nuria, «El principio del interés superior del menor: Marco normativo Internacional y aplicación en el Derecho Interno», en *Estudios Jurídicos sobre la Protección de la Infancia y de la Adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 17 y ss.

20 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, pp. 216 y ss.

fundamentales y supremas que, al gozar de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, deben prevalecer sobre toda otra norma o acto jurídico. La consecuencia de ello es que dicha idea esté asociada también al poder de ciertos órganos especializados (Poder Judicial) de inaplicar o declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas contrarias a la Constitución²¹.

Por ende, mediante el control difuso, los jueces —para aplicar las normas jurídicas en la solución de los conflictos sometidos a su competencia—, tienen facultad plena de interpretar la Constitución, es decir, el juez tiene el poder y debe inaplicar una norma legal contraria a la Constitución, a fin de contribuir con la preservación de la supremacía constitucional.²² En el Perú, han sido muy pocos los casos en los cuales el Poder Judicial ha declarado inaplicable una norma legal, lo que demuestra de manera palmaria la renuencia al ejercicio de esta atribución por parte de los jueces y su vago criterio de sistematicidad del ordenamiento jurídico.

21 BREWER-CARIAS, Allan R., «La justicia Constitucional», en *Revista Jurídica del Perú*, año XLV, n.º 3, julio-setiembre, Lima, 1995, p. 121. En similar sentido, García Pelayo sostiene que: «la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento y por tanto la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que estos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado Constitucional de Derecho». GARCÍA PELAYO, Manuel, «El status del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 1, Madrid 1981, p. 18.

22 Debemos tener presente que el control difuso solo puede ser cumplido *incidenter tantum*; es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la norma a inaplicar no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo. BREWER-CARIAS, Allan R. «La justicia Constitucional», cit., p. 130. El artículo 138 de la Constitución establece que: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. 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 toda otra norma de rango inferior».

En el presente caso, mediante el control difuso, se inaplica el artículo 396 del Código Civil que prescribe que: «El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable», pues el señor Teodoro Guerrero nunca impugnó su paternidad; por el contrario, manifestó su voluntad de no hacerlo.

Asimismo, se inaplicó los alcances del artículo 404 que señala 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». Disposición de contenido muy similar a la anterior. El control difuso que generó la inaplicación de ambos artículos se basó en el estado constante de familia, la vinculación socio-afectiva de la menor con el señor Nolberto Roca y la señora Eva Cárdenas —ambos, a su vez, progenitores—; y, como consecuencia de ello, la identidad y realidad filiatoria que había construido la menor en torno a ambos.

Cabe precisar que la posesión de estado —reconocida en la doctrina y jurisprudencia francesa como la prueba de carne y hueso (*test de chair et de sang*)²³—, resulta, en cierta medida, un indicio de aceptación tácita del reconocimiento.

En consecuencia, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el señor Nolberto Roca y, actuando en sede de instancia, confirmó la resolución apelada que declaró fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad.

5. A manera de conclusión

La casación *in comento* versa sobre aquella hipótesis en la cual una menor posee una partida de nacimiento que da cuenta de que su padre es el marido de su madre; sin embargo, no ha entablado el vínculo paterno-filial con dicha persona. En efecto, por aplicación de la presunción de paternidad matrimonial, la menor tiene como padre legal al marido de su madre; aunque en términos reales, este

no sea el padre biológico. Curiosamente, a manera de reencuentro, ha sido con el padre biológico con el cual la menor ha generado su identidad y realidad filiatoria.

Ergo, se asume que el estado constante de familia entre un hijo extramatrimonial de mujer casada con sus padres biológicos es idóneo para afirmar la filiación.

El hecho que se haya propuesto una flexibilización de la presunción *pater is est*, se sustenta en la necesidad de que haya una correspondencia entre la filiación y verdad biológica. Este último principio no es absoluto ni prevalece *per se* frente a otros derechos protegidos por el ordenamiento jurídico. La presunción de paternidad sigue siendo útil y no supone un atentado contra el principio de igualdad y no discriminación.

Pese a los aspectos positivos de la Casación, consideramos que, en cierto grado, el derecho de la menor a la identidad se termina lesionando, pues en el proceso no se hace referencia a la nueva composición de sus apellidos; esto es, aún la menor deberá llevar —hasta el inicio de un proceso de cambio de nombre— el apellido del señor Teodoro Guerrero, quien es una persona con quien ya no tendrá vínculo alguno (en términos biológicos y de relaciones familiares).

Temas tan sensibles como los relativos a las manifestaciones del derecho a la identidad exigen un abordaje interdisciplinario, recreador de la interpretación de normas que, en la mayoría de los casos, no fueron pensadas para regular supuestos como lo que nos imponen los actuales desarrollos tecnológicos o sociales²⁴. La identidad por tener una connotación fáctica se construye gradualmente, se constituye a partir de las identificaciones que establecemos desde los primeros momentos de vida a las cuales, por circunstancias intrínsecas o extrínsecas, les terminamos otorgando un efecto simbólico. 

23 VARSÍ ROSPIGLIOSI, *Tratado de Derecho de familia: Derecho de la filiación*, cit., T. IV, p. 246.

24 SIVERINO BAVIO, Paula, «¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas», en *Revista Jurídica*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, 2010 n.º 14, p. 42.

TEXTO DE LA CASACIÓN

CASACIÓN 2726-2012-DEL SANTA

Sumilla: El estado constante de familia afirma la filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicables los artículos 396 y 404 del Código Civil, a fin de garantizar el derecho a la identidad, lo que se justifica por el principio del interés superior del niño y del adolescente.

Lima, diecisiete de julio de dos mil trece

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; Vista la causa número dos mil setecientos veintiséis – dos mil doce, en audiencia pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, y de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Civil, emite la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, que obra a folios doscientos treinta y ocho contra la sentencia de vista que obra a fojas doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que revoca la sentencia de primera instancia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon improcedente. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** El presente recurso de casación, mediante resolución emitida el dos de agosto de dos mil doce por esta Sala Suprema, obrante a folios treinta y tres del cuadernillo de casación, ha sido declarado procedente por la causal de **Infracción normativa de derecho material del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado;** alegando, que se ha vulnerado el dispositivo denunciado que consagra el derecho que tiene toda persona a su identidad; y en el caso de autos, la recurrida ha establecido que quien debe hacer valer su derecho de impugnación a la paternidad es la menor de iniciales M.L.G.C. a través de su representante legal, y no el actor; sin embargo la citada sentencia se olvida que obra como medio probatorio acompañado, el Expediente número 202-2007 sobre demanda de Impugnación de Paternidad Extramatrimonial promovido por Eva Elvira Cárdenas Rosales en calidad de madre y representante legal de la menor antes aludida en contra de Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y otro; el mismo que fue rechazado liminarmente por el Juzgado Mixto de Huarmey al declarar improcedente la demanda. Del mismo modo se ha inobservado los parámetros establecidos en la sentencia casatoria de este mismo expediente, de fecha siete de octubre del año dos mil once, señalando que en el presente caso se encuentran inmersos los derechos de una menor, no sólo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecen un mayor análisis en observancia del principio superior del niño. Finalmente refiere, que es a través de esta acción judicial que busca otorgar la verdadera identidad a la menor, quien conoce perfectamente de la realidad y considera al recurrente como su padre, ya que viven juntos con toda su familia. **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, examinado el presente proceso para efectos de determinar si al emitirse la incurrida se ha incurrido en una infracción normativa material en los términos denunciados, es necesario realizar las precisiones que a continuación se detallan. **Segundo.-** Que, a fojas nueve Nolberto Hugo Roca Maza interpone demanda sobre impugnación de reconocimiento de paternidad contra Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y Eva Elvira Cárdenas Rosales, solicitando como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C.; como pretensiones accesorias peticiona, primero: se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C. y segundo: 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, alegando que producto de una relación extramatrimonial existente entre el recurrente y la codemandada Eva Elvira Cárdenas Rosales, procrearon a la menor de iniciales M.L.G.C., quien nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, siendo reconocida por el codemandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, cónyuge en ese entonces de la codemandada-

da. Practicada la prueba de ADN se concluye en un 99.999999845% que el recurrente es el padre biológico, siendo necesario que la menor de iniciales M.L.G.C. goce del derecho de su verdadera filiación e identidad, derechos consagrados en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ya que lo contrario importaría una grave afectación de los derechos sustanciales de la menor. **Tercero.-** Que, a fojas treinta y cuatro Teodoro Arturo Guerrero Alvarado contesta la demanda señalando que con fecha veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro contrajo matrimonio civil con la demandada Eva Elvira Cárdenas Rosales; fruto de su unión conyugal nació su menor hija de iniciales M.L.G.C., el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, y dentro del plazo legal se hizo el reconocimiento, refiere que no es cierto lo que infiere el demandante respecto a que su persona tenía pleno conocimiento que la menor no era su hija a la fecha del reconocimiento, que la prueba de ADN fue practicada sin su consentimiento y solicitada por la madre de su hija, es decir, no fue ordenado por ningún órgano jurisdiccional. Sostiene que su hija nació durante el matrimonio y vivieron en el domicilio conyugal junto a la demandada y su menor hija hasta el dos mil tres, fecha en que por mutuo acuerdo iniciaron el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en el mismo que acordaron la tenencia, alimento y régimen de visitas, culminado el proceso se declaró disuelto el vínculo matrimonial, refiere que salía a pasear con la menor los fines de semana, y la llevaba a la casa donde habita con sus padres y hermanos, e incluso cuando su hija enfermaba salían al médico, concluyendo que la menor ha sido reconocida dentro de la unión conyugal y nunca ha negado ser padre de la menor. **Cuarto.-** Que, tramitada la demanda según su naturaleza, mediante sentencia de folios ciento dos, de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, el A quo ha declarado fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, en consecuencia se declara inaplicable para el proceso lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, por lo dispuesto en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado; por consiguiente, se deja sin efecto el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C., y declara la paternidad de Nolberto Hugo Roca Maza a favor de la menor indicada, ordenando a la Municipalidad Provincial de Huarmey extender nueva partida de nacimiento en sustitución de la anterior. Como fundamentos de su decisión el A quo ha considerado que, como es verse a fojas treinta y dos del expediente principal, los demandados contrajeron matrimonio el día veintidós de enero de mil novecientos noventa y cuatro, inscribiéndose la disolución de su vínculo matrimonial el día veintisiete de julio de dos mil cinco; y, la menor de iniciales M.L.G.C. nació el día veinte de agosto de mil novecientos noventa y nueve, como consta en la partida de nacimiento a folios dos; es decir, nació dentro del matrimonio de los demandados. Que, la presunción de paternidad para los hijos nacidos dentro del matrimonio es una regla de carácter imperativo, aplicándose a la generalidad de los casos, más su fuerza no es absoluta, admitiéndose prueba en contrario. Señala que el presupuesto de la previa negación de paternidad para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el caso de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico sino contraviene el derecho fundamental a la identidad del menor a quien por ley y mandato constitucional el Estado está en la obligación de proteger. En base al principio de la jerarquía normativa resulta inaplicable al caso de autos, sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 369 y 404 del Código Civil, prevaleciendo el derecho a la investigación de la paternidad de la menor de iniciales M.L.G.C.; en el presente caso, el demandante Nolberto Hugo Roca Maza impugna el reconocimiento realizado por Teodoro Arturo Guerrero Alvarado de la menor de iniciales M.L.G.C. en mérito a los resultados de la prueba de ADN (obrante a fojas cuatro) en el que se consigna como probabilidad de paternidad el 99.999999845% de él con respecto a la menor indicada; siendo así resulta fundada la demanda. **Quinto.-** Que, elevados los actuados a la Instancia Superior, en mérito al recurso de apelación de folios ciento dieciocho interpuesto por el demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de folios ciento treinta y nueve, revoca la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que ha quedado acreditado que la menor de iniciales M.L.G.C. es hija nacida dentro del matrimonio de los codemandados, fundamento por el que no es factible la aplicación del artículo 386 del Código Civil, máxime si como se evidencia, el que fuera cónyuge de la madre (Teodoro Arturo Guerrero Alvarado) no ha impugnado su paternidad y por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo, por lo que no concurren los presupuestos estipulados en el artículo 376 del Código Civil, respecto a la titularidad de la acción de negación. **Sexto.-** Que, interpuesto el recurso de casación por el de-

mandante, contra la referida Sentencia de Vista, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 3776-2010- Del Santa, de fecha siete de octubre de dos mil once, declara fundado el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza; casaron la sentencia de vista, en consecuencia, nula la resolución impugnada de fecha veintiuno de junio de dos mil diez, ordenándose que el Colegiado Superior expida nueva resolución. Considerando que el Colegiado Superior únicamente justifica la decisión de revocar la sentencia de primera instancia aplicando normas del Código Civil, más no emite pronunciamiento en relación al control difuso que invoca el *A quo* al amparar al demanda, lo que resulta relevante, puesto que el demandante fundamenta su pretensión en lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado y mayor aun si de por medio se encuentran inmersos los derechos de una menor, no solo de identidad, sino de varios derechos conexos que merecían un mayor análisis, en observancia del Principio del Interés Superior del Niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes. **Sétimo.-** Que, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emite nuevo pronunciamiento mediante Sentencia de Vista de folios doscientos once, resolviendo revocar la sentencia apelada y reformándola declara improcedente la demanda, considerando que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es su hija M.L.G.C., quien por medio de su representante legal podría invocar su legítimo derecho a la identidad, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente, sino Norberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sustentando básicamente su demanda en los resultados de la prueba de ADN a la que se ha sometido voluntariamente; asimismo, considera el Colegiado Superior que respecto a esta persona los artículos 397 y 404 del Código Civil no afectan, ni limitan, ni vulneran ningún derecho constitucional; en otras palabras se trata de normas válidas que no le reconocen interés para obrar al Demandante para entablar una acción contestatoria de paternidad, por lo tanto la demanda deviene en improcedente. **Octavo.-** Que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual comprende el derecho a un nombre, a conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia Número 02432-2005-PH/TC. Al respecto la Sentencia Número 02273-2005- PH/TC, precisa que el derecho a la identidad es entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.). **Noveno.-** Que, el derecho a la identidad, debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que “*la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía de intereses que podemos calificar como esenciales entre los esenciales, por ello, merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica*” [Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, página 22. **Décimo.-** Que, tal como se ha reseñado anteriormente, en el caso de autos, se ha incoado demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad; en tal sentido, cabe precisar, que la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es “una forma de estado de familia”. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: *estado jurídico*, asignado por la Ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra; *estado social*, en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas; *estado civil*, implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad” [Varsi Rospigliosi, Enrique. *Divorcio, filiación y patria potestad*. Grijley, Lima, 2004, página 89]. **Décimo Primero.-** Que, el concepto de identidad personal, presupone dos supuestos fundamentales: la identidad genética de una persona y su identidad filiatoria. La primera, se conforma con el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos; y la identidad filiatoria, es en cambio, un concepto jurídico, que resulta del emplazamiento de una persona de un determinado estado de familia, en relación a quiénes aparecen jurídicamente como sus padres, está habitualmente en concordancia con la identidad genética, pero puede no estarlo. [Ferrer, *Identidad y fecundación asistida*, en Libro de Ponencias, página 189, citado por Zannoni Eduardo A. *Derecho de Familia*, Editorial Astrea, Buenos Aries, 2002, página 326]. **Décimo Segundo.-** Que, en el caso de autos, en mérito a los resultados de la prueba de ADN practicada por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, de folios cuatro, que no fue tachado por los demandados, se precisa la probabilidad de paternidad del 99,999999845% de Nolberto Hugo Roca Maza con res-

pecto a la menor de iniciales M.L.G.C. **Décimo Tercero.-** Que, al resolver la apelación interpuesta en autos, el *Ad quem* sustenta su decisión en que quién postula la demanda de Impugnación de Paternidad no es la hija de iniciales M.L.G.C., quien por medio de su representante podría invocar su legítimo derecho a la identidad; sino Nolberto Hugo Roca Maza, el presunto padre biológico, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en toda medida concerniente al niño y al adolescente, se considerará el principio del interés superior del niño y del adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, principio que se desarrolla en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone “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” (el subrayado es nuestro). Además, para determinar la prevalencia del interés superior del niño y materializar la adopción de atenciones, cuidados y medidas especiales de protección, a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso “ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño” [CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02, del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párrafo 59]. **Décimo Cuarto.-** Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente **declarar inaplicable**, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal Por los fundamentos expuestos, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Nolberto Hugo Roca Maza, de fojas doscientos treinta y ocho; **CASARON** la resolución impugnada; en consecuencia **NULA** la resolución de vista obrante a folios doscientos once, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia Del Santa; **y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la resolución apelada contenida en la resolución número once de fecha veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que declara fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por Norberto Hugo Roca Meza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y Teodoro Arturo Guerrero Alvarado; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Nolberto Hugo Roca Maza contra Eva Elvira Cárdenas Rosales y otro, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad; y los devolvieron. Ponente Señora Cabello Matamala, Jueza Suprema.-

S.S.

Rodríguez Mendoza / Valcárcel Saldaña / Cabello Matamala / Mirandamollna / Cunya Celi