



UNIVERSIDAD ANDINA DE CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**“PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y
ADOLESCENTE EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
ANÁLISIS A LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Presentado por:

Bach. OLIVARES GONZALES, JOSELIN GABRIELA

Asesor: Dr. Antonio Salas Callo

CUSCO – PERU

2019

0



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTO	9
RESUMEN	10
ABSTRAC	11
CAPÍTULO I.....	12
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1. Descripción del problema	12
1.2 Planteamiento del problema	17
1.2.1 Problema general.....	17
1.2.2 Problemas específicos	18
1.3 Objetivo de la investigación	18
1.3.1 Objetivo principal.....	18
1.3.2. Objetivos específicos	18
1.4 Justificación	18
1.4.1 Conveniencia	18
1.4.2 Relevancia social.....	19
1.4.3 Implicancias prácticas	19
1.4.4 Valor teórico.....	19
1.4.5 Utilidad metodológica.....	20
1.5 Viabilidad del estudio	20
1.6 Delimitación del Estudio	20
1.6.1 Delimitación espacial.....	20
1.6.2 Delimitación temporal.....	20
1.6.3 Delimitación temática.....	21
CAPITULO II.....	21
DESARROLLO TEMATICO	21
2.1. Impugnación del reconocimiento de paternidad	21
2.1.1. Definición de Paternidad	21
2.1.1.1. La filiación como efecto del reconocimiento de paternidad	23
2.1.1.2. La filiación	24
2.1.1.3. El derecho de filiación.....	25
2.1.2. Definición de Impugnación.....	26
2.1.2.1. Clases.....	29



2.1.2.2.	Que se impugna y efectos de la impugnación	29
2.1.2.3.	Principios aplicables al proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad	31
i)	<i>Principio de unidad de la filiación:</i>	31
ii)	<i>Principio de protección de la familia</i>	33
iii)	<i>Construcción de afectividad</i>	34
2.1.2.4.	Finalidad de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de paternidad	34
2.1.2.5.	Artículos que se inaplican en el proceso de impugnación de paternidad	36
2.1.3.	Teoría de los actos propios en el proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad	42
II.	Derecho a la identidad.....	43
2.2.1.	Definición de identidad	43
2.2.2.	El derecho al nombre en el derecho a la identidad	45
2.2.2.1.	Concepto.....	45
2.2.3.	La identidad como derecho constitucional.....	47
2.2.3.1.	Clases de identidad: Posiciones de las salas civil, y las salas constitucional y social de la Corte Suprema	50
2.2.3.2.	El desarrollo de identidad del menor	54
2.2.3.3.	La identidad en la construcción de la paternidad legal.....	57
2.2.3.4.	La posesión de estado: En la identidad dinámica	60
2.2.3.5.	Función de la RENIEC sobre el derecho de identidad	63
2.2.4.	Plazo para impugnar como resguardo de la identidad del menor	64
2.2.5.	Interpretación del Derecho de identidad según la Corte Suprema de Justicia de la República.....	65
III.	Principio del interés superior del niño y adolescente.....	67
2.3.1.	Antecedentes	67
2.3.2.	Definición	69
2.3.3.	Función.....	71
2.3.4.	Características	71
2.3.5.	Regulación	72
2.3.6.	El principio del interés superior del niño en el reconocimiento	75
2.3.7.	El principio del interés superior del niño en las relaciones familiares.....	76
2.3.8.	El principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial	78
2.3.8.1.	El Derecho a ser oído.....	81
2.3.9.	La flexibilización en los procesos de familia.....	85



2.3.10. Aplicación del principio del interés superior del niño por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República	86
2.4. Categorías de estudio	87
2.5 Hipótesis de trabajo.....	89
2.5.1. Hipótesis principal	89
2.5.2. Hipótesis secundarias.....	89
CAPITULO III.....	90
MÉTODO.....	90
3.1 Diseño Metodológico	90
3.2 Unidades de análisis	91
3.3 Población.....	Error! Bookmark not defined.
3.3.1 Criterios de selección de la muestra	91
3.4 Técnicas e instrumentos de Recolección, procesamiento y análisis de datos.....	92
3.4.1 Técnicas	92
3.4.2 Instrumentos	92
3.5. Resultados y análisis de los hallazgos.....	92
3.5.1. Resultados de estudio.....	92
3.5.2. Análisis de resultados.	114
3.6. Conclusiones.....	115
3.7. Recomendaciones o sugerencias.	117
BIBLIOGRAFÍA.	118
ANEXOS.....	124



INDICE DE TABLAS

Tabla 1 Cuadro comparativo derecho de identidad	65
Tabla 2 Cuadro comparativo principio del interés superior del niño	86
Tabla 3 Cuadro de categorías.....	87
Tabla 4 Diseño Metodológico.....	90
Tabla 5 Análisis de resultados	114



INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación se fundamenta en la identificación de contraposiciones resolutorias que se presentan en el órgano judicial en los procesos de impugnación de paternidad extramatrimonial lo que evidencia una grave afectación a la seguridad jurídica en conclusión a la reputación judicial así como a diferentes principios que se señalan en el presente, partiendo de la premisa que, cualquier decisión judicial supone debería caracterizarse por ser uniforme, puesto que este es un principio reconocido constitucionalmente: “*Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (...)*” (Constitucion Política del Perú, 1993), se ha impulsado esta investigación puesto que en la práctica jurisdiccional en los casos de impugnación de paternidad extramatrimonial ha sido ajena a esta uniformidad, generando una incertidumbre jurídica, y en consecuencia se ha perdido la seguridad jurídica puesto que los operadores de justicia fundan sus resoluciones en criterios distintos a los otros, han dejado de considerar plenos, precedentes relevantes, que se adecuan a los casos a resolver, pudiendo entenderse incluso que las más altas instancias del poder judicial quisieran cada una y en cada caso resolver bajo sus propios criterios, claro está dentro de la legalidad, dejando en forma de precedente tantas alternativas de interpretación, aplicación y comodísimo normativo, como fueran posibles, sin tener en cuenta que existen principios fundamentales sobre los que se rige nuestro sistema legislativo, y que deberían ser base de toda posible interpretación y aplicación.

A raíz de lo mencionado podemos entender el nivel de afectación al sistema jurisdiccional, y a los justiciables, la vulnerabilidad constitucional en el ejercicio de la acción jurisdiccional.

Entre tantos casos que podrían ser materia de estudio, nos avocaremos en los procesos de impugnación de paternidad hasta la instancia casatoria donde la Corte Suprema no resuelve adecuadamente puesto que existen principios que considero no se está adecuando de manera



correcta, es el Principio de Interés Superior del Niño, principio reconocido por nuestra legislación y por legislación internacional, a la que estamos obligados a acogernos, y como se tratara de concluir del tema de investigación no se está sobreponiendo en toda su extensión, de manera uniforme ni idónea.

La presente investigación estudia la problemática que se presenta en el proceso de impugnación de paternidad extramatrimonial, en primer lugar es el padre que reconoce quien acciona esta pretensión vencido el plazo de 90 días determinado por ley, y solicitando una pretensión que contraria al artículo 395, puesto que este señala que el reconocimiento no puede ser revocado. El padre sustenta su legítimo interés en que no es el padre biológico, para lo cual en general presenta prueba de ADN.

Dentro del proceso las salas constitucional y social de la Corte Suprema de justicia mediante consulta aprueba inaplicar los artículos 400 y 395 del Código Civil, con el fundamento que el menor conozca su origen biológico por lo tanto consideran que vulnera su derecho a la identidad, en aplicación al interés superior del niño de conocer su identidad biológica.

En el mismo proceso cuando llega a instancia casatoria la interpretación de las Sala Civil sobre el derecho de identidad del menor es diferente, considera que la identidad biológica no es absoluta, el derecho a la identidad tiene una dimensión estática y una dinámica, y ambas deben ser respetadas en la medida que el menor las haya desarrollado, sin importar el origen biológico.

Esta sala civil concluye que en el proceso de impugnación de paternidad no se buscara el origen biológico, contradiciendo lo fundamentado por las salas constitucional y social, entonces un resultado favorable al impugnante perjudicaría al menor dejándolo en un estado de incertidumbre, por lo que desestima la demanda en aplicación al interés superior del niño.

En esta investigación se tratara de determinar en qué medida es correcta la interpretación las salas constitucional y social sobre la inaplicación de los artículos 400 y 395 del Código Civil



por el interés superior del niño, y en qué medida es correcta la interpretación de las salas civil sobre el principio de interés superior del niño en resguardo de su identidad.

El resultado termina siendo incierto pues en un proceso de impugnación de paternidad son muchos los derechos de los menores que pueden ser vulnerados, como el derecho a la identidad, el derecho al nombre y a conservarlo, al desarrollo de su personalidad, a integrar una familia, entre otros; resultando importante determinar los alcances del principio del interés superior del niño.



DEDICATORIA

A mi familia, por ser mi motivo.



AGRADECIMIENTO

Gracias a todos los que aportaron con sus conocimientos, ideas y ánimos para el desarrollo de este trabajo.



RESUMEN

La presente investigación tuvo por objetivo analizar diferentes consultas y sentencias casatorias de los procesos de impugnación de paternidad por parte de las salas civil de la Corte Suprema y de las salas constitucional de la Corte Suprema, al notar que ambas salas resuelven bajo una diferente percepción la aplicación del principio de interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad, siendo que en consulta prima la verdad biológica y en sentencia casatoria prima la verdad legal es así que en la presente se analiza el origen de este proceso de impugnación, su objetivo, sus efectos y principalmente los criterios constitucionales que desde primera instancia deben ser evaluados especialmente para resolver estos procesos de impugnación de paternidad, así mismo cual es el valor probatorio que se le debe dar a la prueba de ADN en estos procesos, pues como veremos el proceso de impugnación de paternidad no tiene como fin conocer la identidad biológica, lo que no tiene en cuenta la sala constitucional de la Corte Suprema.

Lo ultimo nos lleva a desarrollar lo que las salas civil de la Corte Suprema en base a la doctrina han denominado “identidad dinámica”, en preponderancia con la identidad estática, como ha de resolver en base a este derecho constitucionalmente reconocido, su origen desde el papel que tiene RENIEC, la causa de algunas normas en protección al derecho de identidad del menor, hasta el desarrollo de la identidad del menor a partir del reconcomiendo paterno voluntario.

Así mismo se hace un análisis del principio de interés superior del niño sobre el que se amparan las salas constitucional y civil para resolver pero de forma contradictoria, se estudia su aplicación cuando se eleva a consulta y en instancia casatoria, así como su reconocimiento normativo internacional y nacional, los derechos de garantiza para el menor y para los procesos de familia como lo es el de impugnación de paternidad.



ABSTRAC

The purpose of the present investigation was to analyze different consultations and random sentences of the paternity challenge processes by the civil rooms of the Supreme Court and the constitutional rooms of the Supreme Court, noting that both rooms resolve under a different perception application of the principle of the best interest of the child in the processes of paternity challenge, being that in biological consultation the biological truth prevails and in legal cassary case the legal truth is so that in the present the origin of this process of challenge is analyzed, its objective, its effects and mainly the constitutional criteria that from the first instance must be evaluated especially to solve these processes of paternity challenge, as well as the probative value that the DNA test should be given in these processes, as we will see the process of paternity challenge is not intended to know the biological identity, which does not take into account the constitutional chamber of the Supreme Court.

The latter leads us to develop what the civil courts of the Supreme Court based on the doctrine have called "dynamic identity", in preponderance with static identity, as it has to resolve based on this constitutionally recognized right, its origin from the RENIEC's role, the cause of some norms in protection of the child's right to identity, until the development of the child's identity from the voluntary parental recognition.

Likewise, an analysis is made of the principle of the best interest of the child on which the constitutional and civil halls are protected to resolve but in a contradictory way, its application is studied when it is raised to consultation and in cassation instance, as well as its international normative recognition and national, the rights of guarantees for the minor and for family processes such as the challenge of paternity.



CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.Descripción del problema

A inicios del 2000 en el Perú se empezó a utilizar la prueba de ADN como medio probatorio para iniciar procesos de impugnación de paternidad, constituyendo esta prueba irrefutable para determinar la veracidad biológica paterna, y por lo tanto la responsabilidad paterno filial sobre el menor; esta prueba se empezó a regular con la ley N° 27048 Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad y modificada con la ley N° 30628 Ley que modifica el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, ambas se refieren a procesos de filiación por declaración de paternidad, sin embargo la demanda que contenga como pretensión la impugnación de paternidad deberá ser revisada bajo los alcances de la normativa civil y procesal civil, teniendo en cuenta ello el artículo 400 del Código Civil nos da un plazo de 90 días para para impugnar la paternidad, el mismo que ha resultado ser un plazo extremadamente reducido, a comparación con la casuística, por lo que se ha generado diversas interpretaciones sobre la aplicación o inaplicación del mencionado artículo 400°.

Ante ello tanto las Salas Civil de la Corte Suprema como las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, han resuelto sobre la aplicación del artículo 400° en los casos de impugnación de paternidad, por lo que las Salas Civil entre muchas interpretaciones ha dejado una alternativa para efectos de una impugnación de paternidad en forma de lo que sería la nulidad del acto de reconocimiento de paternidad por el vicio de voluntad en el que se encontraba el padre quien ha reconocido siempre y cuando está debidamente probado dicho vicio inaplicando por lo tanto el artículo 395° del mismo cuerpo normativo, extremo que



evidentemente podría ser materia de investigación también, como se tiene de la Casación N° 864-2014/Ica, de la que anotamos lo siguiente:

“TERCERO.-

(...)

Que, si bien la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, (...)” (Casación, 2014)

Por su parte y con las mismas consecuencias las Salas Constitucional y Social de la Corte Suprema han optado por prevalecer el derecho de acceso a la justicia, el interés superior del niño a la identidad y a la verdad genética sobre su procedencia, admitiendo las demandas fuera del plazo establecido en el artículo 400° del código civil, y más aun admitiendo la revocabilidad del acto de reconocimiento de paternidad contrario al artículo 395° del código civil, como se tiene de la Consulta N° 3873-2014/San Martín, que señala lo siguiente:

“4.4 Por tanto, se concluye en esta primera parte, **en la procedencia del control difuso en el auto admisorio de la demanda** (resolución número uno), al cumplir con el supuesto de resolución que versa el tema principal del asunto de admisión de la demanda expedida en la etapa postulatoria concretizándose el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva en la calificación de la demanda, importando el acceso a la justicia a través el sometimiento del conflicto a la sede jurisdiccional en la fase de actos postulatorios.

(...)



III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones **APROBARON** la resolución elevada en consulta, auto contenido en la resolución número uno expedida el veintiséis de diciembre de dos mil trece, de fojas nueve, emitida por el Juzgado Mixto de Huallaga – Saposoa de la Corte Superior de Justicia de San Martín que inaplicó al caso concreto el artículo 400 del Código Civil y admitió a trámite en la vía del proceso de conocimiento la demanda sobre impugnación de paternidad;(…)” (Consulta, 2015)

Por lo anotado evidentemente nos encontramos con una problemática procesal, que principalmente se inclina a ser resuelta con urgencia estableciendo una interpretación más uniforme de los artículos 395° y 400° del Código Civil, o modificándolos en cuanto a la irrevocabilidad en el primero y al plazo en el segundo, o derogándolos, puesto que ello proporcionaría seguridad procesal e interpretativa a los actores, por parte del órgano judicial, en perseverancia del principio de celeridad y economía procesal, principios que se han visto relegados en los procesos de impugnación de paternidad.

No obstante la aplicación, inaplicación o derogación de los artículos 395° y 400° del Código Civil, con relación a la irrevocabilidad y plazo de impugnación de paternidad, no evitará que se siga accionando sobre dicha pretensión, la misma que conlleva a una problemática resolutive mucho más delicada, que comprende sobre los intereses del menor determinar si debe primar la filiación paternal sobre aquel que durante un periodo muy prolongado se ha reconocido como padre, pero sin embargo a la presentación de la demanda de impugnación de paternidad no se reconoce como tal, en razón de la prueba de ADN, y manifestar al menor que su identidad no es la que se le ha reconocido formalmente, si no que esta es parte de una ficción legal o si sería más conveniente determinar en función del principio del interés superior del niño mantener la



identidad que ya se ha formado y establecido en el transcurso del tiempo, remitiéndonos pues a lo expresado por Varsi (2010) quien refiere:

“La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana”. (pág. 50)

Pues bien el presente trabajo de investigación se centrará en estudiar y resolver la referida problemática, que se centra en la contrariedad que existe entre las Salas Constitucional y Social (estas en consulta), y Salas Civil (estas en casación) de la Corte Suprema, en los procesos de impugnación de paternidad en la interpretación del derecho de identidad en aplicación al interés superior del niño, puesto que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente en su Consulta N°3873-2014/ San Martín, refiere lo siguiente:

7.6 En este contexto normativo, se extraen tres premisas: primero la protección especial al interés superior del niño, que debe tenerse en consideración al momento de emitir la resolución judicial, atendiendo el trato preferente, su condición de sujeto de especial protección, y la garantía de sus derechos como **el derecho a la identidad biológica (...)**. (Consulta, 2015)

8.2 En derecho de familia las relaciones reguladas en el ordenamiento jurídico vincula a las personas para la realización de fines e intereses que son dignos y merecedores de tutela, definiendo la relación jurídica familiar “como toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes e recíprocos para la realización de fines o intereses familiares”; el primer presupuesto que recoge el ordenamiento jurídico para vincular a los miembros de una familia reside en el vínculo



biológico, del cual se señala “Ésta la hemos definido como un régimen de relaciones sociales institucionalizadas a partir de la unión intersexual y la procreación. El sustrato de la relación jurídica pues, atiende a la existencia de vínculos biológicos básicos, que destaca Díaz de Guijarro”, y es que **la realidad biológica tiene un contenido ético y social**: “(...) se trata de que la relación jurídica familiar propenda a la realización de los fines familiares que, ya lo hemos dicho, son objeto de reconocimiento social, valoración ética e integración en el sistema de cultura” (Consulta, 2015)

De lo anotado la Sala Constitucional y Social en consulta aprueba la inaplicación de los artículos 395° y 400° del Código Civil, en razón a la verdad biológica, como derecho de identidad del menor, no obstante la Sala Civil sobre el derecho de identidad del menor de edad, (y en cierta contrariedad con la posible revocatoria al reconocimiento de paternidad siempre y cuando se pruebe el error, por parte de la misma sala ya mencionado líneas arriba) niega cualquier revocatoria que pueda generar afectación al derecho de identidad en el menor de edad, conforme se tiene de la Casación 3797-2012/Arequipa de la Sala Civil Permanente:

“DÉCIMO TERCERO.- Que, estando a lo expuesto, no hay ninguna afectación al artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicho dispositivo se ha diseñado para la defensa de los intereses del menor y no para beneficio de los padres. Así, la norma es clara al indicar que: “el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”. De otro lado, el propio Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que



durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.” (Casación, 2013)

Así pues se tiene que la posición de las Salas de Derecho Civil es concordante con el principio del interés superior del niño, y que acepta una posible revocación al reconocimiento de impugnación de paternidad, siempre y cuando se haya invocado la anulación por vicio de voluntad, debiendo haber sido fehacientemente probado el error conforme se tiene de la Casación N° 864-2014/Ica, ya señalada, decisión que no se tendrá en cuenta en la presente investigación, puesto que no existe una interpretación sobre el derecho de identidad del menor, ni fue si quiera necesaria expresarse al respecto en el caso en concreto.

De los textos citados se evidencia que en ambas salas al derecho a la identidad en aplicación del principio del interés superior del niño se le ha dado una conceptualización y un fin diferenciado, por lo que determinaremos que interpretación es la más correcta a nivel constitucional, que propicia una uniformización dicha interpretación, en base a que el principio del interés superior del niño respecto de su derecho de identidad se ha generalizado sin importar las diversas etapas de su desarrollo, puesto que los mismos durante su crecimiento recién identifican a quien se ha reconocido como su padre, lo mismo se puede deducir también de la cercanía paternal, o del entorno familiar que se ha formado a partir del reconocimiento.

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1 Problema general

¿Es correcta la aplicación del principio de interés superior del niño en garantía de su derecho de identidad por parte de las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema en comparación con la interpretación por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad?



1.2.2 Problemas específicos

- 1º. ¿Cuál es el alcance del principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad?
- 2º. ¿Son correctos los criterios de inaplicabilidad de los artículos 400 y 395 del Código Civil en consulta por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema?

1.3 Objetivo de la investigación

1.3.1 Objetivo principal

Determinar si es correcta la aplicación del principio de interés superior del niño en garantía de su derecho de identidad por parte de las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema en comparación con la interpretación por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad

1.3.2. Objetivos específicos

- 1º. Determinar el alcance del principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad
- 2º. Precisar si resultan correctos los criterios de inaplicabilidad de los artículos 400 y 395 del Código Civil en consulta por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema

1.4 Justificación

1.4.1 Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación, por tratarse de un problema de trascendencia jurídica que debiera propiciar una uniformidad jurisdiccional, por tratarse de una latente afectación al desarrollo de los menores, a la construcción personal, familiar y social, de los involucrados; además por ser relevante el tratamiento que debiera darse en los procesos de



impugnación de paternidad a la prueba de ADN, por existir en estos procesos, una previsible afectación al menor.

1.4.2 Relevancia social

Tiene relevancia de carácter social, porque la parte de la sociedad beneficiada con la presente investigación está centrada en los operadores de justicia, el orden jurisdiccional, y los justiciables.

1.4.3 Implicancias prácticas

Es conveniente realizar la presente investigación, ya que los órganos jurisdiccionales no le dan la debida aplicación al principio de interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad, en los cuales claramente se ha podido revisar que ha primado la verdad biológica o la verdad formal, sin considerar que nos encontramos ante derechos de menores, quienes conforman un sector indefenso de nuestra sociedad por lo que deben ser pasibles de una protección especial para la plena satisfacción de sus derechos, al respecto en esta investigación se demostrara la conveniencia y correcta aplicación del principio de interés superior del niño al resguardo de su derecho a la identidad para el pleno goce y ejercicio del mismo

1.4.4 Valor teórico

La presente investigación centrara su análisis desde el punto de vista doctrinario y normativo exclusivo para establecer una correcta interpretación del derecho a la identidad del menor en el caso de impugnación de paternidad, basada en el principio de interés superior del niño, precedentes de carácter vinculante y doctrina.



1.4.5 Utilidad metodológica

Con esta investigación se podrá establecer mayores aspectos doctrinarios que permitirán a otros investigadores e interesados en el tema de impugnación de paternidad, a reconocer la mejor aplicación del principio del interés superior del niño en el derecho respecto de la identidad y el libre desarrollo de su personalidad, puesto que podrán extraer conceptos, y argumentos relacionados al conflicto normativo e interpretativo del interés superior del niño, por lo que esta investigación tiene una utilidad metodológica.

1.5 Viabilidad del estudio

La investigación resulta totalmente factible en la medida de contarse con recursos bibliográficos necesarios, entre los que principalmente se tiene doctrina y precedentes.

1.6 Delimitación del Estudio

1.6.1 Delimitación espacial

El espacio geográfico donde se ha observado el problema se haya delimitado en el órgano del Poder Judicial del Perú, específicamente en las Salas De Derecho Civil permanente y Transitoria de la Corte Suprema y las Salas de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en los procesos de impugnación de paternidad extramatrimonial.

1.6.2 Delimitación temporal

Para el análisis tomaremos información retrospectiva y presente. Es decir tomaremos en cuenta casos judiciales de los últimos 15 años.



1.6.3 Delimitación temática

El tema central de nuestra investigación está referido al proceso de impugnación de paternidad regulado en el libro III derecho de familia del Código Civil Peruano, y el Código de los Niños y Adolescentes.

CAPITULO II

DESARROLLO TEMATICO

2.1. Impugnación del reconocimiento de paternidad

2.1.1. Definición de Paternidad

Mizrahi citado por Bravo (2016), sobre el término padre, refiere: (...) al hacerse mención a los "padres" cuadra advertir que el término no está empleado tal como suele figurar en el diccionario de la lengua -quien ha engendrado o procreado - sino en un sentido cultural y jurídico. Será entonces una categoría legal, en la que el sujeto en cuestión representará el centro de imputación de un conjunto de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato. (pág. 13)

Así pues Varsi y Siverino citados por el mismo autor (Bravo, 2016) refieren que, Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (pág. 13)



En conclusión estas definiciones tienen una tendencia legalista, pues se entiende que la paternidad reconocida no está sujeta a condiciones de tipo biológico, la paternidad se da en el grado de que una persona asuma tal grado ya sea por declaración judicial, o por propia voluntad, la que precisamente se da en el reconocimiento, por lo tanto el reconocimiento voluntario como padre genera un vínculo paterno filial, sin importar el vínculo biológico.

Al respecto Bravo hace una importante referencia de la denominada posesión de estado en los siguientes términos (2016):

Varsi y Chaves (2010), indican que la posesión de estado en materia de filiación se refiere a la situación fáctica en la que una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica.

El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) tractatus comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres); (ii) nomen (la persona tiene el nombre de familia de los padres); y, (iii) fama (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades). (pág. 14)

Este concepto doctrinal respalda las consecuencias fácticas que se podrían generar de un reconocimiento de paternidad, pues a partir de este se crean vínculos entre las partes reconocientes y el menor, conocido por la sociedad, y por el estado, consecuentemente la con la sola existencia de estos presupuestos identificamos que la relación paterno filial verdaderamente existe, y que sobre pasa los límites de la verdad biológica.

Al respecto Bravo (2016) cita a Varsi y Chaves:

Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica, no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos. La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad



de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente.

(pág. 85)

2.1.1.1. La filiación como efecto del reconocimiento de paternidad

La filiación es efecto del reconocimiento en conformidad con el artículo 412 del Código Civil, pues este nos dice que una sentencia de filiación produce los mismos efectos que un reconocimiento: *“Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial Artículo 412°.- La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento.”*

De manera extensiva a lo señalado se debe precisar que existen diferentes orígenes de la filiación, entre ellos está el origen natural es decir el vínculo biológico entre padre e hijo, pero también existe un origen legal, ese es el que se conforma por ejemplo con el reconocimiento de paternidad.

Así Tantaleán (2017) cita a Galindo quien señala:

Generalmente, la filiación jurídica se basa en la filiación biológica, dado que por unión sexual una pareja concibe a un hijo y, de esa manera se genera el vínculo jurídico. No obstante, como se ha señalado anteriormente, no siempre ambas filiaciones llegan a tener una correspondencia absoluta, pues existen casos como la inseminación artificial, la fecundación extrauterina, la adopción, entre otros; en los cuales la realidad sociojurídica refleja la ausencia de una equivalencia plena entre la filiación como relación biológica y la relación jurídica (pág. 22)

Y finalmente Varsi (2013) señala: *“Así de las cosas, filiación es sinónimo de progreso y regreso. De las presunciones al ADN, del ADN a la vivencia y voluntad, la renombrada paternidad socioafectiva.”* (pág. 7)



2.1.1.2. La filiación

La filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva, que crea un vínculo jurídico de derechos, deberes y obligaciones, reconociendo un grado de relación de parentesco entre padre e hijo.

Azpiri citado por Varsi especifica que, se trata de un vínculo familiar. Krasnow nos dice que la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también, puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción o filiación por asimilación). Un estado legal inter partes con el consiguiente “entrecruce de derechos y obligaciones (...) (2013, pág. 75)

La filiación puede tener diferentes orígenes, pero sus efectos siempre serán los mismos, como dice Famá citado por Varsi (2013):

“La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocial, si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; y c) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida. (pág. 87)

Esto mismo se tiene de una interpretación jurídica de la artículo 412 del Código Civil pues equipara los efectos legales del reconocimiento con la sentencia de filiación extramatrimonial “*Efectos de la sentencia de filiación extramatrimonial Artículo 412°.- La sentencia que declara la paternidad o la maternidad extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento*” (Codigo Civil , 1984)



2.1.1.3. El derecho de filiación

La filiación es un derecho del menor, por lo mismo al pretender la impugnación del reconocimiento que genera la filiación, se afecta un derecho del menor y no uno del padre, y más aún el derecho a la identidad del menor, habiendo ya definido que la filiación dista de la realidad biológica.

En esa misma línea Tantaleán (2017) cita a Varsi:

La filiación forma parte del derecho a la identidad. De ahí han ido surgiendo nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica y el derecho a conocer el propio origen biológico, prerrogativas ambas que son innatas en el hombre (pág. 23)

En ese orden la filiación, y el parentesco no son iguales, pues así como una declaración judicial de paternidad puede generar filiación, el reconocimiento también genera filiación (artículo 412 del Código Civil), lo que nos lleva a concluir que existen formas distantes a la biológica que generan relaciones familiares.

Varsi (2013) ampliamente señala: Mizrahi manifiesta que:

El Derecho de la filiación se refiere al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento –determinación o establecimiento– de las relaciones paterno materno filiales en los tres ámbitos hasta hoy conocidos: a) la procreación por naturaleza (emergente de la cópula carnal); b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial; c) la filiación adoptiva. Este Derecho está integrado por las normas legales pertinentes relativas a la modificación y extinción de las mencionadas relaciones (pág. 85)

Así nos lo explica Diogo Leite de Campos citado por Varsi (2013):



La filiación origina la facultad de toda persona de ser reconocida de realizarse como humano; de conseguir su felicidad”. Para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de la generación biológica del hijo; para que se efectivice la relación filiatoria no es preciso haber transmitido la carga genética pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad). (pág. 71)

Finalmente nos damos cuenta que en la doctrina se reconocen diferentes orígenes a las relaciones familiares, y son respetados y válidos ya sea desde su origen o en el transcurso de su conformación, como sucede en el reconocimiento voluntario del menor, que se hace legal en el momento de su conformación, y se solidifica en el tiempo.

2.1.2. Definición de Impugnación

Dice Mandrioli citado por Ariano (2015)

Bajo el perfil generalísimo, la impugnación es un cuestionamiento que puede tener por objeto no solo una resolución (de un juez o de cualquier otro órgano) sino también, sino más bien más genéricamente, un acto. Cuando tiene por objeto un acto, la impugnación hace valer un defecto o, como se suele decir, un vicio, de tal acto. Cuando tiene por objeto una resolución, y en particular una resolución de un juez, puede, por un lado, tender a la simple eliminación de esa resolución y, por el otro, tender a sustituir tal resolución con otra resolución, lo que ocurre con una suerte de renovación del juicio que ha dado lugar a la resolución. (pág. 25)

Señala SATTA, Salvatore citado por Ariano (Ariano, 2015):

El término de impugnación es la calificación genérica de los múltiples remedios que se dan contra los actos jurídicos: en efecto impugnar no significa otra cosa, latinamente, que contrastar, atacar y por consiguiente la impugnación no tiene en sí y por sí tipicidad alguna. (pág. 25)



Así lo señala la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en su Casación N°1720-2014/Junín publicada en el diario oficial el peruano, pág. 60286 “... *La finalidad de toda “impugnación o recurso ordinario” es evitar la firmeza de la decisión que se impugna (impedir la formación de cosa juzgada) por considerarla injusta...*” (División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica, 2018, pág. 37)

En este entender la acción de impugnar el reconocimiento de paternidad, tiene una doble pretensión la nulidad del reconocimiento y acto que lo contiene, y eliminar el efecto paterno filial que se ha constituido a partir de este, al respecto Plácido (2003) desarrolla esta diferencia:

En términos generales, el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos. La segunda en cambio, solo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico. (pág. 819)

Al respecto continúa el mismo autor al diferenciar la necesaria pretensión en el proceso de impugnación de paternidad, ya que en nuestra práctica legislativa muy poco se tiene en cuenta esto para diferenciar el fin del proceso de impugnación de paternidad con el proceso de nulidad de acto jurídico.

En este sentido señala Plácido (2003) Téngase presente que, cuando se alude a la invalidez o a la impugnación del reconocimiento, se efectúa respecto del reconocimiento constitutivo del título de estado o del que, aun no constituyendo tal, pretenda ser opuesto por el accionante, o sus herederos, o eventualmente terceros con interés legítimo. Como queda dicho, la doctrina distingue entre invalidez e impugnación del reconocimiento. La distinción es importante, por cuanto (pág. 819):



- a) La acción de impugnación del reconocimiento ataca o convierte su contenido, o, lo que es lo mismo, convierte el presupuesto biológico que lo implica: el nexo biológico determinado por la procreación entre reconociente y reconocido.
- b) La acción de invalidez, en cambio, ataca la validez sustancial del acto jurídico que contiene el reconocimiento por vicios que tañen a su eficacia constitutiva o estructural como tal. De tal modo que en la acción de invalidez no está en juego, ni se discute, si quien reconoce es en verdad el padre o la madre del reconocido – como en la acción de impugnación del reconocimiento-, sino el vicio sustancial que impide la eficacia del acto jurídico.

En ambos casos, es cierto, el reconocimiento cae. Pero la distinción es trascendente por cuanto la invalidez del reconocimiento no impide en el futuro un nuevo reconocimiento mediante acto válido- por ejemplo, llegado el reconociente a la edad mínima requerida-; en cambio, los efectos de la cosa juzgada en la acción de impugnación del reconocimiento, si prospera, hacen imposible su reiteración. En este último caso, la sentencia que acogió la impugnación declara inexistente el nexo biológico que determina la procreación y que es el sustento del reconocimiento.” (pág. 819)

El mismo autor señala que en los casos de acción de invalidez, se deberán tener en cuenta las mismas causales de nulidad prescritas en el artículo 219° del Código Civil, siendo que para el caso presente, según lo expresado por las salas civil, y por qué en su mayoría podrían sustentarse y se sustenta la pretensión de nulidad, es de vicio en la voluntad del reconociente, pues según Plácido (2003) la voluntad puede ser viciado de la siguiente forma:

“2. Por vicios de la voluntad del reconociente al otorgar el acto de reconocimiento. A saber error, dolo, violencia o intimidación, que lo tornan anulable. Así se reconoce como hijo a quien



biológicamente no lo es, sea porque se tuvo una apreciación engañosa espontanea o provocada” (pág. 820)

En términos generales la impugnación de paternidad es la acción que impulsa la revisión procesal del reconocimiento de la filiación que se originó por razón diferente a la biológica, que ocasiona un perjuicio en el impugnante.

2.1.2.1. Clases

- Impugnación de paternidad dentro del matrimonio: esta es la acción de negación de paternidad, que es generada por una filiación natural; puesto que se presume la paternidad si el hijo fue concebido dentro del matrimonio. Se encuentra regulada en el artículo 363° del Código Civil, en la que regula como prueba irrefutable la del ADN.
- Impugnación de paternidad extramatrimonial: esta es la acción sobre el acto de reconocimiento en instancia registral o notarial que generó la filiación de paternidad, fuera del matrimonio. Está regulada en los artículos 395°, 399 y 400° del código civil, y en esta impugnación no está regulada la prueba biológica científica de ADN.

Sobre esta impugnación sería más correcta y completa la denominación de impugnación de reconocimiento de paternidad

2.1.2.2. Qué se impugna y efectos de la impugnación

En un proceso de impugnación de paternidad se impugna el acto de reconocimiento, tiene como efectos determinar la afectación por el indebido reconocimiento y el cese de la misma, que correspondería a su nulidad.

En ese entender resulta válido que al declarar fundada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad no solo se subsane el error, sino también en consecuencia se



proceda a la nulidad, ello sin necesidad de que se tenga que instar una demanda de nulidad, para que los efectos puedan extenderse a los fines del acto jurídico, debidamente requerido en el petitorio, y por las causales establecidas en el artículo 219 del Código Civil.

Sin embargo en la siguiente casación podremos ver que en resguardo al interés superior del niño, del nombre, y de la identidad dinámica, no se le niega el derecho de seguir utilizando el apellido de su padre como suyo, pues aunque se haya declarado fundada la demanda y se le excluye al impugnante de la partida de nacimiento: las consecuencias del reconocimiento no podrán ser eliminadas, pues han constituido derechos personalísimos como la identidad sobre por el nombre, Casación N° 2833-2003/Huancavelica (2004) de la Sala Civil Permanente de fecha 28 de noviembre del 2004:

Octavo.- Es pertinente señalar que la exclusión del nombre de una persona que figura como padre en la partida de nacimiento no importa privación alguna del apellido con el que se le conoce a su titular, del menor, en el presente caso, pues, además de que el nombre de una persona es un atributo de su personalidad, conforme al Artículo 19 del Código Civil toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, por lo que el menor citado seguirá ostentando como apellido paterno el de Tovar.

Esta sentencia es un claro ejemplo de la primacía del derecho a la identidad mediante el derecho a conservar el nombre, con respecto a la pretensión contenida en la demanda de impugnación de paternidad, pues aun habiendo contenido la demanda nulidad del acto de reconocimiento de paternidad, esta no es admitida, sin embargo sí se admite la impugnación y se reconoce el error en el conformación de la relación paterno filial.

Es decir que el efectos siempre será necesariamente la nulidad, sino que esta deberá ser expresamente pretendida (como se vio en el tema anterior), y que distara la impugnación de la nulidad, siempre que una no dará inmediato efecto a la otra.



Cabe recordar que aunque se pretenda la sola nulidad esta debe presentarse ante el juzgado de familia, conforme al PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL FAMILIA (2018) “*El Juzgado de Familia es el competente por la materia, para tramitar la demanda de Nulidad de acto jurídico de reconocimiento de paternidad, porque involucra la filiación*”, pues involucra tema de filiación, esto se debe tener en cuenta pues la pretensión de nulidad no será equiparable a la de cualquier otro acto jurídico, pues el simple hecho de tener que tramitarse ante el juzgado de familia reconoce su especial tratamiento, y no implica que únicamente se deba resolver sobre el error o vicio en la voluntad.

2.1.2.3. Principios aplicables al proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad

Por tratarse de un proceso en el que se discute la afectación de un acto que ha generado la filiación, deben tenerse en cuenta lo fijado por Varsi evocado por Tantaleán (2017):

Cuando la ley sea insuficiente para resolver controversias de orden filiatorio, corresponde aplicar los principios relacionados a la filiación, los cuales protegen a los sujetos que forman parte de la relación paterno filial, a través de mecanismos inmediatos y efectivos que buscan garantizar la primacía de los intereses superiores de la persona humana. Teniendo en cuenta la legislación, la doctrina y los criterios jurisprudenciales actuales, existen los siguientes principios: i) Unidad de la filiación, ii) Protección a la familia. (pág. 25); y iii) Construcción de afectividad

i) Principio de unidad de la filiación:

El mismo autor define a este principio en los siguientes términos:

El principio de unidad de la filiación se encuentra vinculado con el derecho igualdad y el respeto a la dignidad que goza el ser humano. Tras la equiparación de las filiaciones reconocida desde la Constitución Política del Perú de 1979, se produjo la eliminación de las distinciones



entre los hijos llamados legítimos e ilegítimos, primando la igualdad sin importar su origen biológico (2017).

Vargas citado por Tantaleán (2017) señala que el ordenamiento jurídico peruano reconoce a este principio en el último párrafo del artículo 6° de la Constitución Política del Perú de 1993 antes citado. Sin embargo, en el Código Civil de 1984 no se reconoce completamente esta equiparación de las filiaciones, puesto que existen algunos artículos que sí contemplan dicho principio como por ejemplo el artículo 818° del 27 Código Civil referido a la igualdad de derechos sucesorios, el cual establece lo siguiente: Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de éstos, y a los hijos adoptivos.

Así pues este principio resulta ser uno de carácter igualitario y que se contrapone contra toda clase de discriminación que de la filiación se pueda generar, esto es que cualquier causa de conformación de la relación paterno filial no sea motivo de diferenciaciones ante el grupo familiar y social, a tal punto de lograr que lo que en el forma sería una diferencia legal no afecte lo que el fondo se ha constituido ello es una relación padre e hijo.

Por lo que este principio si bien parte de la no discriminación, va más allá de ello, en si sostiene que el origen de la relación paterno filial, no distraiga los fines de la misma, por lo que la legislación internacional ha hecho hincapié en el ello, como por ejemplo:

Artículo 17°, inciso 5, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1978): “*La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo*” (pág. 407)

Artículo 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989):



1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

ii) Principio de protección de la familia

Este principio resulta de vital importancia al encontrarse reconocido en la constitución, pues nuestra constitución tiene un fin social, en su artículo 4° reconoce el fin protector a la familia por parte del estado

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.”

Sobre este principio Tantaleán (2017) cita a Lando quien sostiene que, la familia es una institución básica y esencial en el desarrollo de políticas del Estado debido a que mediante los poderes públicos se busca otorgarle una protección integral efectiva a través de medidas adoptadas que garanticen su desarrollo positivo acorde con todo lo que comprende su naturaleza. Dada la importancia de la familia reconocida por el sistema constitucional como núcleo y origen de la sociedad, y como aquella institución natural encargada del cuidado integral de la persona; el Estado Peruano tiene el deber de protegerla y promoverla bajo políticas públicas efectivas que garanticen su desarrollo, bienestar y un tratamiento jurídico



acorde a sus especiales características, fines, funciones e importancia. De acuerdo a ello, el artículo 4° de 55 la Constitución Política del Perú antes citado, establece el deber constitucional a los poderes públicos de proteger jurídicamente a la familia como instituto fundamental de la sociedad. Flores, T. (2014). (págs. 54-55)

iii) Construcción de afectividad

Esta es una característica es considerada por Varsi como un elemento natural de la filiación, nos explica sobre esta lo siguiente:

La presencia y fuerza de la filiación no es exclusiva de la relación biológica padre/hijo. La filiación no es superficial ni cutánea, es profunda y medular. La relación humana vinculante con la filiación está impregnada de amor, consecuentemente lo está –también– la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el Derecho y la vida. Amor, procreación, amor, filiación, amor. Para procrear necesito amor, para asumir un hijo necesito amor, para ejercer como padre necesito amor. (...) Tendemos más a las relaciones sentimentales que a las genésicas. (Rospigliosi Varsi, 2013, pág. 70)

El mismo autor refiere que la socio efectividad en las relaciones familiares es sinónimo de convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen biológico. Más allá de los genes, lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad). (Rospigliosi Varsi, 2013, pág. 94)

2.1.2.4. Finalidad de la prueba de ADN en los procesos de impugnación de paternidad

En la práctica resulta común que el impugnante ofrezca prueba de ADN para sustentar error en el acto jurídico y la afectación, por lo que resulta importante dilucidar en el presente trabajo de



investigación, cual es en realidad esta prueba a fin de saber si realmente la identidad biológica del menor, es determinante para alterar la inscripción de su nombre, fundamento por el cual pueda declararse fundada la demanda de impugnación.

Conforme se tiene de la Consulta N°5212-2014/Madre de Dios de la Sala Constitucional y Social de Corte Suprema (2015):

“Noveno.- En consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal (...)”

Este fundamento sostiene que con la prueba de ADN se podrá conocer el origen biológico del menor, y desarrollarse con la familia que le corresponde según su origen.

Sin embargo se debe tener en cuenta que el proceso de impugnación tiene como único fin detectar el error en el acto jurídico, y en consecuencia su afectación, y una posible nulidad del acto de reconocimiento si así lo pretende el impugnante, no es saber el origen biológico, en ese sentido ponderar la identidad biológica sobre la identidad dinámica, no garantiza un resultado favorable para el menor, por lo que el principio de interés superior del niño termina siendo desvirtuado.

En ese sentido se expresa Saravia Quispe (2018):

Cada caso planteado como pretensión en un proceso de impugnación de paternidad resulta diferente a otro; por lo tanto, no se puede generalizar que solo se resolverá la litis con la acreditación de los padres biológicos, sino que existirán casos en que el niño, niña o adolescente haya desarrollado dentro de su identidad una historia familiar en donde identifique como su padre aquel que lo ha reconocido y esa realidad es parte de su derecho al libre desarrollo de su personalidad. (pág. 197)



2.1.2.5. Artículos que se inaplican en el proceso de impugnación de paternidad

En la actualidad nuestra normativa civil sobre procesos de familia, no se encuentra coetáneo en contraste con los avances tecnológicos, ni con la demanda de tutela judicial de acceso a la justicia que se encuentra limitada por algunos artículos, por lo que los operadores de justicia han optado por inaplicar algunos artículos del Código Civil que privan el acceso a la tutela judicial, pues existen elementos probatorios tecnológicos, como son la prueba de ADN que; a criterio del juzgador, permiten una revisión en sede judicial de un conflicto de intereses, es así pues que en la práctica son dos los artículos del Código Civil que se inaplica en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, con aprobación de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema mediante consulta.

Esto tiene sustento en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Supremo N° 017-93-JUS (1993):

“Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución. De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. (*) Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de



inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.”

Bajo estas premisas, los artículos inaplicados tanto por las salas constitucional y social, y las salas civiles de la corte suprema son:

A. Artículo 395.-

“Irrevocabilidad del reconocimiento

Artículo 395º.- El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.” (Codigo Civil , 1984)

Varsi Rospigliosi (2003)

Esto implica que una vez declarado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a todas sus consecuencia jurídicas que deriven de su actuación (BEGOÑA). Una vez que me declaro padre no puedo desdecirme. Indiscutiblemente, esta característica es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es presupuesto (ZANNONI).

Respecto al tema de la irrevocabilidad es de citar que si se trata de un reconocimiento testamentario este no pierde su fuerza aunque se revoque el testamento o sus demás clausulas sean nulas. El hecho de que el testamento sea revocado no afecta en esencia del acto familiar de reconocimiento otorgado, así lo expresan de manera especial algunos Códigos Civiles como es el caso de Portugal (artículo 1858), el código civil de México en materia federal (artículo 366), el código de familia Boliviano (artículo 199) y código civil de Guatemala (artículo 212). Además nótese la singularidad, este último código al agregar que si el testamento fuera declarado nulo por falta de requisitos testamentarios especiales esto no afecta el reconocimiento, siempre que los vicios no perturben jurídicamente el acto de paternidad



(artículo 213). En igual sentido conjunto que Guatemala, lo regula el código de familia de Panamá (artículo 260)” (pág. 801)

La simple interposición de la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, pretende en un sentido literal, la inaplicación de este artículo, es cual expresamente refiere que el acto de reconocimiento de paternidad es irrevocable, sin embargo el petitorio que acompaña la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad no será otro que dejar sin valor y sin efectos de forma parcial el reconocimiento del padre que se asienta mayormente (y para fines del presente estudio) en la partida de nacimiento, es decir desconocer la existencia del acto y documento que contiene el reconocimiento.

La Corte Suprema por medio de sus salas civil y constitucional mediante sentencias y consultas admite la inaplicación de este artículo, por las siguientes razones:

A interpretación de la Sala Civil de la Corte Suprema es viable la inaplicación de este artículo siempre y cuando se haya probado el engaño en el acto de reconocimiento de paternidad puesto que este ha viciado la voluntad del padre, pues concurrirán las causales para la nulidad del acto y documento que lo contiene, cabe mencionar que la pretensión correcta será la de nulidad del acto jurídico de reconocimiento de paternidad, ello en concordancia con el PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA llevado a cabo en Ica el 21 de setiembre del 2018, que refiere lo siguiente: “El Juzgado de Familia es el competente por la materia, para tramitar la demanda de Nulidad de acto jurídico de reconocimiento de paternidad, porque involucra la filiación”, pues es en ese sentido la Sala Civil en su Casación 864-2014-ICA (2014), señala lo siguiente:

3. Que, en tal sentido, no se determina en base a los actuados la presencia de dolo y violencia que alega el demandante haber sufrido, ni mucho menos que se haya incurrido en error, sino más bien ha quedado claro, dado los años transcurridos, que el demandante, tuvo una voluntad



generadora del acto jurídico (...); es decir, tuvo en el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades. Sin poder acreditar el rompimiento de los elementos antes citados, ni la presencia de factores perturbadores que pudieron haber hecho surgir una voluntad viciada. Se debe agregar que lo alegado por el demandante no se encuentra inmerso en ninguna causal de nulidad (artículo 219 del Código Civil) ni en causales de anulabilidad (artículo 221 del Código Civil). (Casación, 2014)

Que, por último, el reconocimiento es irrevocable, por lo tanto, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar (excepto en casos muy calificados cuando se prueba el error, dolo o violencia). El fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aun teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. (Casación, 2014)

Sin embargo las salas constitucional y social de la Corte Suprema tienen una interpretación diferente para permitir la inaplicación del artículo, pues es en consulta sobre precisamente la inaplicación de este artículo y del artículo 400 (que desarrollaremos más adelante), que aprueba la irrevocabilidad del reconocimiento de paternidad, como lo es en la Consulta N°132-2010-La Libertad (2010):

Noveno: Que, no obstante ello, existe el derecho que tiene todo niño a que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, y de no ser el caso, existe



un interés superior basado en que éste debe conservar los apellidos con los que se le viene identificando hasta que se establezca su verdadera filiación. (Consulta, 2010)

Décimo: Que, por tanto, ésta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso sub litis, de un lado las normas constitucionales que reconocen como un derecho fundamental de la persona el **derecho a la identidad** y el derecho a la verdad y de otro la norma legal que estable que el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; sin que de la interpretación conjunta de las normas referidas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda, razón por la cual corresponde aprobar la sentencia de fecha quince de julio del dos mil nueve que es materia de consulta. (Consulta, 2010)

Cabe resaltar que, las salas constitucional y social, no condiciona la inaplicación de este artículo, se entiende pues que su inaplicación es absoluta, con el fin de lograr encontrar la verdad biológica como elemento primordial en la identidad del menor, considerando pues que esta verdad real que ya se conoce debe ser plenamente aceptada en concordancia con el principio del interés superior del niño; distante a como la interpreta las salas civil, que condiciona la revocatoria del reconocimiento siempre y cuando haya mediado engaño en la suscripción de esta, teniendo una postura más civilista a proteger la manifestación de voluntad en el acto jurídico.

B. Artículo 400.-

“Artículo 400º.- El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto.” (Codigo Civil , 1984)



Mediante este artículo se establece un plazo de 90 días para la interposición de demanda de reconocimiento de paternidad desde que se tuvo conocimiento de dicho acto, sin embargo ello no resulta constitucional, ya que sobre este se ha aplicado un control de constitucionalidad concluyendo que por control difuso dicho artículo resulta contrario a la constitución, como se tiene de la Consulta N° 3873-2014/San Martín de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (2015):

8.3 En tal contexto, el plazo de caducidad de impugnación de paternidad contenido en el artículo 400 del Código Civil, *prima facie* en un examen abstracto, tendría una finalidad constitucional, cual es, la protección y consolidación del estado de familia; sin embargo **no se observa** que el medio para obtener dicha finalidad en el **caso concreto resulte idóneo**, ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo cual puede comprobarse de forma certera con la prueba de ADN ofrecida por el accionante; en tal sentido, la medida legislativa de acción de estado de impugnación de paternidad sujeta al plazo de caducidad de noventa días; resulta lesiva a los derechos involucrados expuestos en el fundamento sétimo de la presente sentencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, como es el derecho a la familia, el derecho a la identidad biológica y el principio del interés superior del niño; (...). (Consulta, 2015)

8.4 Concluyendo que el medio adoptado por el legislador en relación al plazo para impugnar el reconocimiento de paternidad, no es idóneo para el fin perseguido respecto al derecho a la familia biológica de iniciales A.P.S.T.; la intervención lesiona el derecho a su identidad, a la familia *biológica* y al principio del interés superior del niño; resultando más bien inconstitucional la medida en este caso particular de negación de paternidad, tanto más, si es perjudicial a la protección especial del cual es titular el menor afectado; (...), cediendo el interés en abstracto del legislador frente al interés concreto del menor de que se determine su identidad y familia biológica, más aún si con ello se favorece a un entorno familiar favorable.



(...), resulta razonable y proporcional así como los efectos positivos serán mayores, que se declare inaplicable el artículo 400 del Código Civil, correspondiendo declarar la inaplicación vía control difuso por incompatibilidad constitucional; (...). (Consulta, 2015)

Pues de la consulta anotada la corte desarrolla una ponderación entre el fin constitucional de la consolidación y protección estatal a la familia, y el derecho a la identidad, concluyendo que resulta incongruente que se pretenda la consolidación de una familia que primigeniamente no es correspondiente en lo biológico, y que por lo tanto sería lo más favorable para el menor, que se desarrollase con su familia biológica.

Bajo fundamentos similares se acuerda la inaplicación de este artículo en el PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA llevado a cabo en Ica el 21 de setiembre del 2018, que ha arribado –entre otros- los siguientes:

“No se aplica el artículo 400° del Código Civil, pues se prefiere garantizar el derecho a la identidad de los menores de edad, el cual implica que estos conozcan su origen biológico”.

2.1.3. Teoría de los actos propios en el proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad

Pozo (2018) sobre la Teoría de los hechos propios señala:

Lo anteriormente señalado implica, que una vez declarado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a todas sus consecuencias jurídicas que deriven de su propia actuación (Casación N°5869-2007-Moquegua de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República)

El acto de reconocimiento de paternidad “voluntariamente inexacto” no puede ser cuestionado por quien lo celebros. Teoría de los hechos propios. Octavo.- si bien el artículo 399 del código civil contempla que el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre, está reservado



a quien no interviene en el reconocimiento y justamente en coherencia a lo precisado precedentemente, se trata de una permisión restringida, que constituye una excepción a la regla de la irrevocabilidad, que debe ser coherente a la no admisión de modalidad y por ende no puede estar a merced de la mera voluntad del declarante. Noveno.- la teoría de los actos propios, según la cual el declarante de voluntad no puede inobservarla, a menos que la ley legitime dicha contradicción; constituye una regla que requiere conducta vinculante, pretensiones contradictorias e identidad de sujetos; requisitos que concurren en el caso de autos, en el que la conducta vinculante está dada por el acto de reconocimiento del menor como padre, por parte del demandante a sabiendas que este no es su hijo biológico (lo que finalmente ha quedado acreditado en autos); la pretensión contradictoria está dada por alegar la nulidad de dicho acto de reconocimiento por no ser el padre biológico del menor pese a que lo realizó a sabiendas que no era el padre biológico del menor y la identidad de sujetos, pues el acto de reconocimiento involucra a las mismas partes, padre e hijo. Decimo. En el caso de autos nos encontramos ante un reconocimiento de paternidad “voluntariamente inexacto” [Varsi], al haber sido realizado por quien sabe que no es padre biológico del reconocido; por ello en virtud a la teoría de los actos propios, quien realiza este tipo de reconocimientos no puede luego ir contra su propio acto pretendiendo se declare la nulidad del acto de reconocimiento alegando un vicio aceptado por este. (Casación N°2245-2014-San Martín, de 01-12-2014, ff.jj. 8-10 de la Sala Civil de la Corte Suprema de justicia de la república) (págs. 496-497)

II. Derecho a la identidad

2.2.1. Definición de identidad

Según la Real Academia De La Lengua Española (2018) es el *“Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”*



En realidad, el derecho a la identidad personal es esencialmente un derecho creado a partir de la jurisprudencia italiana, lo cual es especialmente significativo si se tiene en consideración que el sistema jurídico italiano es de tradición romano-germánica– “civil law” – donde la creación normativa recae principalmente en los legisladores (Pino 2000: 9). Fue a partir de las sentencias de los jueces italianos que se puso en evidencia que el derecho a la identidad debía ser objeto de reconocimiento y tutela jurídica con independencia de otros derechos fundamentales, como el derecho al nombre, la imagen, la intimidad y el honor, entre otros. (Menéndez, 2016, págs. 17-18)

A este derecho se le da la categoría de fundamental, pues es necesario para el ejercicio de otros derechos expresamente reconocidos, como es el derecho a la ciudadanía, derecho a un nombre, y derecho a que se le reconozca su existencia, entre otros, por lo que nos remitimos a LO señalado por Fernandez ciado por Menéndez (2016) que con referencia a la sentencia de la Corte de Casación Italiana del 22 de junio de 1985, menciona lo siguiente:

El aporte fundamental de esta sentencia al desarrollo jurisprudencial del derecho a la identidad consiste en concebir a la identidad personal como un bien especial y fundamental de la persona, que implica, entre otros, el derecho de cada sujeto a exigir el respeto de su modo de ser en la realidad social y a que se garantice su libertad de desarrollarse integralmente como persona individual. (pág. 10)

El tribunal constitucional también ha aportado un concepto de identidad en su sentencia Exp. N.º 04509-2011-PA/TC-San Martín (2011)

“9. Este Colegiado ha dejado establecido en su jurisprudencia que la identidad a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por



diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc. (Exp. N° 2223-2005-PHC/TC).”

2.2.2. El derecho al nombre en el derecho a la identidad

Se debe tener en cuenta que el derecho a la identidad tiene formas de manifestarse en el desarrollo de la personalidad, una es conocida como la identidad dinámica, y otra como identidad estática, esto se tiene de las casaciones materia de opinión; de esta última identidad, se ha determinado que proviene de la designación que se le hace a una persona, y que permite denominarla así y poder individualizarla de las demás, esto es pues el nombre, siendo este elemento el primigenio para distinguirse de los demás, siendo incluso que el registro, este constituye el primer acto que involucra al menor, pues el acto de reconocimiento de un recién nacido se encuentra consignado en la partida de nacimiento.

2.2.2.1. Concepto

Al respecto podemos mencionar que el concepto del nombre ha sido completamente desarrollado por nuestro Tribunal Constitucional recordado por Solórzano (2015):

“Elementos de la partida de nacimiento nombre del individuo al nacer

13. El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que el permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida. Se refiere al nombre de pila, el cual es libre y es elegido por los padres o por el que hace la inscripción en el registro civil. La elección de un segundo o más nombres es facultativa. El nombre recoge datos históricos de la persona que la singularizan de los demás y provee la información base para la emisión del DNI. Es obligatorio tenerlo y usarlo; es



inmutable, salvo casos especiales; no es comercial, puesto que es personalísimo, aun cuando se transmita por procreación; es imprescriptible, aunque se deje de usar, se haya empleado uno más o menos erróneo o se utilice un conocido seudónimo. Así mismo permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a 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” (pág. 47)

En este mismo orden, será necesario precisar cómo ha desarrollado el tribunal constitucional al apellido, dentro de los elementos del nombre, pues cuando se impugna el reconocimiento de paternidad, este tiene como efecto la alteración en el apellido del nombre del menor, es decir se pretende la eliminación del apellido de quien pretende deje de reconocérsele como padre.

Este elemento de la identidad de la persona constituye un derecho, pues el nacimiento de la persona humana exige que sea sujeto de este derecho. Y por lo tanto a su conservación, según los términos del Tribunal Constitucional

(...) una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que este conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga el deber de mantener la designación que el corresponde. (Sentencia, 2016)

“El apellido

14. designación común de una estirpe que cada uno porta debido a su pertenencia al grupo y a la que se diferencia por este apelativo. El apellido en el nombre de la familia que sirve para distinguir a las personas, y es irrenunciable e inmodificables. Debe figurar primero el apellido paterno y luego el apellido materno.

El apellido no puede cambiarse respecto al que consta en la partida de nacimiento, salvo por tramitación administrativa judicial. El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y



la paternidad. Se trasmite de padres a hijos, sean hijos matrimoniales y extramatrimoniales, siempre que hayan sido reconocidos, dado el caso por sentencia judicial” (pág. 47)

Así es que (Solorzano, 2015), nos recuerda los efectos del reconocimiento de paternidad en la partida de nacimiento: En este contexto nos recuerda el supremo interprete de la constitución que la partida de nacimiento consigna el nombre del individuo al nacer, el cual comprende tanto el prenombre como los apellidos, los cuales permiten identificarnos y diferenciarnos de los demás, aparte de establecer una relación de pertenencia a una familia, a partir de la consignación de los apellidos de los padres. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la partida de nacimiento debe de consignar tanto la identidad como la dirección de los padres, ya que a partir de estos datos se establecen los relaciones de parentesco consanguíneo de línea recta, a partir de los cuales se determinan los derechos y obligaciones que surgen en virtud de dicho vinculo (patria potestad, obligaciones alimentarias, entre otros).

2.2.3. La identidad como derecho constitucional

En primer lugar debemos precisar que el derecho a la identidad es un derecho humano, constitucionalmente reconocido, este derecho fundamental, se encuentra reconocido en la Constitución Política Del Perú (1993) en su Artículo 2°.- *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”*

Nótese que en el texto del articulado antes citado el derecho a la identidad se encuentra íntimamente ligado al derecho a su integridad moral, psíquica y física, y a su desarrollo; de lo que se puede advertir que al pretender la alteración de su nombre reconocido legalmente, y además reconocido por él y por quienes lo rodean, se le estaría vulnerando también esos derechos, siendo evidente que un menor que ha crecido identificado con un nombre a base del



cual ha forjado su personalidad podría perturbar el normal desarrollo de su personalidad, y su desarrollo psíquico y moral, es pues de especial importancia el resguardo de este derecho para quienes constituyen un grupo vulnerable, como son los niños, por lo que también se encuentra reconocido en el Código De Los Niños y Adolescentes (2000):

“Artículo 6° A la identidad.- El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que 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. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.”

Dentro de la doctrina se interpreta de este articulado que el menor tiene derecho a conocer a sus padres biológicos, y en consecuencia a llevar sus apellidos, evidenciando el íntegro del texto, pues este refiere que en la medida de lo posible; en los casos de impugnación que se tienen de las sentencias casatorias y consultas que son materia de estudio en la presente investigación, encontramos que al menor no se le conoce, ni es el fin del proceso saber quiénes son sus padres biológicos, tampoco importa dicha información para forjar una identidad.

Por lo que resulta contrario que teniendo un nombre, sobre el cual el menor ha ejercido su derecho al desarrollo integral de su personalidad, se pretenda desconocer ello, considerando además que del texto anotado se tiene que es obligación del estado preservar la inscripción de los niños y adolescentes.

Así mismo la normativa internacional a la que estamos adscrito, brinda parámetros para la protección del derecho a la identidad en los menores, a la preservación del nombre, y así como su aplicación por parte de la administración de justicia en los términos y alcances anotados



anteriormente, como se tiene de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), primer dispositivo en el que se reconoce expresamente al derecho de identidad como derecho humano:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Bravo (2016) nos recuerda que La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Forneron e hija vs. Argentina*, en cuanto al derecho a la identidad de los niños, ha precisado lo siguiente:

“La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez” (pág. 82)

De las normas anotadas se tiene que el derecho a la identidad es un derecho esencial, que este debe tener especial protección en los menores, pues son ellos los que se encuentran en pleno desarrollo, que forjan constantemente su identidad dinámica, por lo que no debe permitirse la demudación en su nombre; que constituye un elemento vital de la identidad, solo así se garantiza el efectivo goce de los derechos de rango constitucional de identidad, libre desarrollo de la personalidad y a la protección de su integridad moral, psíquica y física.



2.2.3.1. Clases de identidad: Posiciones de las salas civil, y las salas constitucional y social de la Corte Suprema

La identidad subjetiva o dinámica y la identidad objetiva o estática, son dimensiones que forman la identidad en una persona, ambas están reconocidas por las salas civil, y las salas constitucional y social de la Corte Suprema, debiendo tener en cuenta que la denominada identidad biológica, se encuentra integrada en la identidad estática.

Estos conceptos son desarrollados en la doctrina, sin embargo ya desde hace algunos años, se han visto desarrollados en las sentencias del Tribunal Constitucional, dando así una interpretación constitucional del derecho de identidad del menor, a tener en cuenta en los procesos de impugnación de paternidad, teniendo como base lo señalado por el Tribunal Constitucional, refiere Solórzano (2015)

“por su parte aunque no directamente relacionado con temas sobre derecho de familia, corresponde destacar el hecho de que el Tribunal Constitucional considerase que el derecho a la identidad excede la mera consignación de datos objetivos en la partida de nacimiento o en el documento nacional de identidad, ya que también comprende elementos subjetivos que van desarrollándose o modificándose durante la vida del individuo, como las creencias:

«21. Este tribunal considera 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 carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como 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, etcétera)

22. la identidad desde la perspectiva descrita no ofrece pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra además involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros» (págs. 48-49)

Del mismo modo en las sentencias casatorias que son materia de estudio, se desarrolla esta doble dimensión de la identidad, como fundamento ligado a resguardar la identidad proyectiva del menor, así pues tenemos los fundamentos que se desarrollan en la Casación N°3797-2012/Arequipa de la Sala Civil Permanente De La Corte Suprema De Justicia De La República (2013):

10. Que, sin duda, la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial sin embargo, dicha filiación otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado **Carlos Fernández Sessarego** constituye: *“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”* presentándose bajo dos aspectos *“uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarías) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la intersubjetividad.* (Casación, 2013)



11. Que, siendo ello así a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. (Casación, 2013)

En conclusión de los fundamentos anotados se tiene que la sala civil, interpreta en concordancia el interés superior del niño, que no es posible declarar fundada la impugnación de reconocimiento de paternidad si se menoscaba la identidad del menor.

Por lo que debe tenerse en cuenta que la filiación para fines de la presente investigación en consecuencia establece un elemento de la identidad estática, e impulsa el desarrollo de la identidad dinámica, pues esta es reconocida voluntariamente por el padre, y es adoptada como cierta y válida por el reconocido.

A propósito, Mizrahi citado por Bravo (2016), refiere:

La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es que, como con acierto se postuló, el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona. (pág. 83)



Así pues resulta importante que la interpretación del derecho de identidad se dé más allá de la identidad biológica, ya que solo así constituiría una tutela jurisdiccional efectiva, en concordancia con lo señalado por Menéndez (2016) quien señala que:

La tutela jurídica del derecho a la identidad personal – especialmente teniendo en cuenta la extensión de su aspecto dinámico - debe ser enfocada desde la perspectiva de la tutela integral de la persona. Siendo el ser humano “...una unidad inescindible, en la que se conjugan naturaleza y espíritu, soma y sique...” su tutela debe ser también integral (...) Es por ello, que la tendencia actual en derecho comparado es proteger a la persona de manera integral, utilizando cláusulas generales y abiertas de tutela, preferentemente de rango constitucional, y reconociendo la coexistencia de “un conjunto de derechos subjetivos” que se relacionan con “un aspecto o “manera de ser” de la persona...” (pág. 17)

La misma autora acertadamente hace referencia a la sentencia del Pretor de Roma en los siguientes términos:

Es la sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de 1974 la primera que reconoce el derecho a la identidad personal en su vertiente dinámica, como la “verdad personal” proyectada socialmente (Fernández 1992: 63 y 66).“... En (este) insólito pronunciamiento judicial... por primera vez, se hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho...donde la “verdad personal”... (constituye) la nota conceptual determinante del derecho a la identidad.” (Menéndez, 2016, pág. 18)

Así pues se concluye que: La identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona.“...La identidad personal...que se proyecta socialmente...es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involucona, cambia...



tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida...”

(Menéndez, 2016, pág. 15)

2.2.3.2. El desarrollo de identidad del menor

No es posible negar que existe un grado de identidad que se hereda de la transmisión genética que solo los padres biológicos pueden aportar pues como lo señala Chang Trujillo (1990, pág. 26) “(...) *los genes son los portadores de la herencia del niño. Toda la herencia física (color de ojos, color de los cabellos, rasgos físicos, etc.) del padre y de la madre está contenida en estos 46 cromosomas*”

Importa para la presente investigación considerar dos aspectos representativos de la identidad del menor, el primero que corresponde a la identificación de su propio yo desde el nombre, y otra a la identidad socio afectiva, donde se consideran las relaciones interfamiliares, y con los padres. Pues según Chang Trujillo, posteriormente a los 30 días de nacido el menor desarrolla conductas, y comportamientos independientemente de los rasgos genéticos, pues refiere que:

“(...) a los dos meses se puede observar la respuesta de gozo, posteriormente, de acuerdo al avance de la edad y de las experiencias, la diferenciación se hace más acentuada y, al mismo tiempo se hacen específicas las manifestaciones de gozo y es posible identificarlas conductualmente como elación, afecto y alegría.

(...)

Según Reese y Lipsitt, se pueden traducir las respuestas de desazón y gozo por constelaciones de respuestas de evitación y de acercamiento respectivamente en el recién nacido (...) la segunda implica respuestas de aceptación e estímulo. (págs. 114-115)



En ese sentido según el autor el menor desde los 2 meses de vida empieza a desarrollar su confianza con respecto al mundo exterior, que posteriormente se manifestara en relaciones afectivas, en ese sentido Chang Trujillo (1990) precisa:

Pero esta confianza no deriva solo de la satisfacción de las necesidades del infante o de las demostraciones de afecto de parte de los padres sino, fundamentalmente, de la combinación de lo anterior con un firme sentimiento de confianza de parte de la madre, dentro del marco del estilo de vida que caracteriza a su comunidad. Esto es también la base del sentimiento de identidad del niño que después, según las palabras de Erikson, se combinara con un sentimiento de “estar muy bien”, de ser el mismo y de llegar a ser lo que otras personas esperan que llegue a ser. (pág. 130)

El legislador de familia debe tener en cuenta que más que consecuencias legales por un posible resultado favorable al impugnante, las consecuencias serán irreversiblemente negativas a un menor en pleno desarrollo de su personalidad, así nos advierte Chang Trujillo, que la alteración mental en sus relación afectivas y de confianza, se manifiestan en un futuro perjudicial para el menor, y por lo tanto para todos los integrantes de la sociedad:

El predominio de la desconfianza básica, se expresara en el adulto como una forma de extrañamiento grave que tipifica a los sujetos retraídos cuando se disgustan consigo mismos y con los demás. En los casos de trastornos psicóticos, ese retraimiento se evidencia en el rechazo de cualquier tipo de contacto. (Chang Trujillo, 1990, pág. 130)

Así pues el legislador deberá tener en cuenta el grado de identificación del menor, en primer lugar consigo mismo, lo que correspondería a su identidad estática, entre la que tenemos su nombre, al respecto Olguin Palma y Soto Mardones (2015) nos explican:

4.1.1 Identificación de sí Alude a una descripción personal caracterizada por datos personales como nombre, edad y lugar de residencia. Los niños/as hacen referencia al nombre propio a



partir de los 7 años, siendo en todos los casos acompañado de los artículos yo – me. A medida que se avanza en la edad se complejiza la presentación personal, incluyendo verbos y lográndose a los 11 años una oración tipo saludo. (pág. 52)

Y con relación a las relaciones socio afectivas con los integrantes de la familia, y los padres, las mismas autoras como resultado de su estudio investigativo señalan:

4.3.1 Relaciones interpersonales con familia: Esta categoría hace referencia a aquellos vínculos que los niños y niñas establecen con miembros de su familia y cómo son significados y valorados por ellos. Aparece como temática en ambos sexos desde los 6 años e incluye las relaciones con padres y hermanos (familia nuclear) y familia extensa, con énfasis en figuras como la abuela y los primos. En primer lugar, la relación con los padres es descrita a los 9 años en ambos sexos y por la niña de 10 años. A los 9 años, se alude al vivir con los padres y a la profesión que estos poseen, además del amor que se tienen como familia. (...) A los 10 años se menciona una relación satisfactoria con los padres, en que los miembros de la familia se llevan bien a pesar del quiebre en la relación de pareja. (...) En ambas edades, puede apreciarse que la relación con las figuras parentales es caracterizada como satisfactoria, ya sea a través del establecer buenas relaciones con ambos, como a través del amor como sentimiento predominante en el vínculo. (pág. 63)

Olguin Palma y Soto Mardones citan a Piaget en los siguientes términos: menciona que las relaciones entre los niños y los adultos constituyen fuentes de transmisión educativa y lingüística, aportaciones culturales desde el punto de vista cognoscitivo y fuente de sentimientos específicos (Piaget e Inhelder, 1997). (...) Lo anterior cobra especial relevancia en la etapa de las operaciones concretas, ya que para que puedan emerger afectos y sentimientos morales más complejos, como el respeto mutuo y la moral autónoma, es necesario que las formas previas hayan sido alcanzadas, lo cual es difícil de pensar si los padres o quienes



cumplen ese rol, no hubiesen sido parte activa de ese proceso. La escasa presencia de las figuras paternas. (págs. 80-81).

Así pues se tiene que las relaciones interpersonales del menor empiezan a desarrollarse a partir del primer año de edad, es los 6 años que toman conciencia de su nombre y significado de identidad, y a partir de los 9 años que empiezan a considerar las relaciones afectivas como tales, diferenciándolas ya del grupo familiar, y del padre, producto de las relaciones de confianzas iniciadas desde el primer año de edad.

Resultará importante pues que el operador de justicia, considere si el menor demuestra en su cotidianidad estos elementos de identificación para sí mismo, y con terceros, pues el quiebre de percepción en su identificación tendrá repercusiones que se manifiestan a nivel emocional, psíquico o mental, hasta con repercusiones físicas.

2.2.3.3. La identidad en la construcción de la paternidad legal

La paternidad debe fundarse en el reconocimiento o en la declaración, de la misma, vía judicial, cuando nos referimos a la paternidad reconocida voluntariamente esta no está sujeta a probanza genética, no es un requerimiento formal ni se presenta de forma deliberada, que si bien evidentemente de la declaración de paternidad se tiene una paternidad legal, de igual forma sucede con el reconocimiento de paternidad, pues esta constituye una declaración de paternidad voluntaria.

Refiriéndonos únicamente a la paternidad legal reconocida voluntariamente, la relación socio afectiva entre padre e hijo será mucho menos exigida, pues el promotor de la relación paterno filial será el padre por propia voluntad quien la genere, ya que tiene libre predisposición a contribuir en la construcción y desarrollo de la relación.

Y es así como se presentan los hechos de las casaciones materia de investigación, el padre legal, que ha reconocido su paternidad voluntariamente, posteriormente, es decir años después,



pretende impugnar su propio reconocimiento, lo que deliberadamente a suscrito como cierto, y sobre el que se ha establecido una relación afectiva entre padre e hijo, y entre la familia del reconociente, y así lo reconoce la sociedad.

Es para las salas constitucional y social de la Corte Suprema que esta relación afectiva, parte de su identidad dinámica, no representa mayor relevancia, siendo evidentemente contradictorio, pues porque al pretender reconocer una identidad biológica, que el menor ignora, desconocen el vínculo socio afectivo que se ha formado.

En ese sentido Mizrahi (2004), señala:

Se estima hoy insuficiente el planteo del puro dato genético como elemento único y excluyente para conformar la relación de filiación; y en este sentido son discutibles las posturas biologists extremas que se han esbozado por algunos autores. Con dichas tesis, quíerese o no, se degrada la naturaleza del hombre a su sola esencia animal, desconociendo que la criatura humana constituye fundamentalmente un ser cultural y social. Por lo demás, constituye una verdad que la libre investigación de la paternidad que rige en el mundo actual, no lleva de la mano a imponer dogmáticamente al hecho de la procreación como única fuente de la filiación. (...) Con razón expresan Hauser y Huet-Weiller que la cuestión biológica no es la única que interesa al derecho de filiación, sino que éste combina naturaleza y cultura; de manera que subyace en el vínculo filiatorio una institución social. Jugará entonces un papel preponderante el real interés del niño que hace a la llamada "filiación" querida y vivida por el sujeto y su entorno. Advértase que existe -al lado de la biológica- otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Jugará entonces un papel preponderante la llamada filiación querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha



denominado la "faz existencial y dinámica".; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que Zannoni denomina la "faz existencial y dinámica". (pág. 7)

El mismo autor acertadamente también hace referencia a Kemelmajer (Bravo, 2016), quien por su parte, indica respecto a la prevalencia de la realidad biológica lo siguiente: (...) la Convención en ningún momento consagra como principio rector el de la "realidad biológica"; el hecho de que ese importante documento internacional haga mención al derecho del niño a "conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos", no significa que el "principio rector" en materia de vínculo jurídico de filiación sea el de la realidad biológica, si por tal se entiende sólo el dato genético y no el entorno del niño en todas sus dimensiones. Tampoco comparto que la Convención no recepte el valor privilegiado de la estabilidad familiar; por el contrario, el hecho de que no sea un valor absoluto no implica desconocer los serios daños a la identidad dinámica generados por la inestabilidad de los lazos familiares. Resulta realmente paradójico que se invoquen los derechos del niño para desplazarlo de su situación jurídica privilegiada, y ubicarlo, quizás, en la situación de persona que no cuenta con nadie solvente para responder por las prestaciones alimentarias. (pág. 89)

En ese sentido invocamos a Varsi (2010) quien refiere

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana. (pág. 50)



Por lo que resulta evidente que el menor desarrolla las relaciones afectivas a partir de lo que se le proporciona en el trayecto de su desarrollo, es decir que es el propio padre quien voluntariamente decidió integrarse como tal en la vida familiar del menor, por lo que debe entenderse que se ha constituido una relación socio afectiva que es parte de su identidad dinámica, y por lo tanto merece protección del órgano jurisdiccional, ello concordado a lo que le favorezca más al menor, para lo cual el juzgador también considerara lo expresado por el menor.

2.2.3.4. La posesión de estado: En la identidad dinámica

Todo lo anteriormente anotado se encuentra ligado a la denominada “posesión de estado”, término que se utiliza para referirnos al estado que una persona ostenta dentro de un círculo familiar ante la sociedad, independientemente de lo que se tenga de lo biológico o legal, es un reconocimiento social, y configura una prueba de las relaciones familiares.

En ese sentido Mizrahi (2004) señala lo siguiente:

Padre no es el progenitor biológico, sino aquel que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural. La presente ponencia bien puede sustentarse en el art. 135 del Código Civil español que autoriza a declarar la filiación que resulte de la "posesión de estado". También se fundamenta en la previsión del art. 140 del mismo Código, que dispone la caducidad de la acción de impugnación cuando han transcurrido cuatro años de inscrita la filiación y goce el hijo durante dicho período de la "posesión de estado correspondiente"

(...)

Ahora bien, aunque no se produzca una modificación en el estado jurídico filiatorio, participamos de la tesis que sostiene que el conocimiento de los vínculos genéticos que unen a



las personas es un derecho de primer orden. Y así, en esa dirección, se resolvió que toda persona -con el objeto de conocer sus antecedentes genéticos- "cuenta con la posibilidad de iniciar una acción de conocimiento de la realidad biológica, en forma autónoma e independiente a la acción de filiación. (Mizrahi, 2004)

Es decir que la posesión de estado es una figura fáctica que ayudara a reconocer la identidad, la relación paterno filial y la relación familiar existente, con independencia del dato genético, ya que la prevalencia de este dato no tiene sustento normativo, pues no existe derecho humano, ni fundamental, ni norma internacional, o nacional, que refiera expresamente que a la persona se le deba reconocer por su identidad biológica, o este obligada a llevar los apellidos de su padre biológico, menos aun probando que por la posesión de estado su identidad dista de la verdad biológica. (Mizrahi, 2004)

La posesión de estado es un presupuesto para declarar la filiación es muy invocado por ejemplo en los casos de adopción, es decir si bajo este presupuesto se reconoce la relación paterno filial, ¿Por qué al tener los mismos fundamentos de hecho en un proceso de impugnación se desconoce la posesión de estado en la relación paterno filial?

Al respecto Incluso en la práctica legislativa española para las Acciones de Reclamación de la filiación debe tenerse en cuenta la constante posesión de estado: El legislador español da bastante importancia a la posesión de estado, que no es otra cosa que una apariencia de vínculo de filiación entre dos personas, manifestado por tres signos (nomen, fama, tractatus). La ley trata de dar respaldo a estas apariencias, a veces incluso por encima de la realidad biológica. Por eso, en la medida en que existan estas condiciones, cualquier sujeto con interés puede reclamar que se declare esa filiación. Las consecuencias son muy dudosas, dado que afectarán incluso a quienes no intervinieron en ese proceso (eficacia de cosa juzgada erga omnes), quienes no podrían recurrir a pruebas biológicas (hoy certeras en el 100 %) para revocar esa



previa resolución judicial, en un segundo proceso. (Acebes Cornejo & Ruiz Rico Ruiz, 2017, pág. 10)

Los tres elementos anotados que constituyen un posesión de estado en el derecho de familia, son los siguientes: “*Nomen: la persona lleva el nombre correspondiente al estado que posee. Tractatus: a la persona se la considera por sus vinculaciones (su familia). Fama: la persona tiene la reputación a los ojos del público de poseer el estado que aparece*”. (Enciclopedia Jurídica, s.f.)

Incluso para Varsi la filiación tiene como efecto una forma legalmente reconocida de “posesión de estado”, pues nos explica que las dimensiones de la filiación trascienden lo biológico, en los siguientes términos (Rospigliosi Varsi, 2013, pág. 73):

Posición de una persona dentro de una familia y en la sociedad. La filiación es consubstancial al concepto persona, es la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. 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 y 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 y trasciende en la sociedad.
- Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Por lo que se puede concluir que existe posesión de estado siempre y cuando algún integrante de la familia disfruta de una determinada posición dentro de esta, ejerce y goza como tal, independientemente de cualquier otro título que pueda tener, es posible darle el título del estado que ostenta constantemente.



2.2.3.5. Función de la RENIEC sobre el derecho de identidad

El derecho a la identidad está comprendido como un derecho humano en la medida que, mediante él se definen la dignidad y la libertad de la persona, pues se vuelve inherente por el simple sentido de la existencia humana, y así importa para la administración pública, pues por ejemplo mediante el Registro Nacional de Identificación y Estado civil, se identifica a la persona por su nombre, lugar y fecha de nacimiento, padres, estado civil, entre otros.

Ante este ente administrativo se registra el nacimiento del menor, según la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (1995) en su artículo 22.- En el acta de nacimiento se inscriben: a) El nacimiento. b) El reconocimiento de hijos. (...)

En el mismo documento “acta de nacimiento” se anota el reconocimiento de los hijos por parte de los padres, consecuentemente según la misma ley (1995), el padre que reconoce al menor como suyo le reconoce también derechos de identidad o identificación como es el nombre, ello se interpreta del siguiente articulado.

“Artículo 41.- El registro del estado civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción. Es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas, con arreglo a ley.”

Es importante mencionar la función de la RENIEC dentro del proceso de reconocimiento, pues es en este momento que se constituye el acto jurídico que a diferencia de otros en los que también se puede presentar un reconocimiento, en él se constituye el nombre que termina siendo un elemento de identidad de la persona.

Así tenemos que en la formación del acto de reconocimiento no existe necesidad de coincidencia entre la verdad legal y la verdad biológica, este registro civil no lo requiere, pues su función no es corroborar la identidad biológica, ni mucho menos la verdad de los



declarantes, (claro está dentro de lo lógico) pues son ellos quien por propia voluntad se presumen padres.

2.2.4. Plazo para impugnar como resguardo de la identidad del menor

El artículo 400 del Código Civil, establece un plazo para impugnar el reconocimiento de paternidad, dentro de los 90 días a partir del momento en que se conoce el acto, dentro de los términos del artículo 399 precedente.

Este plazo es evidente para aquel padre que ha participado en el reconocimiento, y sin embargo vencido el plazo pretende impugnar el reconocimiento, sin considerar que el fin de este artículo es la protección de los intereses del menor, en concreto de su identidad estática, ello se corrobora en palabras de CORNEJO CHAVEZ citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI (2003)

Este plazo es reducido y perentorio dado que el reconocimiento beneficia, favorece y mejora la situación de un hijo. Es así que dado que cualquier impugnación de reconocimiento habrá de perjudicarlo (Cornejo Chávez) al hijo, la norma determina el tiempo para que pueda ser deslegitimado (pág. 823).

En consonancia con el ello, el procesalista José Saravia Quispe (2018) nos explica la razón de la existencia tanto del artículo 400 como del 395, en lo siguiente:

Los legisladores expresaron en la **Exposición de Motivos del Proyecto del Código Civil de 1984**, que la razón de dichos artículos “*tienden a lograr la consolidación del estado de familia de que se goza, en función de un imperativo de estabilidad*”; siendo compatible con la Constitución que protege la institución jurídica de *familia*. Lo señalado encuentra fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en el artículo 17.1 de la **Convención Americana de Derechos Humanos** que prescribe que: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”.



Acotando a los fines del artículo 400 se une en el mismo sentido los del artículo 395 del mismo cuerpo normativo, pues ambos constituyen parámetros para resguardar el desarrollo de la institución familiar, esto se menciona en la casación N°1622-2015 de la sala civil de la corte suprema (Casación, 2016):

UNDÉCIMO.- Se aprecia entonces que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe un mero capricho del legislador por restringir la libertad del reconociente de desdecirse o retractarse posteriormente de su voluntad inicial, sino una meditada ponderación del legislador de los efectos que puede producir esta destrucción del vínculo jurídico de filiación sobre el desarrollo del hijo reconocido -casi siempre menor- y el impacto que la reiteración de este tipo de circunstancias tendría en la familia y la sociedad. (Casación, 2016)

En este sentido, la razón de ser de estos artículos tiene fundamento constitucional, ya que maximiza la protección del instituto de la familia, en el sentido de pertenencia de una persona menor de edad al núcleo familiar; consecuentemente, por si solos, los articulados normativos no son inconstitucionales.

2.2.5. Interpretación del Derecho de identidad según la Corte Suprema de Justicia de la Republica

Tabla 1 Cuadro comparativo derecho de identidad (autoría propia)

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (consultas)	Sala Civil de la Corte Suprema (casaciones)
Consulta N°132-2010.- “Quinto: (...) señalando preferir la norma contenida en el artículo 2, inciso 1 y artículo 6 de la Constitución Política que consagran el derecho de toda persona a su identidad y el derecho a la verdad, así como a instrumentos internacionales, especialmente los artículos 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño que consagran el derecho que tiene todo	Casación N°3797-2012 .- “El derecho a la identidad, en efecto, conforme lo ha indicado Carlos Fernández Sessarego constituye: <i>“el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad”</i> presentándose bajo dos aspectos <i>“uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarias) y</i>



menor de edad a conocer a sus padres y a preservar su identidad.” (Consulta, 2010) Consulta N°132-2010.- “Sétimo: Que, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal (...).” (Consulta, 2010)

Consulta N°2409-2011.- “En consecuencia, el derecho a la identidad de todo ser humano conlleva esencialmente la idea de que la persona sea identificada plenamente dentro de un grupo social, nacional, familiar e incluso étnico, (...). La identidad filiatoria consiste en el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal correspondiente.” (Consulta, 2011)

Consulta N°6201-2012.- “Séptimo.- el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; por ello, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido ya un estado civil) y el dinámico que es más amplio y más importante (...).” (Consulta, 2012)

Consulta 5212-2014.- “(...) el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal (...).” (Consulta, 2015)

Consulta N°5214-2012.- “Señalando que la referida norma legal colisiona con el

un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la intersubjetividad.” (Casación, 2013) Casación N°3797-2012.- “Décimo cuarto.- Que tal perjuicio no puede ser tolerado, más aun si la convención sobre los derechos de los niños en su artículo 8 (numerales 1 y2) (...) Décimo séptimo.- Que en ese punto, este tribunal supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero también es un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aun si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado-como en este caso- que el menor considere al demandante como su padre. (Casación, 2013)

Casación N°1622-2015 .- “DÉCIMO QUINTO.- (...) en el presente caso, no se ha logrado identificar la verdadera identidad biológica de la menor” (Casación, 2016)

Casación N°950-2016 .- “El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante (...) las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; (...).” (Casacion, 2016)

Casación N°950-2016.- “OCTAVO.- Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive”. (Casacion, 2016)



derecho de identidad consagrado en nuestra carta política, en la medida que impide que el menor pueda tener conocimiento de quienes son sus padre biológicos (...) sexto.- (...) de este modo, la norma mencionada restringe en determinados casos, como el presente, el derecho constitucional a la identidad del menor que formalmente es tenido como hijo de una determinada persona, aun cuando existan circunstancias dentro del proceso que sobradamente evidencien la imposibilidad de nexo biológico (...) noveno: en consecuencia, el derecho que tiene toda persona a conocer quiénes son sus padres y a que jurídicamente se les reconozca como tales no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su identidad personal (...)" (Consulta, 2012)

Consulta N°3873-2014.- "la norma inaplicada se encuentra en colisión con *el derecho fundamental a la identidad*, como el derecho *a ser integrado jurídicamente a su familia biológica*; produciendo la norma en este caso particular *en concreto*, un conflicto con los derechos fundamentales protegidos en el artículo 4 de la Constitución Política del Estado, como es el derecho a la familia, el reconocimiento constitucional de la familia como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)" (Consulta, 2015)

Casación N°2112-2009.- "Pues en autos no se persigue establecer quién es el verdadero padre del menor, sino establecer que el demandante no es el padre, lo cual de ninguna manera beneficiaría al menor sino, por el contrario, le perjudicaría, pues, vería afectada su identidad con respecto a la rama paterna, sin que exista oportunidad de dilucidarse en este proceso quien es su verdadero progenitor." (Casación, 2010)

Casación N°1622-2015.- "No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (...). En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria." (Casación, 2016)

III. Principio del interés superior del niño y adolescente

2.3.1. Antecedentes

Según Liebel citado por Bravo (2016), el reconocimiento de los derechos del niño y su configuración actual, tanto en acuerdos internacionales como en la normativa interna de cada país, tuvo como punto de partida la revolución ideológica surgida en la época de la Ilustración Europea, pensamiento que se difundió luego en las demás sociedades del mundo. En Europa,



durante el siglo XVIII, los filósofos de la ilustración, en especial Jean Jacques Rousseau, sentaron las bases para que hoy se comprenda que los niños tienen sus propios derechos. El primer paso que se dio, fue cambiar la percepción social hacia la niñez, el ya no concebir al niño como «propiedad natural de sus padres (en especial del padre), que podían disponer sobre él como mejor les convenía», y apreciarlo como un ser que por su vulnerabilidad requiriere de resguardo y protección. (págs. 61-62)

Así pues Tantaleán (2017) realiza un resumen cronológico de la regulación de este principio citando a Juárez:

Juárez, C. (2010) señala que fue a partir de la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 donde se empezó a enfocar al del niño y adolescente como un ente singular, distinto del adulto, con la finalidad de identificar y destacar los derechos básicos del menor por su desventaja en determinadas situaciones, bajo esos parámetros la Sociedad de Naciones (SDN) adoptó la Declaración de Ginebra, un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos, la declaración contiene 5 únicos artículos

Es así que desde la Constitución Política del Perú de 1933 se estableció en el artículo 52º: Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral dela infancia.

El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. (...) (p. 4)

Declaración de los Derechos del Niño El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386. La Declaración de los Derechos del Niño establece diez principios



Señala además el citado autor que, posteriormente la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 reforzó ampliamente la protección al menor de edad que ya le era reconocida y estableció un nuevo criterio: la consideración 32 fundamental de atender el interés superior del niño a través del Principio 2º: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 341)

De ahí, según el mismo autor, surgió lo contenido en la Constitución Política del Perú de 1979 y la actual Constitución y, por último, con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se generó un sistema de protección único del menor de edad, bajo responsabilidad de cada Estado partícipe y de la Organización de Naciones Unidas mediante el Comité de los Derechos del Niño. (pág. 32)

2.3.2. Definición

Según Cillero (2004) se puede definir al interés superior del niño como aquella satisfacción de los derechos bajo una adecuada interpretación de lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño y Adolescente, asegurando indudablemente la protección del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño; El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior. (pág. 8)

El mismo autor reflexiona sobre el fin de este principio y la función estatal para aplicación de este:



El reconocimiento jurídico del "interés superior del niño" tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como "principio" que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

Bavio (2013) define este principio en los siguientes términos:

Todo niño tiene derecho a desarrollarse dentro del seno de una familia, en un ambiente sano, lleno de comprensión y cuidado, corresponde al Estado brindarle protección al niño, priorizando su bienestar frente a otros derechos individuales que se le opongan, es decir, constituye una regla primaria de ponderación de derechos, donde los criterios de los menores deben de prevalecer frente a otros intereses individuales. (pág. 21)

Así pues Bravo (2016) anota parámetros de aplicación según Villar: refiere: (...) la Doctrina Alemana, (...) considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor. Se trata de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. 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 ha lugar a aplicarlo. (...) 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 concretar, centrarse en cada supuesto planteable. (pág. 76)

En conclusión el principio del interés superior del niño en primer lugar será el que se aplique para garantizar la protección de los derechos de los menores, segundo que esta aplicación le



concierno al estado, y por ultimo este principio exige que los derechos de los menores prevalecerán sobre cualquier otro derecho individual.

2.3.3. Función

Según Zermatten citado por Bravo (2016, pág. 79), sostiene que el interés del niño desarrolla dos funciones:

- Función de control: Al actuar como criterio de protección del ejercicio de los derechos del niño.
- Función de solución: Pues interviene como criterio a la hora de tomar decisiones que afecten a los niños.

Es decir la primera función deberá garantizar el pleno goce de los derechos reconocidos a los menores, por su propia naturaleza, y la segunda función se ejercerá siempre y cuando exista un conflicto que ponga en riesgo sus derechos.

2.3.4. Características

Bravo (2016) considera las siguientes características desarrolladas por Zermatten, se desprenden las siguientes características:

- Se instituye como un principio de interpretación y de garantía que debe ser aplicado en todas las formas de intervención con respecto a los niños.
- Impone como obligación a los Estados atenderlo ante la toma de decisiones oficiales.
- Debe estudiarse en conjunto a las demás disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño.
- Es un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica y que debería serlo por las reglas de aplicación.



- Es relativo al tiempo y al espacio, pues depende del momento y región o país en el que se aplica.
- En su aplicación debe atenderse a la situación del niño en su perspectiva a futuro.
- Es evolutiva, ya que efectivamente los avances del conocimiento continúan.
- Obedece a una subjetividad colectiva, la de una sociedad dada, en un momento dado de su historia, sobre su percepción del interés del niño.
- También está marcada por una subjetividad personal que se manifiesta en un triple nivel, la de los padres, del propio niño y la del juez. (págs. 79-80)

2.3.5. Regulación

Habiendo anotado de forma cronológica los antecedentes de la regulación de este principio, en nuestra actual Constitución Política este principio se encuentra implícitamente reconocido, pues se reconoce además protección a la familia que también importa en el desarrollo de la presente investigación:

Artículo 4.- Protección del niño, madre, anciano, familia y el matrimonio. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

De forma mucha más precisa este principio se encuentra expresamente reconocido en el Código De Los Niños Y Adolescentes:

Título preliminar

Artículo IX Interés superior del niño y del 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 a sus derechos

Así mismo existe una normativa especial para la aplicación de este principio como es la Ley N° 30466 Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y su reglamento, debiendo anotar que según su artículo 1 señala que (2016) *“La presente norma tiene por objeto regular los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos, procedimientos y demás actuaciones del Estado o entidades privadas que conciernan a niñas, niños y adolescentes”*.

Además de la normativa internacional señalada anteriormente, debemos hacer hincapié principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) del 2 de septiembre de 1989 pues en esta convención que expresamente se reconocen derechos a los niños, siendo los articulados que refieren principalmente sobre el principio de interés superior del niño en lo que importa en el presente trabajo los siguientes:

Artículo 3

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. (1989)
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. (1989)

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. (1989)

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. (1989)

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (1989)

Finalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Opinión Consultiva OC-17/2002, señala lo siguiente:

La expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación



de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)

En atención a la normativa anteriormente señalada invocaremos a Cillero (2004) quien acertadamente refiere, que las autoridades son las encargadas de ejecutar este principio, pues a ellas se les confía la protección de los derechos de los menores, en los siguientes terminos:

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. (pág. 8)

2.3.6. El principio del interés superior del niño en el reconocimiento

El hecho de que el simple reconocimiento sea una declaración de voluntad, que es constitutiva de la filiación, y para otra declarativa en la paternidad, es porque cualquier condición puede afectar los intereses de menor y de la familia, en este sentido VARSÍ ROSPIGLIOSI (2003) define al acto de reconocimiento como puro y simple:

“1. Puro y simple

El reconocimiento no admite limitaciones accesorias de la voluntad (condición, plazo y modo) que hagan depender de ellas su alcance pues ello pondría en peligro la estabilidad y de seguridad de la filiación. A pesar de todo, se pregunta un sector de la doctrina (BERGOÑA) ¿qué efectos tiene el acto de reconocer bajo condición? Se produce la nulidad del reconocimiento, o se tiene por no puesta la condición. La respuesta será que la condición debe



tenerse por no puesta ya que el principio *quod nullum est nullum effectum producit* deberá ser atenuado de acuerdo a las exigencias de la buena fe y las necesidades familiares, considerando validos los actos realizados de buena fe creando una situación familiar aparente, con el fin de proteger el interés familiar (DIEZ PICASO Y GULLON)”

El mismo autor señala en términos de Diez-Picazo citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI (2003) el reconocimiento es:

“es *unilateral y no recepticio*, se requiere solo la manifestación de voluntad del reconocedor. No es necesaria la conformidad del progenitor ni del reconocido, en todo caso estos tienen expedito el derecho de negar dicho acto filial. El código civil argentino hace referencia expresa a que la validez del reconocimiento no requiere aceptación del hijo (artículo 249), así también el proyecto de reforma del referido código (artículo 551). A ello habrá que agregarse que la máxima característica de la unilateralidad es el denominado reconocimiento por separado o unilateral (artículo 392), el que puede ser a su vez unilateral en sentido estricto (reconoce solo uno) o unilateral doble (cada padre reconoce por acto separado e independiente, produciéndose el reconocimiento sucesivo)” (pág. 803)

Es decir que el reconocimiento se proyecta por unilateralidad en el menor, constituyendo derechos para el menor por parte de los reconocientes, momento en el que prima el interés superior del niño en el acto jurídico, donde pasan a segundo plano las partes suscribientes.

2.3.7. El principio del interés superior del niño en las relaciones familiares

Es importante precisar que el reconocimiento de paternidad no solamente establece una relación paterno filial, sino que también establece lazos familiares, que son y deben ser constitucionalmente protegidos, por lo que el tribunal constitucional refiere lo siguiente según Solórzano (2015):



“en buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológica, debido a que esta es el instituto básico natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia, y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar debe estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar y bienestar, este ambiente familiar puede constituirse independientemente de las relaciones consanguíneas, como lo menciona Varsi (2013)

“Las relaciones parentales, y en especial las filiales, son complejas. No se componen solo de lo biológico, intrínseco, sino también de lo afectivo, extrínseco. Lo vivencial supera lo genésico. En el contexto humano prima el suceso más que el contexto. Lo cierto es que el biologismo, y en el especial el determinismo genético, marcó una etapa importante en el establecimiento de la filiación, pero la afectividad, como vínculo del alma más que de la carne, superó esa etapa dando trascendencia a la relación de vida de las partes que quieren emparentarse” (pág. 7)

En este orden de ideas resulta valido concluir que la familia debe ser la primera (...) en adoptar y ejecutar directamente las medidas dirigidas a favorecer, de la manera mas amplia, el desarrollo y bienestar del niño. Por ello cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud



(...)

37. (...) el estado tiene la obligación de intervenir y adoptar las medidas necesarias para proteger su interés superior, pues no solamente se restringe arbitrariamente el ejercicio del derecho a la libertad individual de los niños sino también el ejercicio de los derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad (...)"

Además debe tenerse en cuenta que el estado de paternidad tiene como consecuencia cumplir con los deberes y obligaciones que se le atribuye, ello en favor a los menores, así lo corrobora la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989):

“Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

2.3.8. El principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial

Resulta evidente que en un proceso de impugnación de paternidad es el menor quien deba ser necesariamente protegido, no solo por ser esta parte la más débil y vulnerable, debiendo atenderse la primacía del interés superior del niño, sino porque recordemos también que se discutirá la validez de la existencia de error en un acto jurídico que el menor no conoce siquiera su conformación, es decir el acto de reconocimiento que se impugna tuvo efectos en el menor pero quienes lo conformaron fueron sus padres, por lo que el menor es un tercero de buena fe.



En tanto corresponde al órgano judicial en todos los casos en los que se involucre a un menor resolver en atención a sus intereses y nunca conducir a satisfacer los intereses de otros.

Es así que en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad el legislador debe prestar gran importancia a los interés que verdaderamente interesan al menor, pues no resulta correcto que las salas constitucionales resuelvan que en función al principio del interés superior del niño se deba promover la búsqueda de su verdad biológica como parte de su derecho de identidad, debiendo tener en cuenta que los fines del proceso de impugnación no será encontrar al padre biológico del menor, segundo que su identidad al momento de la interposición de la demanda o de la resulta del proceso ya haya forjado su identidad conforme al reconocimiento legal, y tercero que ello mismo debe ser valorado por el juez quien debe considerar las declaraciones proporcionadas por el menor, para así poder saber si verdaderamente se encuentra identificado con el reconocimiento que se impugna

Todo ello no es valorado ni considerado por las salas constitucionales, en consulta, pues las resoluciones que son elevadas en consulta corresponden autos admisorio o sentencias donde equívocamente se consideran la aprobación de inaplicación del artículo 400 del código civil, es decir que no resulta si quiera posible que la sala pueda corroborar la verdadera identificación e identidad del menor, sin embargo estas se pronuncian al respecto.

En atención a ello se debe considerar lo mencionado por Siverino ciado por Bravo (2016) quien señala:

En cuanto a asegurar el respeto del "interés superior del niño", lo que habría que atender es a si lo más conveniente para aquél es el mantenimiento de la paternidad aparente o el descubrimiento de que ella no concuerda con la realidad biológica; puesto que nada asegura que lo segundo sea lo más favorable si el resultado es simplemente dejar al hijo sin padre. (pág. 91)



En el mismo sentido también Bravo (2016) cita a Belluscio, quien sostiene en la misma línea: (...) es válido advertir que no deben tomarse decisiones ritualistas o automáticas basadas en los resultados de una tecnología, por precisa que esta fuera. Y que se debe distinguir en cada caso concreto el derecho del niño o adolescente a conocer su realidad biológica (y bien vale preguntarse si no existe, como en otros supuestos, un derecho a no saber) lo que no implica *per se* que de esto se siga una atribución filiatoria como hijo o hija de alguien priorizando el criterio biológico por sobre otros elementos; ya que la construcción legal de la parentalidad requiere de un análisis mucho más detallado y complejo a la luz, entre otros, del principio de interés superior del niño, la voluntad procreativa, la posesión de estado, el derecho a formar una familia y acceder a los beneficios de la ciencia, etcétera. (págs. 91-92)

En consecuencia claro está que en cada caso deberá adecuarse el principio de interés superior del niño a medida que no se vulnere ningún derecho y se garantice su normal desarrollo, especialmente en los casos de impugnación de paternidad será su derecho a la identidad, pues como se precisó el menor empieza a tomar conciencia de su identidad estática desde los 6 años, y de su desarrollo afectivo dinámico desde los 9, identidad que se vino construyendo en el transcurso del tiempo, sin embargo la realidad biológica nunca es primordial ni necesaria para el desarrollo de la identidad del menor, en ese sentido Bravo (2016) cita a Lôbo: La posesión de estado de filiación, consolidada en el tiempo, no puede ser contradicha por una investigación de la paternidad fundada en la prueba genética en razón que más valen las vivencias que los resultados biológicos. Si bien los primeros se van (re) componiendo, los segundos son inalterables pero no trascienden en la vida del hombre, solo afectan su genealogía al identificar su perfil genético respecto de otro lo cual no genera una relación de familia sino, simplemente, una relación genética. La posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como



también se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético. (pág. 93)

En términos simples el principio del interés superior del niño no debe ser aplicado deliberadamente, puesto que la verdad real no será siempre la que convenga a la protección sus derechos, teniendo en cuenta además que el legislador no considera una dimensión completa del derecho de identidad, que como ya vimos tiene una concepción estática y una concepción histórica, y podría decirse también un futuro desarrollo de lo que falta de su identidad que merece protección, pues cualquier resultado negativo del proceso de impugnación afectara a su normal desarrollo.

En este sentido el resultado del proceso no puede dejar en un estado de abandono y desconcierto al menor, lo que representaría por ejemplo la ausencia del padre al declarar fundada la impugnación, en este sentido Sotomarino (2018, pág. 109), señala: *“La doctrina recogida por las naciones unidas y en general a nivel mundial, se basa en la protección integral de la infancia dejándose de lado la doctrina de la situación irregular del menor o del niño y adolescente”*

2.3.8.1. El Derecho a ser oído

Es importante que en los procesos en los que se involucra a los niños y sus derechos, pueda valorarse cualquier manifestación que puedan aportar sobre lo que se discute, así se considera en la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989)

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. (1989)



2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (1989)

Sobre el mencionado artículo la ONU mediante la Observación General N° 12 (2009) de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre El derecho del niño a ser escuchado, brinda parámetros para respetar y promover el ejercicio de los menores a ser oídos, pues manifiesta que los menores tienen derechos a manifestar su opinión deliberadamente, que formen un juicio propio del caso que los involucra, teniéndose en cuenta sus opiniones según su grado de conocimiento y madurez, por lo que anotamos un extracto de los fundamentos, que en íntegro importa todo el contenido de esta observación:

“20. Los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño "que esté en condiciones de formarse un juicio propio". Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. (...)

21. El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan.” (Comite de los derechos del niño de la ONU, 2009)

En consonancia a ello nuestra normativa en el Código de los Niños y Adolescentes (2000) señala lo siguiente: “*Artículo 85° Opinión.- El juez especializado debe escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.*”



Se debe tener en cuenta que el juez debe valorar la opinión del menor, pues constituye prueba irrefutable del grado de identidad que ha desarrollado de la relación paterno filial, y de su voluntad con respecto a esta, por lo que sin importar los interés individuales del padre, deberá prevalecer el interés superior del niño de mantener su derecho de filiación con respecto al impugnante; debiendo anotar lo señalado en la Convención Sobre los Derechos del Niño (1989) al respecto:

“Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. (1989)

(...)

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. (1989)

De la misma forma se ha contemplado en el Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia de Familia de la Corte Superior de Justicia del Callao de fecha 21 de octubre del 2011, en el que trata “El derecho a ser oído en los procesos de emplazamiento y desplazamiento de filiación del niño, niña y adolescente. *¿Es posible la designación de un curador especial que defienda los intereses de un menor para el caso de las acciones de impugnación de paternidad, en las acciones de nulidad de reconocimiento de filiación o en las adopciones, aunque no esté previsto en la norma?* El pleno acordó por unanimidad: en los procesos de desplazamiento (negación de paternidad, contestación de paternidad, impugnación de paternidad, nulidad de acto jurídico de reconocimiento) debería nombrarse un curador especial de la defensa publica



y no cualquier abogado, a fin de que represente los intereses del menor, específicamente su derecho a la identidad y derecho de defensa. Si bien es cierto, no existe un mandato legal para el nombramiento del curador especial [...], así como tampoco no existe una norma expresa que requiera la presencia del niño, niña o adolescente, debe tenerse en cuenta que el Código Civil, así como el Código Procesal Civil y las normas nacionales sobre el tema, son normas preexistentes a la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que a partir de la convención citada, para el Perú está incorporada a la constitución y por tanto se convierte en mandato imperativo; la visión de estas acciones cambian de naturaleza y dejan de verse como una acción o conflicto de intereses dado entre los padres para pasar a ser visto como la necesidad de protección de los derechos de nombre, identidad y filiación del niño. Desde ese punto de vista los artículos 4, 7 y 12 de la Convención, referidos a las facultades de todas las autoridades del Estado que tengan intervención directa relacionados con los derechos de los niños y adolescentes, al derecho a la opinión de los niños y adolescentes y la obligación de contar con ella en todas las decisiones que lo afecten directamente, hacen necesario dos cosas: que exista la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño. En ese marco, existiendo la posibilidad de un conflicto entre el niño y sus padres debe existir un tercero que represente sus intereses frente a los de sus padres. Que si se considera necesario contar con la opinión de los niños en caso de los regímenes de visita y tenencia con mayor razón en una acción que discute el despojamiento de su filiación. (2011)

Esta decisión del pleno anotado corresponde admitirla para el presente trabajo de investigación en todo su contenido, pues la Corte reconoce en primer lugar que son los intereses de los padres que se discuten sin considerar los intereses del menor, por lo que posibilitan la manifestación del menor y su plena valoración; en esa misma línea prestan importancia al principio del interés superior del niño, en cuanto consideran que el proceso de impugnación pone en riesgo la pérdida de sus derechos, los que podrían ser los derechos a la filiación y al nombre.



2.3.9. La flexibilización en los procesos de familia

Está de más recordar que en la práctica procesal el órgano judicial ha establecido principios procesales en los procesos que ha identificado vulnerabilidad en una de las partes a fin de equiparar el estado de defensa, como podría ser el procesos laborales con el principio pro trabajador o el principio de inversión de la prueba, y en los procesos de familia el principio de flexibilidad, este principio se encuentra ampliamente desarrollado en el III Pleno Casatorio en Materia Civil, pues en a partir de los fundamentos sesgados en este que se ha establecido pautas para la protección de los integrantes de la familia, de su propia conformación, y de aquellos que por la naturaleza del proceso, resulten vulnerables afectados en su tramitación y en la resolución, en atención a ello, el mencionado pleno casatorio ha establecido el siguiente precedente:

1. “En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.” (III Pleno Casatorio Civil, 2010)

Ello en concordancia con fundamentos del mismo pleno, que van desde el reconocimiento expreso al estado como un estado democrático de derecho, reconociendo pues que la facultades tuitivas del juez de familia le da potestad de flexibilización de ciertos principios procesales,



ello en concordancia con el artículo 4° de nuestra constitución que impone al estado el deber de protección a los sectores vulnerables de la sociedad, entre ellos los niños; ello como base constitucional del principio del interés superior del niño, es así que refiere que la flexibilización dentro de los procesos de familia, importa con el fin de proporcionar elementos de justicia, igualdad material, compensación social, la ayuda para los más débiles y su protección (fundamento 4.)

Ello pues se debe tener fundamentalmente en cuenta en los procesos de impugnación de paternidad, puesto que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, sustenta que el fin de este proceso es respetar la verdad biológica como parte de la identidad del menor, sin embargo si tuviera en cuenta el pleno señalado optaría por flexibilizar los fines del proceso puesto que habiéndose hallado la verdad real sobre la identidad biológica del menor, en favor a este, a su desarrollo y su identidad dinámica y estática, debería optar por proteger y resguardar al menor, con el fin de no generarle perturbaciones.

Flexibilización del proceso importa para el proceso de impugnación de paternidad incluso si se invoca únicamente la nulidad, pues aunque tratándose únicamente sobre el acto jurídico será tramitado en el juzgado de familia por tratarse de derechos del integrante de la familia, esto conforme el PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA llevado a cabo en Ica el 21 de setiembre del 2018.

2.3.10. Aplicación del principio del interés superior del niño por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República

Tabla 2 Cuadro comparativo principio del interés superior del niño (autoría propia)

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (consulta)	Sala Civil de la Corte Suprema (casaciones)
Consulta 132-2010.- “Noveno: Que, no obstante ello, existe el derecho que tiene todo niño a que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, y de no	Casación N°3797-2012 .- “Que, estando a lo expuesto, no hay ninguna afectación al artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicho dispositivo se ha diseñado para la defensa de los intereses



ser el caso, existe un interés superior basado en que éste debe conservar los apellidos con los que se le viene identificando hasta que se establezca su verdadera filiación.” (Consulta, 2010)
 Consulta N°3873-2014.- “En la actualidad no admite discusión que los menores de edad, detentan un derecho fundamental a la identidad biológica y a conocer y desarrollarse con su familia natural en lo que le fuera favorable, disponiendo el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes establece el Principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos que se debe tener presente al adoptar toda medida concerniente al menor. Por otro aspecto, el que se ampare una demanda impugnatoria tampoco causa indefensión al menor, sino que se preserva el derecho del menor de vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia natural (...)
 7.6 (...)y la garantía de sus derechos como el derecho a la identidad biológica” (Consulta, 2015)

del menor y no para beneficio de los padres. (...).De otro lado, el propio Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior.” (Casación, 2013)
 Casación N°950-2016.- “(...) respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.” (Casacion, 2016)
 Casación N°950-2016 “SÉTIMO.- Es necesario resaltar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la litis, en clara materialización del principio del interés superior del niño.” (Casacion, 2016)

2.4. Categorías de estudio

Identificación categorías y sub categorías

Tabla 3 cuadro de categorías

Categorías	Subcategorías
------------	---------------



<p>C1:</p> <p>IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD</p>	<ol style="list-style-type: none">1.- Definición de paternidad2.- Definición de impugnación3.- Teoría de los actos propios en el proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad
<p>C2:</p> <p>DERECHO A LA IDENTIDAD</p>	<ol style="list-style-type: none">1.- Definición de identidad2.- El derecho al nombre en el derecho a la identidad3.- La identidad como derecho constitucional4.- Plazo para impugnar como resguardo de la identidad del menor
<p>C3:</p> <p>PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.</p>	<ol style="list-style-type: none">1.- Antecedentes2.- Definición3.- Función4.- Características5.- Regulación6.- El principio del interés superior del niño en el reconocimiento7.- El principio del interés superior del niño en las relaciones familiares



	<p>8.- El principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad extramatrimonial</p> <p>9.- La flexibilización en los procesos de familia</p>
--	--

2.5 Hipótesis de trabajo

2.5.1. Hipótesis principal

Es correcta la aplicación del principio del interés superior del niño en garantía de su derecho de identidad por parte de las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema en los casos de impugnación de paternidad puesto que hacen una interpretación amplia del derecho de identidad del menor, al reconocer su identidad dinámica y estática, y concluir que la primera se ha formado a partir de la segunda y por tanto prevalece esta.

2.5.2. Hipótesis secundarias

- 1°. En los procesos de impugnación de paternidad por involucrar a un menor parte del sector vulnerable de la población, y sus derechos como el nombre y el libre desarrollo de su personalidad, deberá tenerse en cuenta como principio rector el principio del interés superior del niño sobre el derecho individual de quien no se reconoce como padre.
- 2°. No son correctos los criterios de inaplicabilidad de los artículos 400 y 395 del Código Civil en consulta por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte



Suprema al hacer integrar en su interpretación el derecho de identidad biológica del niño.

CAPITULO III

MÉTODO

3.1 Diseño Metodológico

Tabla 4 Diseño Metodológico

<p>Enfoque de la investigación</p>	<p>Cualitativo Documental: Ya que esta investigación está orientada al conocimiento y comprensión del tema planteado mediante el estudio y análisis de las interpretaciones y decisiones del órgano jurisdiccional, y no a verificar hipótesis con mediciones estadísticas de probabilidad, es así que esta investigación estará basada en la teorización.</p>
<p>Tipo de investigación jurídica</p>	<p>Dogmático comparativo: Debido a que en nuestro estudio interactúa material jurisprudencial, y busca interpretar mediante el análisis de las instituciones y doctrina del Derecho de familia, y de los menores así como principalmente el principio del interés</p>



	superior del niño, que serán de necesario estudio por la facticidad del caso a investigar.
Diseño de investigación	Diseño no experimental: ya que en este trabajo de investigación tiene el diseño no experimental de tipo transversal, porque se aplican instrumentos una sola vez mediante la recolección de información

3.2 Unidades de análisis

En este proyecto de investigación se utilizarán como unidades objeto de análisis el basado en la regulación normativa del proceso de impugnación de paternidad, y el derecho de identidad del menor en aplicación del principio de interés superior del niño que en este se interpreta

3.3 Población

La población constituyen los casos resueltos por elevados y decididos en consulta por las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y los casos en casación resueltos por Las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema, sobre el derecho a la identidad del menor, en los procesos de impugnación de paternidad.

3.3.1 Criterios de selección de la muestra

En la presente investigación se tendrá 10 sentencias en casación emitidas por las Salas De Derecho Civil de la Corte Suprema y 10 resoluciones en consulta de la las Salas De Derecho Constitucional Y Social de la Corte Suprema relacionadas con los objetivos de la presente investigación.



3.4 Técnicas e instrumentos de Recolección, procesamiento y análisis de datos

3.4.1 Técnicas

Para el presente estudio se utilizaron las técnicas:

- a.** Análisis documental
- b.** Interpretación jurídica.
 - Método histórico-lógico
 - Método de análisis-síntesis
 - Método de abstracción-concreción.
 - Método de inductivo-deductivo
 - Método sistémico-estructural –funcional
 - Método comparativo.

3.4.2 Instrumentos

Se utilizaron:

- a. Ficha de análisis documental
- b. Ficha bibliográfica
- c. Ficha de información electrónica (internet).
- d. Ficha de análisis interpretativo normativo
- e. Entrevistas

CAPITULO IV

Resultados y análisis de los hallazgos

4.1. Resultados de estudio.

Resultado 1.- Las salas constitucional y social consideran que los artículos 400 y 395 del Código Civil restringen la posibilidad al menor de conocer su identidad biológica, sin embargo



nos encontramos ante un proceso de impugnación de reconocimiento de paternidad, el cual no tiene como objetivo conocer el origen biológico del menor.

Incluso se pretende justificar la inaplicación de estos artículos con fundamentos como los siguientes:

“Sexto.- (...) la identidad filiatoria consiste en el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, a pertenecer a una determinada familia y a contar con el registro legal correspondiente, como se desprende de las disposiciones de la convención sobre los derechos del niño, del cual el estado peruano es signatario. Normas internacionales y constitucionales que obligan al estado a preservar la identidad del menor” (Consulta, 2011)

“Noveno: en consecuencia el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal” (Consulta, 2015)

“(...) ya que la norma limita el derecho a la familia y a la identidad, restringiendo la determinación de la familia biológica a la que pertenece el menor, lo cual puede comprobarse de forma certera con la prueba de ADN ofrecida por el accionante; (...); la intervención lesiona el derecho a su identidad, a la familia biológica y al principio del interés superior del niño; resultando más bien inconstitucional la medida en este caso particular de negación de paternidad, tanto más, si es perjudicial a la protección especial del cual es titular el menor afectado; (...), cediendo el interés en abstracto del legislador frente al interés concreto del menor de que se determine su identidad y familia biológica (...) concluyendo que resulta incongruente que se pretenda la consolidación de una familia que primigeniamente no es correspondiente en lo biológico, y que por lo tanto sería lo más favorable para el menor, que se desarrollase con su familia biológica.” (Consulta, 2015)



Estos fundamentos también nos llevan a concluir que entre los derechos conexos al derecho de identidad, y otros de rango constitucional; como son el derecho a la familia, la sala constitucional y social no los considera, pues al decir que para el menor sería lo favorable que se desarrollase con su familia biológica, no tiene en cuenta su derecho a expresarse, pues el menor es el único que podrá expresarse sobre sus intereses, lo mismo sucede cuando refiere *“que resulta incongruente que se pretenda la consolidación de una familia que primigeniamente no es correspondiente en lo biológico”*, ya que la consolidación de una familia, los grados de parentesco, y el nivel afectivo están muy distantes del vínculo biológico.

Esto contrario a lo que se presenta en el segundo juzgado de familia

Resultado 2.- Sin embargo se debe tener en cuenta que el proceso de impugnación tiene como único fin detectar el error en el acto jurídico, y en consecuencia su afectación, no saber el origen biológico, en ese sentido ponderar la identidad biológica sobre la identidad dinámica, no garantiza un resultado favorable para el menor, por lo que el principio de interés superior del niño termina siendo desvirtuado.

En ese sentido se expresa Saravia Quispe (2018)

Cada caso planteado como pretensión en un proceso de impugnación de paternidad resulta diferente a otro; por lo tanto, no se puede generalizar que solo se resolverá la litis con la acreditación de los padres biológicos, sino que existirán casos en que el niño, niña o adolescente haya desarrollado dentro de su identidad una historia familiar en donde identifique como su padre aquel que lo ha reconocido y esa realidad es parte de su derecho al libre desarrollo de su personalidad (pág. 197)

Del cual se puede entender que a través de este proceso de impugnación el menor podrá conocer sus orígenes biológicos, lo que podría resultar en una sentencia incongruente, esto



fundamentado en la Casación N° 4307-2007 Loreto de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (2008):

(...) b. La recurrida infringe el principio de congruencia procesal, porque en la demanda no existe pedido para que se identifique al padre biológico del menor, mientras las instancias de mérito concluyen que es un derecho conocer la verdad de la identidad biológica, cuando la demanda tiene por propósito desconocer el reconocimiento, y así el Colegiado Superior atribuye al menor una acción que no ha interpuesto, que es el sustento del control difuso que beneficia al actor al aplicarse el inciso 3° del artículo 219 del Código Civil. c. La recurrida ha impuesto al menor sus derechos a la verdad y a su identidad para saber quién es su padre biológico, sin considerar que este derecho es de carácter personal, configurándose un fallo extra petita (2008)

En este sentido la prueba de ADN no garantiza el ejercicio del derecho de identidad biológica del menor, y al valorarla como única y suprema pone en riesgo más bien la identidad dinámica y estática (como el nombre) del menor.

En respuesta a esta problemática la legislación española ha instaurado en su sistema de pretensiones una denominada “acción declarativa de certeza”

En ese sentido es la Sala Civil de la Corte Suprema, que expresamente considera que la prueba de ADN como absoluta e irrefutable no garantiza el pleno reconocimiento del derecho de identidad, pues se sabe que este derecho tiene una concepción mucho más amplia y resuelve garantizarla en ese sentido, como se considera en la Casación N°3797-2012/Arequipa de la Sala Civil Permanente De La Corte Suprema De Justicia De La República (2013) :

11. Que, siendo ello así a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede



justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. (2013)

Esto concuerda con lo conceptualizado por la autora Menéndez (2016)

La identidad dinámica trasciende a la estática y se refiere a la “verdad personal o proyecto de vida” de cada sujeto, que se pone de manifiesto a través de la “proyección social” de la persona. “...La identidad personal...que se proyecta socialmente...es dinámica, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia... tiene una connotación... (con) todo aquello que el ser humano hace en y con su vida (...) (2016, pág. 15)

En contraste con esto las salas civil de la Corte Suprema que consideran que se no se debe dejar al menor en un estado de incertidumbre, como se tiene de las siguientes casaciones:

Casación N° 3797-2012/Arequipa (2013) “*Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estadio de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.*” (Casación, 2013)

“No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria.” (Casación, 2016)

Lo mencionado podemos constatar de sentencias favorables de cambio de apellido, por causal no prescrita pero común como la es de no identificación filial o parental con el padre que suministró su apellido paterno, estas sentencias respaldan la identidad dinámica y la posesión de estado pues en estos procesos de cambio de apellido, se puede evidenciar una nula identidad



con el apellido paterno de quien nunca se ha sentido identificado en lo legal y hasta en lo biológico, manifestándose así que la identidad no se forja únicamente en lo biológico y/o legal, si no en el transcurso de la vida y de lo que una persona puede reconocer para identificarse así mismo, y como lo identifica quienes lo rodean, esta acción encuentra su respaldo normativo en el Código Civil artículo 401° *“Negación del reconocimiento al cesar la incapacidad.- El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.”* (1984).

Resultado 3.- Está claro que tanto las salas civiles como las salas constitucional y social de la Corte Suprema, consideran que el derecho a la identidad tiene una dimensión dinámica y estática, por lo que la sala constitucional y social al primar la identidad biológica; que por sí misma no constituye una sola dimensión, pues pertenece a la identidad estática, vulnerando esta sala el derecho de motivación, por existir una evidente incongruencia que conforme a el Tribunal Constitucional vendría a ser del siguiente tipo:

“(…)

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.” (Sentencia, 2014)

Pues esta misma sala constitucional y social reconoce que el derecho a la identidad tiene una concepción mucho más amplia que la biológica, sin embargo resuelven aprobar la inaplicación



de los artículos 400 y 395 con el fundamento de que el menor necesita conocer su verdad biológica, lo que implicaría una posible afectación a su derecho a la identidad dinámica y estática, ya habiendo precisado que no es el proceso de impugnación de paternidad uno donde se revele la identidad biológica, como se tiene por ejemplo de su Consulta N° 6201-2012/Lambayeque (Consulta, 2012):

Séptimo.- Asimismo, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; por ello, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aun estado civil) y el dinámico que es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual y psicológico.” (Consulta, 2012)

Resultado 4.- Las salas constitucionales señalan que en el proceso de impugnación de paternidad existe prueba como la del ADN que se contrapone a la filiación.

Al respecto se debe tener en cuenta que para el reconocimiento no se requiere vínculo biológico, pues para su suscripción cualquiera que se presuma padre dentro de lo lógico puede hacerlo, por lo que es posible constituir vínculo paterno-filial por reconocimiento voluntario, teniendo este vínculo se conforma la relación socio afectiva que genera una “identidad dinámica”, así el término padre no se limita al fundamento biológico, en concordancia con los siguientes autores.

Constituido el vínculo paterno filial por el reconocimiento voluntario; la doctrina así lo señala, Mizrahi citado por Bravo (2016), sobre el término padre, refiere:

(...) al hacerse mención a los "padres" cuadra advertir que el término no está empleado tal como suele figurar en el diccionario de la lengua -quien ha engendrado o procreado - sino en



un sentido cultural y jurídico. Será entonces una categoría legal, en la que el sujeto en cuestión representará el centro de imputación de un conjunto de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato. (pág. 13)

Así pues Varsi y Siverino citados por el mismo autor (Bravo, 2016) refieren que:

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico. Esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (pág. 13)

El recurrente en un proceso de impugnación de paternidad considera que la inexistencia del vínculo biológico constituye un error en el acto de reconocimiento, no siendo ello correcto pues el reconocimiento que genera la filiación no siempre estará sustentado en un vínculo biológico, lo que no toma en cuenta la sala constitucional y social de la Corte Suprema pues en su Consulta N°5212-2014 Madre de dios (Consulta, 2015):

De este modo las normas mencionadas restringen en determinados casos como el presente el derecho constitucional a la identidad de una persona, al establecer límites temporales a la investigación de su real origen biológico, a pesar de existir circunstancias que razonablemente hacen dudar de su filiación formalmente reconocida. (2015)

En ese sentido Corte Suprema no tiene en cuenta que existen otras circunstancias, además de la biológica, que constituyen la filiación las cuales son:

El estado de filiación se identifica en cuanto existan componentes como (i) tractatus comportamiento aparente de parientes (la persona es tratada por los padres ostensiblemente como hijo, y esta los trata como padres); (ii) nomen (la persona tiene el nombre de familia de



los padres); y, (iii) fama (imagen social y reputación: la persona es reconocida como hija de la familia y por la comunidad, siendo así considerada por las autoridades). (pág. 14)

Dando por entendida que si no existe una filiación biológica, se entenderá como una filiación de tipo socio afectivo, en ese entender si el impugnante pretende dejar sin efecto la filiación natural por la inexistencia de vínculo biológico, también deberá desacreditar la filiación socio afectiva, esto sustentado por los siguientes autores:

Diogo Leite de Campos citado por Varsi (2013) :

La filiación origina la facultad de toda persona de ser reconocida “de realizarse como humano; de conseguir su felicidad”. Para que sea vivenciada, la experiencia de la filiación no necesita de la generación biológica del hijo; para que se efectivice la relación filiatoria no es preciso haber transmitido la carga genética pues su elemento esencial está en la vivencia, el crecimiento cotidiano, esa mencionada búsqueda por la realización y desenvolvimiento personal (aquello que se llama, comúnmente, felicidad). (2010)

Tantaleán (2017) cita a Galindo quien señala:

Generalmente, la filiación jurídica se basa en la filiación biológica, dado que por unión sexual una pareja concibe a un hijo y, de esa manera se genera el vínculo jurídico. No obstante, como se ha señalado anteriormente, no siempre ambas filiaciones llegan a tener una correspondencia absoluta, pues existen casos como la inseminación artificial, la fecundación extrauterina, la adopción, entre otros; en los cuales la realidad socio jurídica refleja la ausencia de una equivalencia plena entre la filiación como relación biológica y la relación jurídica (pág. 22)

Resultado 5.- Lo anteriormente anotado tiene relación con La posesión de estado que reconoce el derecho a la familia, del menor, pues la posesión de estado nos demuestra que el menor se ha consolidado en una familia, a la que ya se siente pertenecido, este hecho lo reconoce la



sociedad y el estado, desde la inscripción de nacimiento, o desde su reconocimiento en escritura pública.

En ese sentido Mizrahi (2004) señala lo siguiente:

Padre no es el progenitor biológico, sino aquel que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares. Por eso bien se ha dicho que la paternidad anuda un vínculo predominantemente social y cultural. La presente ponencia bien puede sustentarse en el art. 135 del Código Civil español que autoriza a declarar la filiación que resulte de la "posesión de estado". También se fundamenta en la previsión del art. 140 del mismo Código, que dispone la caducidad de la acción de impugnación cuando han transcurrido cuatro años de inscrita la filiación y goce el hijo durante dicho período de la "posesión de estado correspondiente" (2004)

Pues bien la posesión de estado no hace más que rectificar la filiación, está reconocida en otras legislaciones como la española, en conclusión si la posesión de estado reconoce derechos de filiación como por ejemplo en los procesos de adopción, porque entonces se dejaría sin valor en los procesos que también se discute la filiación, como es por ejemplo en el proceso de impugnación.

Resultado 6.- En el proceso de impugnación de paternidad no se encuentra el riesgo solamente el derecho a la identidad del menor, sino que también el derecho conexo que es el derecho al nombre y a conservarlo, el derecho a pertenecer a una familia, y al libre desarrollo de su personalidad, en consecuencia el principio de interés superior del niño también debe garantizar esos derechos, pues se debe tener en cuenta el grado de afectividad del menor habría desarrollado con su padre, y la familia de este, pues existe también la paternidad afectiva, definida por Bravo (2016) que cita a Varsi y Chaves:



Estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica, no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos. La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la segunda consagra el derecho de saber quién engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente. (pág. 85)

Resultado 7.- La inaplicación del artículo 399, cuando es el propio padre suscribiente el que impugna, es contraria a la regla de los actos propios, la cual en concreto señala que nadie puede contradecir sus propios actos, esto según

Varsi Rospigliosi (2003):

Esto implica que una vez declarado no es posible que su autor vaya contra sus propios actos y renuncie a todas sus consecuencia jurídicas que deriven de su actuación (BEGOÑA). Una vez que me declaro padre no puedo desdecirme. Indiscutiblemente, esta característica es consecuencia de la inalienabilidad del estado de familia que constituye o del cual es presupuesto (ZANNONI)

Incluso si este acto resulta inexacto, son sus efectos los que los perfeccionan, por lo que hacemos referencia a Pozo (2018) sobre la teoría de los hechos propios:

El acto de reconocimiento de paternidad “voluntariamente inexacto” no puede ser cuestionado por quien lo celebros, es decir para el presente estudio La filiación no puede ser impugnada por quien ha generado la identidad del menor. Teoría de los hechos propios. Octavo.- si bien el artículo 399 del código civil contempla que el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre, está reservado a quien no interviene en el reconocimiento. (...) nos encontramos ante un reconocimiento de paternidad “voluntariamente inexacto” [Varsi], al haber sido realizado por quien sabe que no es padre biológico del reconocido; por ello en virtud a la teoría de los



actos propios, quien realiza este tipo de reconocimientos no puede luego ir contra su propio acto pretendiendo se declare la nulidad del acto de reconocimiento alegando un vicio aceptado por este. (Casación N°2245-2014-San Martín) (2018)

Resultado 8.- La inaplicación del 395 también afecta el interés superior del niño en cuanto a que los efectos de la revocabilidad afectan la estabilidad familiar, y psicológica del menor, esto conforme de la Casación 864-2014/ICA de la Sala Civil de la Corte Suprema (2014):

Que, por último, el reconocimiento es irrevocable, por lo tanto, una vez que se lleva a cabo no se puede impugnar (excepto en casos muy calificados cuando se prueba el error, dolo o violencia). El fundamento de la irrevocabilidad del reconocimiento, destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aun teniendo en cuenta el Principio de Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. (Casación, 2014)

El legislador debe tener en cuenta que en un proceso de impugnación de paternidad, el niño se encuentra identificado con su familia legal, pues por los apellidos que lleva, ha logrado el identificarse con su identidad estática; y desarrollar su identidad dinámica dentro de ese círculo familiar: debiendo tener en cuenta lo señalado el Tribunal Constitucional recordado por Solórzano (2015) *“Así mismo permite la identificación, individualización y la pertenencia de una persona a 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”* (pág. 47)

Esto mismo está desarrollado por el Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

(...) una vez que se asigna una cierta denominación a cada individuo, surge la necesidad de que este conserve el nombre que se le ha dado. Su eventual modificación podría generar



confusión e impediría la identificación de la persona. De ahí que el titular tenga el deber de mantener la designación que el corresponde (...) El apellido establece la filiación, los lazos de parentesco y la paternidad. (Sentencia, 2006)

El derecho al derecho a la identidad entiéndase (integridad psíquica) y al libre desarrollo se encuentra expresado en la Constitución Política Del Perú en su Artículo 2°.- *“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.* (1993)

Nótese que en el texto del articulado antes citado el derecho a la identidad se encuentra íntimamente ligado al derecho a su integridad moral, psíquica y física, y a su desarrollo; de lo que se puede advertir que al pretender la alteración de su nombre reconocido legalmente, y además reconocido por él y por quienes lo rodean, se le estaría vulnerando también esos derechos, siendo evidente que un menor que ha crecido identificado con un nombre a base del cual ha forjado su personalidad podría perturbar el normal desarrollo de su personalidad, y su desarrollo psíquico y moral, es pues de especial importancia el resguardo de este derecho para quienes constituyen un grupo vulnerable, como son los niños, por lo que también se encuentra reconocido en el Código De Los Niños Y Adolescentes:

Artículo 6° A la identidad.- El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que 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. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. (2000)

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), primer dispositivo en el que se reconoce expresamente al derecho de identidad como derecho humano: *“Artículo 8.- 1. Los Estados*



Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.” (1989)

Estos artículos de dispositivos normativos nacionales e internacionales, en íntegro reconocen dentro del derecho a la identidad los derechos de nombre y desarrollo de la libre personalidad, así como su más posible conservación; este artículo dista mucho de lo expresado por la sala constitucional, pues en ningún momento hace referencia a su identidad biológica, es así que si tendríamos que identificar un tipo de identidad con respecto a este artículo nos damos cuenta que corresponde a una identidad dinámica.

Además de ello no se puede primar el supuesto derecho o principio de la realidad biológica, según lo señalado por Bravo quien hace referencia a Kemelmajer (Bravo, 2016), quien por su parte, indica respecto a la prevalencia de la realidad biológica lo siguiente:

(...) la Convención en ningún momento consagra como principio rector el de la “realidad biológica”; el hecho de que ese importante documento internacional haga mención al derecho del niño a “conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, no significa que el “principio rector” en materia de vínculo jurídico de filiación sea el de la realidad biológica, si por tal se entiende sólo el dato genético y no el entorno del niño en todas sus dimensiones. (...) Resulta realmente paradójico que se invoquen los derechos del niño para desplazarlo de su situación jurídica privilegiada, y ubicarlo, quizás, en la situación de persona que no cuenta con nadie solvente para responder por las prestaciones alimentarias. (pág. 89)

En conclusión la interpretación de la Sala Constitucional y Social no tiene sustento normativo, pues cuando sostiene que es derecho del menor conocer a sus padres biológicos y llevar sus apellidos, no resulta relevante para un proceso de impugnación; incluso el mismo dará evidencia de que tampoco importa dicha información (biológica) para forjar una identidad.



Resultado 9.- De la interpretación de la sala constitucional y social, resulta contrario que teniendo un nombre, sobre el cual el menor ha ejercido su derecho al desarrollo integral de su personalidad, se pretenda desconocer ello, considerando además que del texto anotado se tiene que es obligación del estado preservar la inscripción de los niños y adolescentes, esto también nos demuestra que el principio de interés superior del niño debe ser aplicado en resguardo también de estos derechos, como son derecho al nombre y a conservarlo, derecho al libre desarrollo de su personalidad, a la protección de su integridad moral, psíquica y física y derecho a una familia, todos de rango constitucional.

Posesión de estado, como fundamento para conocer el grado de identificación del menor con su familia, la posesión de estado debidamente probada demuestra que el menor afectivamente ha logrado asentarse en una familia, y por lo tanto maximiza su identidad dinámica frente a la biológica, cabe mencionar que la posesión de estado no depende de un vínculo biológico pudiendo este existir o no, esto se colige de lo manifestado por los siguientes autores.

A propósito, Mizrahi citado por Bravo (2016), refiere:

La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es que, como con acierto se postuló, el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona. (pág. 83)

Resultado 10.- La interpretación de las salas constitucional y social sobre la identidad biológica resulta siendo imprecisa, pues el menor no desarrolla su identidad basado en su vínculo



biológico, es más el origen biológico no aporta más que rasgos físicos al desarrollo de la identidad del menor, pues son las vivencias y las relaciones personales las que aporten más a la identidad, según Chang Trujillo, posteriormente a los 30 días de nacido el menor desarrolla conductas, y comportamientos independientemente de los rasgos genéticos, pues refiere que:

“(…) a los dos meses se puede observar la respuesta de gozo, posteriormente, de acuerdo al avance de la edad y de las experiencias, la diferenciación se hace más acentuada y, al mismo tiempo se hacen específicas las manifestaciones de gozo y es posible identificarlas conductualmente como elación, afecto y alegría.

(…)

Según Reese y Lipsitt, se pueden traducir las respuestas de desazón y gozo por constelaciones de respuestas de evitación y de acercamiento respectivamente en el recién nacido (...) la segunda implica respuestas de aceptación e estímulo. (págs. 114-115)

En ese sentido también Chang Trujillo (1990) precisa:

(…) Esto es también la base del sentimiento de identidad del niño que después, según las palabras de Erikson, se combinara con un sentimiento de “estar muy bien”, de ser el mismo y de llegar a ser lo que otras personas esperan que llegue a ser. (pág. 130)

Posteriormente durante el crecimiento del menor su identificación será más evidente pues “Identificación de sí: Alude a una descripción personal caracterizada por datos personales como nombre, edad y lugar de residencia. Los niños/as hacen referencia al nombre propio a partir de los 7 años. (pág. 52)

Lo mismo sucede con las relaciones socio afectivas:

“Relaciones interpersonales con familia: Esta categoría hace referencia a aquellos vínculos que los niños y niñas establecen con miembros de su familia y cómo son significados y valorados



por ellos. Aparece como temática en ambos sexos desde los 6 años e incluye las relaciones con padres y hermanos (familia nuclear) y familia extensa, (...). (pág. 63)

Es decir si el menor desde sus primeros días de vida, y así en el transcurso de su crecimiento ha aceptado a su padre como tal, y ha mantenido una relación paterno filial y familiar desde su existencia, no puede de un momento a otro con una justificación biológica que el difícilmente entenderá, que su padre no es quien el creía que era, y que su nombre (apellido) no es el que le corresponde.

Esto afectaría su estabilidad mental y moral, con repercusiones en su salud, pues el legislador de familia debe tener en cuenta que más que consecuencias legales por un posible resultado favorable al impugnante, las consecuencias serán irreversiblemente negativas a un menor en pleno desarrollo de su personalidad, así nos advierte Chang Trujillo, que la alteración mental en sus relación afectivas y de confianza, se manifiestan en un futuro perjudicial para el menor, y por lo tanto para todos los integrantes de la sociedad:

El predominio de la desconfianza básica, se expresara en el adulto como una forma de extrañamiento grave que tipifica a los sujetos retraídos cuando se disgustan consigo mismos y con los demás. En los casos de trastornos psicóticos, ese retraimiento se evidencia en el rechazo de cualquier tipo de contacto. (Chang Trujillo, 1990, pág. 130)

Por lo que las salas constitucional y social pone en riesgo la identidad del menor, con el argumento de que debe desarrollarse según lo que le corresponde por su origen biológico; como por ejemplo con su familia biológica, cuando es de la identidad dinámica, que se el legislador se dará cuenta que el padre legal ha aportado más que el apellido, pues se tendrán vivencias, y sentimientos fruto del reconocimiento.

Como lo señala Mizrahi (2004):



Adviértase que existe -al lado de la biológica- otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. Jugará entonces un papel preponderante la llamada filiación querida y vivida por el sujeto y su entorno; vale decir, las afecciones, los intereses morales, la comunicación intelectual y ética, la continuidad de los vínculos de hecho, la responsabilidad asistencial, en fin, lo que se ha denominado la "faz existencial y dinámica".; (...), en fin, lo que Zannoni denomina la "faz existencial y dinámica". (pág. 7)

Resultado 12.- Íntegramente se debe tener en cuenta los fundamentos vertidos en la ya referida Casación N°3797-2012/Arequipa (2013) de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema:

13. Que, estando a lo expuesto, no hay ninguna afectación al artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, pues dicho dispositivo se ha diseñado para la defensa de los intereses del menor y no para beneficio de los padres. Así, la norma es clara al indicar que: *“el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad”*. De otro lado, el propio Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que durante diecisiete años ha llevado consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

14. Que, tal perjuicio no puede ser tolerado, más aún si Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: *“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del menor a preservar su **identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las*



*relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado legalmente de algunos de los elementos de su **identidad** o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su **identidad**". (2013)*

Dentro de la misa sentencia casatoria, el juzgador toma en cuenta la edad del menor, que evidentemente resulta un elemento esencial para pretender una alteración en su identidad, siendo que evidentemente mientras mayor sea el transcurso del tiempo en el que una persona se haya identificado con su nombre, será pues más difícil que se le pueda negar la existencia de este, como lo ha concebido por tanto tiempo, así mismo tiene en cuenta las relaciones familiares, ya que el menor tiene plena conciencia de que el impugnante es su padre, y lo reconoce como tal, finalmente considera el acto voluntario de reconocimiento de paternidad, el mismo pues que genera derechos y obligaciones, derechos de los menores a un nombre, a una relación paterno filial y con ello desarrollarse dentro de un núcleo familiar y deberes de los padres a hacerse responsables de las consecuencias del acto de reconocimiento.

17. Que, en ese punto, este Tribunal Supremo es claro al señalar que la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aún si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que ha llevado -como en este caso- que el menor considere al demandante como su padre. (2013)

18. DÉCIMO OCTAVO.- Que, en ese sentido el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el "(...) *Derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, 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 (...)*" (2013)



Resultado 13.- En el mismo sentido se evidencia la inconsecuencia que existe entre las salas de derecho civil y las salas de derecho constitucional, sobre la inaplicación del artículo 400°, pues la sala constitucional y social en su Consulta N°3873-2014 (anteriormente mencionada y desarrollada), refiere que no es posible que se establezcan plazos para la impugnación de paternidad, puesto que al menor se le debe reconocer y permitir su identificación y desarrollo familiar con su familia biológica, pues es esta que primigeniamente le pertenece, sin embargo en la Casación N°950-2016/Arequipa de la Corte Suprema de Justicia de La República Sala Civil Permanente, sobre el caso en el que de forma resumida; el padre biológico impugna el reconocimiento de paternidad de su menor hija reconocida por la madre y un tercero, con el que había formado una relación familiar, es pues en este caso que la sala termina reconociendo que no es siempre primordial la verdad biológica para formar relaciones familiares, siendo pues que el juzgado concluyó que la menor se encontraba plenamente identificada con el entorno familiar que había formado con su padre legal, quedando desestimada la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad.

Lo que da lugar a cuestionar que ambas salas tiene una interpretación diferenciada sobre el resguardo de la identidad estática (verdad legal) y dinámica, y la verdad biológica, pues si se va pretender control difuso en la inaplicación del artículo 400° en el sentido de que los operadores de justicia deben favorecer la verdad biológica, sobre cualquier conformación familiar que se haya podido establecer a partir de un reconocimiento distante de esta verdad, pues no se le puede negar al menor su identidad biológica; entonces este debería poder ser mínimamente concordante a todos los casos que de impugnación de reconocimiento de paternidad, es decir no se puede reconocer la inconstitucionalidad de una norma con fundamentos que son contrariados por la misma Corte Suprema, en un caso con hechos totalmente equiparables, y que en efecto se concluye que ambas salas tienen una interpretación



contraria sobre el derecho a la identidad, ello genera pues una evidente afectación a la seguridad jurídica.

Resultado 14.- Esta interpretación de la sala también nos demuestra que existe una indebida interpretación extensiva sobre el fin de la norma, pues esta norma es de carácter restrictivo lo que implica que niega únicamente el acceso al sistema judicial por vencimiento del plazo, es decir no nos asegura; y tampoco es el fin, la verdad real, es decir la plena identificación del padre biológico, por lo que sería más atinado aprobar la inaplicación del artículo 400° por limitar este, el acceso a la justicia, pues se debe interpretar la inconstitucionalidad de la norma en el sentido del grado de restricción de esta es decir hacia quien recurre al órgano de justicia, no al menor que ni siquiera tiene conocimiento de la demanda.

Resultado 15.- Por lo que cabe concluir que el reconocimiento es un acto unilateral, que reconoce obligaciones a los padres, y derechos al menor reconocido, pues es en ese momento en el que prima el interés superior del niño, pues cualquier interés de los suscribientes del acto jurídico pasara a segundo plano, primando el del menor.

Pues según términos de Diez-Picazo citado por VARSÍ ROSPIGLIOSI (2003) el reconocimiento es:

“es *unilateral y no recepticio*, se requiere solo la manifestación de voluntad del reconocedor. No es necesaria la conformidad del progenitor ni del reconocido, en todo caso estos tienen expedito el derecho de negar dicho acto filial. El código civil argentino hace referencia expresa a que la validez del reconocimiento no requiere aceptación del hijo (artículo 249), así también el proyecto de reforma del referido código (artículo 551). A ello habrá que agregarse que la máxima característica de la unilateralidad es el denominado reconocimiento por separado o unilateral (artículo 392), el que puede ser a su vez unilateral en sentido estricto (reconoce solo



uno) o unilateral doble (cada padre reconoce por acto separado e independiente, produciéndose el reconocimiento sucesivo)” (pág. 803)

Resultado 16.- Cabe recordar que el artículo 395 no admite la revocabilidad y el 400 interpone un plazo para accionar la negación mediante un proceso de impugnación, pues bien al respecto nos encontramos en dos posiciones del proceso que se presentan a la sala constitucional para consulta, la primera que corresponde a la aprobación o desaprobación del auto admisorio, y la segunda que corresponde a la aprobación o desaprobación de la sentencia.

En ese sentido resulta incorrecto que la sala para aprobar el auto admisorio se remita a temas de fondo que ni siquiera son posibles dentro del proceso, como pretender que de un proceso de impugnación el menor pueda identificarse plenamente con su origen biológico, y que en base a ello sea posible la revocación del reconocimiento.

Pues el fundamento de la sala se resume en los siguiente: “se debe inaplicar el plazo de noventa días para impugnar el reconocimiento toda vez que lo que se busca preservar es la identidad biológica del menor”, no siendo esto correcto pues como ya se mencionó en el párrafo anterior el proceso de impugnación de paternidad no tiene como finalidad la búsqueda de padre biológico del menor, y mucho menos preservarla, pues si esta no se halla no hay ninguna identidad que preservar.

Esto concuerda con la opinión del entrevistado Jose Yvan Saravia Quispe, quien también refiere que el principio y derecho más acorde para inaplicar el artículo 400 para la admisibilidad por parte de las salas constitucional y social, vendría a ser el principio *pro actione* y el derecho de tutela jurisdiccional.

Resulta incongruente que para el auto admisorio aprobando la inaplicación de una norma por el plazo, no se pronuncie sobre la tutela jurisdiccional efectiva, pues esta responde más



adecuadamente a los límites de acceso a la justicia que se regulan en el artículo 400 precisamente.

En los procesos de impugnación de paternidad se pone en riesgo no solo el derecho a la identidad, sino el derecho al nombre a conservar el ya inscrito, al libre desarrollo de la personalidad, a ser oído dentro de los procesos que le involucren y se vulnera el principio de conservación de la familia; estos derechos y principios forman parte de la identidad desarrollada por el menor, que debe reconocerse en todo lo que le sea favorable, y este demuestre conciencia de ello.

3.5.2. Análisis de resultados.

Tabla 5 Análisis de resultados

OBJETIVO	HIPOTESIS	ANALISIS
<p>Objetivo principal</p> <p>1.- Determinar si es correcta la interpretación del principio de interés superior del niño en aplicación de su derecho de identidad por parte de las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema en comparación con la interpretación por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en los procesos de impugnación de reconocimiento de paternidad</p>	<p>Hipótesis principal</p> <p>Es correcta la aplicación del principio del interés superior del niño en resguardo a su derecho de identidad por parte de las Salas de Derecho Civil de la Corte Suprema en los casos de impugnación de paternidad puesto que hacen una interpretación amplia del derecho de identidad del menor, al reconocer su identidad dinámica y estática, y concluir que la primera se ha formado a partir de la segunda y por tanto prevalece esta.</p>	<p>Se ha alcanzado el objetivo general consecuentemente, se ha comprobado la hipótesis general, determinándose que efectivamente la sala civil de la Corte Suprema tiene una interpretación más completa sobre el derecho de identidad del menor en aplicación del principio de interés superior del niño, esto a través de los resultados 2, 3, 6, 8, 9 y 10</p>
<p>Objetivo específico 1</p> <p>Determinar el alcance del principio del interés superior del</p>	<p>Hipótesis secundaria 1</p> <p>En los procesos de impugnación de paternidad por involucrar a un menor parte del sector</p>	<p>Se ha alcanzado el primer objetivo específico consecuentemente, se ha comprobado la hipótesis</p>



niño en los procesos de impugnación de paternidad	vulnerable de la población, y sus derechos como el nombre y el libre desarrollo de su personalidad, deberá tenerse en cuenta como principio rector el principio del interés superior del niño sobre el derecho individual de quien no se reconoce como padre.	secundaria 1, determinándose que en los procesos de impugnación el interés superior del niño no solo conlleva a garantizar el derecho a la identidad, sino también otros derechos conexos también de nivel constitucional; ello con los resultados 5, 8, 9,12 y 15
Objetivo específico 2 Precisar resultan correctos los criterios de inaplicabilidad de los artículos 400 y 395 del Código Civil en consulta por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema	Hipótesis secundaria 2 No son correctos los criterios de inaplicabilidad de los artículos 400 y 395 del Código Civil en consulta por parte de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema al hacer integrar en su interpretación el derecho de identidad biológica del niño.	Se ha alcanzado el segundo objetivo específico consecuentemente, se ha comprobado la hipótesis secundaria 2, determinándose que en los procesos de impugnación al elevar a consulta el auto admisorio o sentencia por inaplicación de los artículos 395 y 400 la sala constitucional no realiza una debida motivación; ello con los resultados 1, 4, 7, 13, 14 y16

3.6. Conclusiones.

La paternidad nace del vínculo biológico, y del vínculo legal, del vínculo biológico la filiación es automática, y del vínculo legal la filiación se da por reconocimiento voluntario.

Las salas de derecho civil de Corte Suprema tienen una interpretación más acorde a los intereses del menor, pues consideran la identidad dinámica y estática, como fundamento para el resguardo del derecho de identidad, y no solamente la identidad biológica, pues esta no representa un grado de identificación tan alto.

En el proceso de impugnación no solo se pone en riesgo el derecho de identidad del menor, sino que también se encuentra en gran peligro de afectación el derecho al nombre y a



conservarlo, el derecho a una familia, el derecho a su estabilidad mental y moral, y por último el derecho a su libre desarrollo, todos estos derechos constitucionales.

En suma los Principios de interés superior del niño y/o tutela jurisdiccional efectiva generan la inoperancia de los artículos 399 y 400 del Código Civil siempre y cuando la prueba biológica no contravenga el interés superior del niño, por lo tanto que no se crea que la identidad es simplemente reconocerse en el nombre del que deriva de sus progenitores, sino que es una construcción en el tiempo, de identificación personal, familiar, y social; sobre el que incluso podemos revisar sentencias favorables de cambio de apellido, por causal no prescrita pero común como la es de no identificación filial o parental con el padre que suministró su apellido paterno.

resulta evidente que el menor desarrolla las relaciones afectivas a partir de lo que se le proporciona en el trayecto de su desarrollo, es decir que es el propio padre quien voluntariamente decidió integrarse como tal en la vida familiar del menor, por lo debe entenderse que se ha constituido una relación socio afectiva que es parte de su identidad dinámica, y por lo tanto merece protección del órgano jurisdiccional, ello concordado a lo que le favorezca más al menor, para lo cual el juzgador también debe considerar lo expresado por el menor.

No resultan del todo correctos la fundamentación de las salas de derecho constitucional y social de la Corte Suprema para la inaplicación de los artículos 395 y 400 del código civil, pues estos artículos no versan sobre la identidad biológica, y menos tienen como fin conocer el origen biológico, es más tienen una finalidad acorde con el interés del menor, pues es proteccionista a su derecho de identidad



3.7. Recomendaciones o sugerencias.

El registro nacional de identificación y estado civil, presume de la voluntad y buena fe de los padres, al existir reconocimiento voluntario de paternidad, sin embargo viendo que este procedimiento no es del todo fehaciente, cabría la posibilidad de pedir a los padres reconocientes una declaración jurada de reconocimiento libre que se anote la independencia del vínculo biológico, o dependencia de este si así lo fuera.

Si el fin de la inaplicabilidad de los artículos 395 y 400 es la búsqueda de la verdad biológica, sería más conveniente instaurar en nuestro ordenamiento procesal, un proceso especial que tenga como fin conocer el origen biológico como la “acción declarativa de certeza” que tiene como fin el conocimiento de la realidad biológica, para no dejar incertidumbre del origen biológico.

El legislador debe escuchar a los niños más que a los padres, pues son ellos los verdaderamente interesados, y no media en su voluntad mala fe o intereses materiales, o legales.



BIBLIOGRAFÍA.

(octubre 21 de 2011). *Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia De familia de la Corte Superior de Justicia del Callao*. Callao, Perú.

Acebes Cornejo, R., & Ruiz Rico Ruiz, J. (2017). *ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA: BLOQUE IV: FILIACIÓN Y PAREJAS DE HECHO*.

Ariano, E. (2015). *Impugnaciones procesales* (primera ed.). Lima, Peru: Pacifico Editores S.A.C.

Bavio, P. S. (2013). *Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa*. Lima.

Bravo, G. K. (2016). *Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: vulneración del principio del interés superior del niño y propuesta de modificación normativa*. Puno, Peru.

Casación, 2833-2003/Huancavelica (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 28 de noviembre de 2004).

Casación, 4307-2007 (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 24 de julio de 2008).

Casación, 3797-2012/Arequipa (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 18 de junio de 2013).

Casación, 864-2014/Ica (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 01 de setiembre de 2014).

Casación, 1622-2015/Arequipa (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República 03 de mayo de 2016).



- Chang Trujillo, G. (1990). *Psicología del desarrollo infantil*. Lima: Edicom e.i.r.l.
- Cillero, M. B. (2004). El interes superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. 16.
- Cillero, M. B. (s.f.). El interes superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. 16.
- Cisneros, J. G. (s.f.). Teoria general de la impugnacion penal y la problemetica de la apelacion del auto de no ha lugar a la apertura de instruccion por el agraviado. Peru: Tesis Digostales UNMSM.
- Codigo Civil . (25 de julio de 1984). *Decreto Legislativo N° 295*. Perú.
- CODIGO CIVIL COMENTADO POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS*. (2003). Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Codigo de los niños y adolescentes . (21 de julio de 2000). *Ley N° 27337*. Peru.
- Codigo de los niños y adolescentes. (21 de julio de 2000). Lima, Peru.
- Comite de los derechos del niño de la ONU. (20 de julio de 2009). Observacion General N°12 : El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra, Suiza.
- Constitucion Política del Perú. (1993).
- Consulta, 132-2010/La Libertad (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 29 de abril de 2010).
- Consulta, 2409-2011 (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 01 de setiembre de 2011).
- Consulta, N° 6201-2012/Lambayeque (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 15 de noviembre de 2012).



Consulta, 5212-2014/Madre de Dios (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 20 de enero de 2015).

Consulta, 3873-2014 (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 17 de marzo de 2015).

Consulta, 3873-2014/San Martín (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 17 de marzo de 2015).

Consulta, 8283- 2016 (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República 16 de setiembre de 2016).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (18 de julio de 1978). San José, Costa Rica.

Convención Sobre los Derechos del Niño. (20 de 11 de 1989).

Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de 11 de 1989).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de agosto de 2002). *Opinión Consultiva OC-17/2002*. San José, Costa Rica.

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. (2018). *Medios Impugnatorios en el Proceso Civil en la Jurisprudencia Casatoria*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

editorial, C. (s.f.). *Parthenon.pe*. Obtenido de <http://www.parthenon.pe/diccionario-juridico/derecho-a-la-identidad/>

Enciclopedia Jurídica. (s.f.). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/posesión-de-estado/posesión-de-estado.htm>

Entre la familia y la adolescencia. (8 de mayo de 2013). Obtenido de <http://adoentreinfa.blogspot.com/2013/05/diferencia-entre-la-adolescencia-y-la.html>

Española, R. A. (2018). *Diccionario de la lengua española*.



Fernandez, M. S. (2003). *Código Civil Comentado por los 100 mejores*. Lima: Gaceta Juridica.

Fernández, W. M. (2009). *La filiación extramatrimonial*.

Gómez, L. M. (2003). La prueba técnica ADN en los procesos sobre filiación. *Estudios Socio-Jurídicos*.

III Peno Casatorio Civil, Casación N.º 4664-2010 (Corte Suprema de justicia de la Republica 15 de diciembre de 2010).

Ley Orgánica del Poder Judicial . (02 de junio de 1993). *Decreto Supremo N° 017-93-JUS*. Perú.

Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificacion y Estado Civil. (28 de junio de 1995). Perú.

Ley que establece aparametros y garantías procesales para la consideración primordial del interes superior del niño y su reglamento. (17 de junio de 2016). *Ley N°30466*. Perú.

Menéndez, M. d. (2016). *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Lima, Peru.

Mizrahi, M. L. (2004). *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*. *Congreso Internacional de Derecho de Familia*.

Olguin Palma, C., & Soto Mardones, S. (julio de 2015). *Organizacion de identidad personal en niños y niñas entre 6 y 11 años: Dimensiones de la identidad*. Santiago, Chile.

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL DE FAMILIA. (20-21 de setiembre de 2018). Ica, Peru.

Pozo, J. (2018). *Summa Civil*. Lima: Editorial Nomos & Thesis.

Quispe, J. I. (26 de marzo de 2018). No basta la prueba de ADN para impugnar la paternidad. Un análisis a la identidad biológica y dinámica del hijo. *Legis.pe*.



- Rospigliosi Varsi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Juridica.
- Rospigliosi, E. V. (abril de 2010). Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paternofiliales del imperio del biologismo a la consagración del afecto en. *Revista de familia y de las personas*(3), 50.
- Saravia Quispe, J. Y. (2018). LA CONSOLIDACION DEL ESTADO DE FAMILIA, LA IDENTIDAD ESTÁTICA Y DINÁMICA DEL NIÑO Y SU INTEGRACIÓN A SU FAMILIA BIOLÓGICA COMO DERECHOS DEL HIJO EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD. *Revista del Instituto de la Familia facultad de derecho UNIFE*.
- Sentencia, 2273-2005-PHC (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2006).
- Sentencia, N° 04509-2011-AA (Tribunal Constitucional 11 de julio de 2011).
- Sentencia, 03433-2013-PA (Tribunal Consttucional 18 de marzo de 2014).
- Sentencia, N°2273-2005-PHC (Tribunal Constitucional 20 de 04 de 2016).
- Solorzano, A. M. (2015). *La Familia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Fondo editorial del congreso del Perú.
- Sotomarino, S. R. (31 de julio de 2018). L impugnacion de la paternidad versus el derecho a la identidad: Analisis a partir de laCasacion N°4430-2015-Huaura. *Gaceta civil y procesal civil de la Pontificia Universidad Catolica del Peru*.
- Tantalean, M. A. (2017). LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN LOS CASOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL (tesis para obtener titulo de abogada). Lima.



Tantalean, M. A. (2017). La vulneración del derecho a la identidad del menor en los casos de impugnación de paternidad matrimonial (tesis para obtener título de abogada). Lima.

Velarde, B. Z. (2014). Declaracion judicial de paternidad extramatrimonial. Chimbote, Peru.



ANEXOS

ANEXO 1

ENTREVISTA

Entrevistado: José Yvan Saravia Quispe

Cargo: Juez Titular de la Corte Superior de Justicia Lima Este

Buenas tardes hoy 19 de noviembre estamos con del doctor José Yvan Saravia Quispe Juez Titular de la Corte Superior de Justicia Lima Este, buenas tardes doctor quisiera hacerle unas preguntas sobre el proceso de impugnación de paternidad extramatrimonial, principio de interés superior del niño, y con respecto al derecho de identidad y derechos conexos

¿Cuál con sus primeros alcances, acerca de estos procesos, y como se está aplicando el principio de interés superior del niño en estos procesos?

Bueno, el código civil como todos sabemos ya lleva muchos años y que tenía una visión más quedo respecto a la posesión constante de estado de familia, por tanto si un niño que nacía dentro del matrimonio se presume la paternidad, sin embargo si es que no es el hijo biológico el padre tiene la oportunidad de impugnar en un plazo establecido, sin embargo en el tiempo ha ido variando ha ido cambiando, y se toca el tema de los principios constitucionales, y ahí tenemos el derecho a la identidad del niño, y ahora se hace una ponderación con el principio de seguridad jurídica, porque la caducidad de alguna manera lo que busca es dar seguridad jurídica dentro de los procesos y esa ponderación normalmente se declara la ponderación del artículo 400 del código civil, sin embargo en estos últimos años, se ha visto que la identidad del niño no solo es la identidad biológica; nosotros entendíamos y hemos luchado tanto por la prueba de ADN, y que solamente tendrá que ser biológica, y nos damos con la sorpresa ya con estudios más profundos, que la identidad tiene dos vertientes: la biológica o la estática y la dinámica.



En la biológica y estática, en la estática no se va a poder cambiar, nosotros ya nacemos con un ADN, nacemos con una nacionalidad, etc., eso no se puede cambiar, sin embargo la identidad dinámica, sí va cambiando en el tiempo, y eso tiene que ver mucho con lo que el niño se ha formado, por ejemplo si el niño lleva el apellido Saravia y luego se entera de que su padre no es su padre biológico es su padre legal porque él lo firmo, y digamos que tiene entre 13 y 14 años, y toda la vida ha vivido con su padre, si yo interpreto literalmente la convención sobre los derechos del niño |diría que, que tenga que buscar a su familia biológica y él no es su familia biológica, por lo tanto tendría que declarar fundada la demanda y establecer el apellido, pero sin que haya paternidad , seguirá siendo a Saravia, pero sin que tenga paternidad, sin que tenga filiación, sin embargo nos hemos dado cuenta que estamos vulnerando justamente la identidad dinámica de ese niño, porque ese niño ya se acostumbró, ya todo el mundo lo relaciona con el apellido Saravia, ya todo el mundo sabe que esa persona es su padre, y de la noche a la mañana le cambiamos todo su estatus de vida y ahí también se habla no solamente de “posesión constante de estado”, sino también de “posesión constante de filiación” porque ha estado con una familia perenemente a la cual ya se siente identificado, pero también con una filiación, en todo sus documento dice que ya él es el padre, colegio, etc., ahí es donde debemos buscar otra ponderación, porque en esa ponderación, justamente vamos a ver si solamente la identidad, abarca y la identidad biológica, y nos damos cuenta que no, entonces el juez va a tener que analizar dentro de sus fundamentos al momento de argumentar, no solamente la prueba de ADN que le dé luz si el niño, se siente identificado con la posesión constante de estado o con la misma filiación, que herramientas y medios probatorios nos ayuda, la pericia psicológica, las visita social, y otros medios probatorios que las partes puedan incorporar como libreta de otras, documentos firmados, en la cual se acredite la posesión constante de estado, pero es muy importante escuchar al niño, que tiene que ver también con la convención y con el código del niño, sobre la opinión del niño, para que el juez



se genere convicción sobre esta parte de la identidad del niño, entonces al momento de la ponderación nosotros nos vamos a dar cuenta de que prima muchas veces la identidad dinámica del niño.

los niños según la convención es desde que nace hasta los 18 años, es una etapa muy corta de la vida, y en esa etapa muy corta la vida amerita protección y ahí viene lo que tú me dices sobre el interés superior del niño, que es una herramienta también para trabajar, que es a la vez un principio, un procedimiento y tenemos protocolos, para ver cómo podemos trabajarlo y sopesar en un ponderación cual es lo mejor para el niño, y hay sentencias que ya se están inclinando respecto a ponderar la identidad dinámica del niño, y hay una cosa más dentro de la identidad dinámica del niño; que también lo escribí en un artículo, que es la posesión constante de estado, en la cual, puede primar la caducidad, por lo tanto improcedente la demanda, porque si yo busco la identidad biológica del niño, no basta con saber quién no es el padre, porque la prueba de ADN me va a decir quien no es el padre, la convención no busca quien no es el padre, la convención busca quien es el padre biológico, cuando la convención dice tiene que establecerse quién es su familia biológica no es que te dice, quien no es su familia biológica, por lo tanto el juez se convierte en un proceso de impugnación, en un investigador de la filiación, entonces está obligado a buscar quien es el padre, y por eso la función tuitiva del juez de familia, y buscar persuadir a las partes quien es el padre.

Al respecto ¿Cuan pertinente es la prueba de ADN en el proceso de impugnación de paternidad, o seria en realidad una prueba de la legitimidad para obrar?

La prueba de ADN, algunos dicen que en realidad lo que prima es la tutela jurisdiccional efectiva, porque existe una situación jurídica entre las partes, que tiene que resolverse, y ante la tutela jurisdiccional efectiva, el acceso a la justicia, y el pro actione debe ingresar y eso no quita de que la prueba de ADN realizada per se diga que el hecho es fundado, cosa que antes



hacíamos, ahora se necesita un estudio mucho mayor, porque si eso fuese así, no sería un proceso de conocimiento, tendría que ser un proceso sumarisimo, prueba de ADN, no es el padre y se acabó; por eso es un proceso de conocimiento, porque la identidad del niño señala según el interés superior del niño hay que ponderarlo, pero que yo considero ahí que más que interés superior del niño hay pro actione, pero proactione no de la madre ni del papa, el pro actione del niño, porque lo que se está ventilando acá es la identidad del niño, ese no es un derecho del padre ni de la madre, es un derecho del niño, que el niño este representado por los padres es distinto, pero el derecho de acción es del niño, y su interés superior es necesario es necesario que se ventile el caso, y allí se verá la prueba estática que tiene que ver mucho con quien es el padre, y quien no es el padre, y eso caso por caso habrá que verlo, y la identidad dinámica del niño para poder establecer realmente lo que es mejor para él.

¿En cuanto a la inaplicabilidad de los artículos 395 y 400 del código civil, cree que debería haber alguna modificación, ampliación o derogación?

Según la postura que nosotros estamos tomando del análisis, porque estamos manteniendo lo que se conoce como el páter familia, y ese es un estereotipo arraigado del derecho romano, la cual debería cambiar, si nosotros nos vamos a la historia antes la familia pertenecían al padre, convenía tener más hijos para las labores de la casa y labores agrarias esa es la concepción que tenemos del artículo 400, ahora tenemos que interpretarlo conforme a la constitución y los principios actuales, si debería cambiarse para darle una salvedad y que el juez sea quien analice el tema, o sea que no sea un plazo de caducidad, sino que se analice que la judicatura se debata el tema, si es que se puede, modificar el reconocimiento, modificar la filiación, sin que haya un plazo, la concepción permanente del estado de familia, y de filiación tiene que mantenerse, porque es una realidad; no es una justificación argumentativa decir, él no lo quiere, eso no tiene nada que ver con la identidad, la identidad dinámica no tiene que ver con



si lo quiere o no se quiere hacer cargo, la identidad tiene que ver con la permanencia , cuánto tiempo se ha establecido, esa situación en el niño, y no se lo podemos quitar ya.

Ahora, para terminar mucho se ha hablado del control difusa, toda norma es constitucional por lo tanto los artículos 400 y 395 son constitucionales, en nuestro sistema de derecho constitucional toda normas se presume constitucional hasta que se declare su inconstitucionalidad, y eso se hace vía proceso de constitucionalidad ante el tribunal constitucional y para eso ya paso el plazo, y vía control difuso, que es inter partes, a diferencia del control concentrado que es proceso de constitucionalidad, que es erga omnes, el control difuso es para el caso en concreto, yo voy a inaplicar el articulo será inconstitucional en el caso en el que me presente, por eso digo no en todos los casos, en algunos primara el articulo 400 y el 395 y será improcedente la demanda, y en otros será inconstitucional, porque será inconstitucional para el niño.

Entonces podemos concluir que cuando la sala constitucional y social, aprueba la inaplicabilidad de estos artículos del 400 y 395, lo hace para el auto admisorio

Ahí yo discrepo, debe ser no con el principio de interés superior del niño, sino con el principio de por actione, acceso a la justicia, del niño, no de las partes, porque ahí van a debatir el proceso de identidad del niño, entonces lo que se está debatiendo es un derecho del niño, se puede hacer el control difuso también para la excepción de caducidad o en la sentencia, que también deba pronunciarse al respecto.

¿Qué derechos del menor, conexos a la identidad o no, constitucionalmente reconocidos, deben primar en el proceso de impugnación de paternidad?

Se va tener que ver en el caso en concreto, ante los mismos hechos uno va a tener que encontrar que principio constitucional vulneran y no necesariamente van a ser los mismos, pueden coincidir en muchos casos, y ahí te vas a dar cuenta que esta el principio de interés superior



del niño, identidad, derecho de familia, nombre, a ser oído, y muchos principios que están en la convención y el código del niño también, pero no significa que necesariamente esos van a primar, porque van a colisionar si pero en la ponderación vamos a ver quiénes van a ceder, por eso es muy importante que los jueces en familia sepamos argumentación y sobre todo ponderación.



ANEXO 02

ENTREVISTA

Entrevistado: Fredy Ramiro Mendoza Zegarra

Cargo: Juez especializado del Juzgado de familia de la Corte Superior de Justicia de Cusco

En fecha 02 de diciembre en instalaciones del poder judicial sede del juzgado de familia de Cusco se entrevistó al juez especializado de familia del Segundo Juzgado de Familia de Cusco

¿Qué criterios utiliza o se deben utilizar para resolver esta controversia?

Considerar como prueba irrefutable la prueba científica del ADN, no necesariamente presentada en la demanda, si en caso no fuera así, se actúa por prueba de oficio en el proceso; y si por ejemplo la madre se niega a la intervención de la prueba de ADN del menor, se considera esta conducta procesal en lugar de la prueba de ADN, claro está no siempre esta prueba o la conducta procesal sobre esta prueba será determinante, sino que será relevante.

¿Usted aplica o inaplica los artículos 395 y 400 del código civil? ¿Por qué?

No inaplica por control difuso, sino por el análisis casatorio de la corte suprema. En atención al derecho de defensa, derecho a la tutela Jurisdiccional efectiva y entre otros derechos y principios que coadyuven el acceso a la justicia, para el magistrado no existe mayor discusión sobre la aplicabilidad de estos artículos, pues la corte suprema ya se ha pronunciado de forma favorable a la inaplicación

Desde su perspectiva, ¿Cuán importante es la identidad dinámica y la identidad biológica?

Ambas serán importantes, deberá evaluarse conforme al caso en concreto, estas tampoco son absolutas, si no son indicadores de la realidad, en base a lo cual debiera de decidirse, para ello el magistrado tiene muy en cuenta las afirmaciones de las partes, en caso por ejemplo que



aparente un vínculo familiar muy notable pues se tendrá en cuenta la identidad dinámica. Así mismo señala que es muy importante entrevistar al menor, considerando previamente su desenvolvimiento, incluso refiere que hay niños que desde muy temprana edad, como desde los 4 años, ya son conscientes de lo que ocurre en su entorno, y puede expresar su afinidad con el padre o madre, esto se toma muy en cuenta, ya que el menor termina siendo el fin último del estado, finalmente también señala que siempre que la parte interesada en la impugnación del reconocimiento conozca fehacientemente sobre la identidad biológica del menor ahí si existirá una discusión en la ponderación de la identidad dinámica o la identidad biológica.

¿Está de acuerdo con la postura de la sala civil de la corte suprema, o con la postura de la sala constitucional y social de la corte suprema?

El magistrado señala, que para fines de la inaplicación del proceso por acceso a la justicia sí está de acuerdo con la posición de la sala constitucional, sin embargo refiere que en el derecho no todo es absoluto, y que deberá verse en el caso en concreto, pues se han presentado casos de todo tipo que para resolver se debe ser lo más humano posible, y tener apertura en el caso, siempre y cuando no se permita que al menor se le deje en un estado de confusión