



**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE  
DERECHO**

**TESIS**

**SISTEMA DE CONTROL DIFUSO DE LA  
CONSTITUCIONALIDAD EN FUNCIÓN A  
LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN  
LA LEGISLACIÓN PERUANA.**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**Autora:**

**Bach. Pérez Díaz Ruth Carina**

**Asesor:**

**Dr. Fernández Vásquez José Arquímedes**

**Línea de Investigación:  
Ciencias Jurídicas**

**Pimentel- Perú**

**2014**

## **Dedicatoria**

A Dios, por permitirnos estar en este mundo, por darnos la familia más extraordinaria, por habernos dado la sabiduría y la fortaleza para que fuera posible alcanzar este logro, por no habernos dejado rendirnos en ningún momento e iluminarnos cada día para salir adelante, por habernos puesto en nuestro camino a aquellas personas que han sido nuestra columna y compañía durante todo el periodo de estudio.

A nuestros padres y familiares por estar con nosotros en todo momento, demostrarnos siempre su cariño brindándonos a cada instante una palabra de aliento para llegar a culminar nuestra profesión, sobre todo por su continuo apoyo incondicional que nos brindan siempre, por ser nuestro motivo y fuerza y por ser un ejemplo a seguir, depositando su entera confianza en cada reto que se nos presenta sin dudar ni un solo momento, quienes han sido un pilar invaluable para el fomento y evolución de nuestra vida personal y profesional, quienes con su afecto y dedicación nos han mostrado la valiosa esencia del aprender Gracias a ustedes por formar parte de la realización de nuestros sueños .

A nuestros hermanos por compartir momentos significativos con nosotros y porque siempre están dispuestos a escucharnos y ayudarnos en cualquier momento, por motivarnos y darnos la mano cuando sentíamos que el camino se terminaba, por haber fomentado en nosotras el deseo de superación y el anhelo de triunfo en la vida, porque siempre han estado ahí para apoyarnos a lo largo de nuestra carrera y dándome fuerzas para seguir adelante.

## **Agradecimiento.**

Agradecemos a Dios, por habernos dado la vida para lograr nuestros objetivos, además de su infinita bondad y amor,

Agradecemos nuestros padres y familiares, que hicieron todo lo posible para que nosotros pudiéramos lograr nuestros sueños.

Agradecemos a nuestros Docentes por otorgarnos sus conocimientos, sabiduría y experiencia necesaria para nuestra formación universitaria

# **SISTEMA DE CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN FUNCION A LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LA LEGISLACION PERUANA.**

## **Resumen**

La problemática surge que al solicitar el apoyo del estado a través de la figura del auxilio judicial se aprecia de la no existencia de convenio con laboratorios privados, para poder realizar la toma de ADN. Siendo esta indispensable para poder determinar el reconocimiento de paternidad del menor y proteger su interés personal. La referencia en cuanto a la asistencia de la madre se establece con fines meramente presenciales, y en especial para procesos dentro de los cuales el hijo es menor de edad y respecto del cual aún no se ha producido el reconocimiento por parte del supuesto padre, por eso la madre, como única representante de su hijo, tiene el derecho a presenciar la prueba.

La investigación tiene como objetivo general determinar la eficacia de la solicitud de auxilio judicial en función a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, buscando garantizar el interés de la demandante y del menor, teniendo en cuenta que hasta ahora ha demostrado nulo aporte para una solución al problema, a fin de dar efectividad al derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes y al derecho de acceso a la justicia entrabado por razones de carencia económica. Fundamentándola en la hipótesis de poder determinar con exactitud quién es el padre biológico de un individuo mediante la prueba genética, va en pro de la seguridad jurídica de las partes, especialmente de quienes son menores de edad. Uno de los fundamentos de los sistemas de presunción de la paternidad es justamente el dar la mayor seguridad posible al menor de edad, respecto de su filiación, así como garantizar los derechos vinculados con ésta.

**Palabras clave:** ADN, reconocimiento de paternidad, solicitud de auxilio judicial

## ***Abstract***

*The problem arises that when requesting the support of the state through the figure of the judicial aid is appreciated of the non existence of agreement with private laboratories, to be able to realize the taking of DNA. This is essential to determine the recognition of paternity of the child and protect his personal interest. The reference to the assistance of the mother is established for purely physical purposes, and especially for processes within which the child is a minor and in respect of which the alleged father has not yet been recognized, for That the mother, as sole representative of her son, has the right to witness the test. The general objective of the investigation is to determine the effectiveness of the request for judicial assistance based on the judicial declaration of extramarital paternity, seeking to guarantee the interest of the applicant and the child, taking into account that until now it has proved null contribution to a solution to the Problem, in order to give effect to the right to the identity of the children and adolescents and the right of access to justice entombed for reasons of economic lack. Relying on the hypothesis of being able to determine exactly who is the biological father of an individual through genetic testing, it is for the legal security of the parties, especially those who are minors. One of the foundations of systems of presumption of paternity is precisely to give the maximum security possible to the minor, regarding their filiation, as well as guarantee the rights related to it.*

***Key words:*** *DNA, recognition of paternity, request for judicial assistance*

## INDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	1
1.1. Realidad problemática .....	1
1.2. Trabajos previos.....	2
1.3. Teoría relacionadas conel tema.....	4
1.4. Formulación del Problema.....	45
1.5. Justificación e importancia del estudio .....	45
1.6. Hipótesis .....	46
1.7. Objetivos.....	46
1.7.1. Objetivo General .....	46
1.7.2. Objetivos específicos.....	46
II. MATERIAL Y METODO .....	48
2.1. Tipo y diseño de la investigación.....	48
2.1.1. Tipo de investigación .....	48
2.1.2. Diseño de la investigación.....	48
2.2. Población y muestra.....	48
2.2.1. Población:.....	48
2.2.2. Muestra:.....	48
2.3. Variables, Operacionalización .....	49
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad. ....	50
2.5. Procedimientos de análisis de datos.....	50

2.5.1. Trabajo de campo .....	50
2.5.2. Trabajo de gabinete .....	50
III. RESULTADOS.....	52
3.1. Tablas y figuras.....	52
3.1.1. Presentación de los resultados.....	52
3.2. Discusión.....	62
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	68
CONCLUSIONES .....	68
RECOMENDACIONES.....	69

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Realidad problemática

En nuestro país, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un acto irrevocable. Acorde con ello, el cuestionamiento de la paternidad ya declarada está sumamente restringida básicamente por dos aspectos: a) la legitimidad, es decir, quien estaría facultado para impugnar la paternidad, y b) el plazo, ya que la ley ha fijado como plazo de caducidad únicamente 90 días a partir de que el impugnante toma conocimiento del hecho, entiéndase, del reconocimiento.

Sin embargo, desde hace varios años, los jueces de familia vienen admitiendo, tramitando y resolviendo demandas que contienen la pretensión de impugnación de paternidad formuladas por el propio padre que reconoció a un menor como su hijo, y eventualmente la presenta cuando dicho menor ya tiene 5, 6, 10 o más años de edad. Anexa, en el mejor de los casos, la prueba de ADN efectuada que arroja como resultado que el impugnante no es el padre biológico del menor reconocido. Los jueces vienen resolviendo dichos procesos haciendo un control difuso de las normas que regulan las demandas de impugnación de paternidad, resoluciones que elevadas en consulta, han merecido, en su gran mayoría, resolución aprobatoria por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado declara lo siguiente: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

A través de esta disposición, la Carta Política de 1993 consagra dentro de nuestro sistema jurídico la vigencia del denominado control constitucional de las normas en su manifestación de control *difuso o desconcentrado*; en razón al cual, corresponde al juez cualquiera que este sea y sin importar su especialidad evaluar la constitucionalidad de las normas involucradas en la solución de la controversia sometida a su conocimiento, con la particularidad de que, en estas

ocasiones, el efecto de su decisión se limitará al caso concreto. En este sentido, este sistema de control constitucional se caracteriza por la posibilidad de ser ejercido difusamente por cualquiera de los órganos pertenecientes al poder judicial, en oposición al sistema denominado *concentrado*, en el que el control constitucional es atribución exclusiva de un órgano específico.

No obstante, con relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha venido señalando en reiteradas ocasiones lo siguiente:

[...] la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa judicial de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad judicial; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juez deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el *'iter legislativo'*, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental. (CONSULTA N° 17151-2013)

## **1.2.Trabajos previos**

Pinella Vega (2015), en su investigación en la ciudad de Chiclayo - Perú titulada: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA VS. PRINCIPIO AL DEBIDO PROCESO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.”, para optar el Título de Abogado, de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo; expone su conclusión primera lo siguiente:

Lo primordial es preservar el derecho a la identidad y verdad biológica del niño/niña, ante cualquier derecho que pretenda colocar trabas a su correcta aplicación, en base a caprichos injustificados, como lo son los derechos procesales del presunto padre (debido proceso, tutela judicial y cosa juzgada dentro de un proceso de filiación extramatrimonial), ya que si bien este tiene realmente derechos que están protegidos por el ordenamiento jurídico,

entran en controversia con el fundamental del menor a la identidad que guarda relación con el interés superior del niño/niña, el mismo que está por encima de los otros derechos procesales, porque se trata de un derecho que afecta a niños, niñas y adolescentes, por lo que merece una mayor protección.

1. Flores Rosas, Silguera Quispe (2015), en su investigación en la ciudad de Huancayo - Perú titulada: “LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DE FILIACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”, para optar el Título de Abogado, de la Universidad Peruana los Andes; expone su conclusión primera lo siguiente:

La mayor parte de los problemas que se abordan en los procesos de filiación giran alrededor de cuestiones probatorias y del alcance de ciertas normas relativas a la determinación de la paternidad. En estos procesos, dada la naturaleza jurídico material de su objeto y del interés público afectado por ellos, quiebra en cierta medida la rigidez y formalismo del proceso civil, en este sentido se ha podido establecer que la prueba en el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial vulnera el principio de valoración conjunta de la prueba porque solamente se puede oponer obligándose el demandado a someterse al ADN.

2. Tuesta Vásquez (2015), en su investigación en la ciudad de Lima - Perú titulada: “RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA NEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”, para optar el Título de Abogado, de la Universidad Autónoma del Perú; expone su conclusión primera lo siguiente:

La Corte Suprema ha acertado al afirmar que nuestro sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual no otorga un tratamiento distinto a los daños patrimoniales y a los daños morales. Ambos tipos de daños son indemnizables y, como regla general, en ningún de los casos se impone como presupuesto de configuración de la responsabilidad la intención de causar daño. De esa forma, tanto el daño patrimonial o el daño moral serían indemnizables independientemente de si el agente causante actuó con culpa o con dolo.

3. Guerra Zerpa (2015), en su investigación en la ciudad de Huancavelica - Perú titulada: “LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO CONSECUENCIA DEL

NO RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL. EN HUANCABELICA- 2014”, para optar el Título de Abogado, de la Universidad Nacional de Huancavelica; expone su conclusión primera lo siguiente:

Se determinó que si se generó responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial, en el distrito de Huancavelica, en el año 2014.

4. Olortegui Delgado (2010), en su investigación en la ciudad de Lima - Perú titulada: “RESPONSABILIDAD CIVIL POR OMISIÓN DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA PATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL”, para optar el Título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercia, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; expone su conclusión primera lo siguiente:

Es evidente que el dogma de la autonomía de la voluntad que se expresaba "lo que es libremente querido es justo" (adoptado por nuestro Código Civil) carece de vigencia en la sociedad actual porque "el individuo ha perdido el control de su voluntad y de su acción en las cotidianas actividades que desarrolla bajo la presión de circunstancias externas que lo exponen a causar y a sufrir daños sin causa alguna". Observamos a diario que hay contrataciones que se aproximan a la órbita extracontractual: contratos de adhesión, contratos tipo, que no se parecen al modelo romano. Uno de los contratantes –la parte dominante- impone su voluntad a otro más débil cuya única opción será prestar su consentimiento, si es que realmente necesita el bien o el servicio. (La doctrina reconoce diferencia entre los deberes de reparar nacidos de un contrato o de un acto ilícito pero sostiene que no son sustantivas). A lo largo de este trabajo se intentó demostrar que la culpa dejó de ser el motor que ponía en funcionamiento los ámbitos contractual y extracontractual de la responsabilidad civil.

### **1.3. Teoría relacionadas con el tema**

#### **La regulación legal de la impugnación de paternidad en el Código Civil**

La impugnación de paternidad es la pretensión destinada a refutar o contradecir judicialmente la paternidad ya establecida legalmente con el propósito de dejarla sin efecto. La que se refiere a la paternidad del hijo nacido dentro de una

relación matrimonial está regulada en el artículo 365, inciso 5 del Código Civil y la del hijo extramatrimonial lo está en el artículo 399 del Código Civil. En estas líneas nos referiremos principalmente a la paternidad declarada del hijo extramatrimonial, por ser la más frecuente.

En principio, es necesario tener presente que la relación paterno-filial que se genera con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye, dentro de los diversos tipos de relaciones de parentesco, la más importante que ha regulado nuestro sistema jurídico. Ello no solo se desprende de la indudable trascendencia que esta tiene dentro del desarrollo del ser humano, en general, y, más específicamente, dentro del desarrollo emocional y conductual del niño, sino también porque a partir de ella nuestro ordenamiento jurídico establece todo un conjunto de deberes y obligaciones que garantizan y procuran, entre otras cosas, la supervivencia del menor y su desarrollo adecuado.

En efecto, con base en la relación paterno-filial no solo se establecen normalmente los vínculos que ligarán a los padres con los hijos, y que constituirán por lo general el principal punto de partida del desarrollo de la persona, sino que además, se desprenden una serie de derechos y obligaciones que el derecho impone al progenitor, sin los cuales la existencia misma del menor se vería comprometida, como son los deberes alimenticios.

Considero que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe, entonces, 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.

Por la importancia de los efectos que el acto de reconocimiento provoca, entre otras cosas, es que el artículo 395 de nuestro Código Civil dispone que “el reconocimiento no admite modalidad y es *irrevocable*”. Y es que, en efecto, las consecuencias que este acto producen no solo en el hijo reconocido (ya sea en el plano material, por las relaciones afectivas que normalmente acompañan a la filiación, como en el jurídico, por el sistema de tutela que el derecho prevé a

favor del menor), sino sobre el propio padre, sobre la familia y sobre la sociedad en general; asimismo, exigen que el legislador dote a este acto de características particularmente estrictas para quien lo celebra.

Considero que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe, entonces, 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. No es necesario ahondar en las consecuencias nocivas que normalmente puede producir en un niño la extinción del vínculo paterno-filial, no solo por la continuación de la relación que pueda existir con su progenitor (lo cual, en todo caso, no depende exclusivamente de lo jurídico), sino también por el estado de desamparo en el que quedaría al ponerse término a los deberes de tutela que correspondían al padre.

En este contexto, nuestro legislador ha previsto una serie de disposiciones legales con el objeto de restringir las posibilidades de negación del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial:

- a. El artículo 395 del Código Civil, que establece que el reconocimiento es irrevocable, es decir, que una vez realizado, *ya no puede ser dejado sin efecto por quien lo efectuó.*
- b. El artículo 399 del Código Civil, que establece que el reconocimiento no puede ser negado por el padre o por la madre que intervinieron en él. Regla que, una vez más, impide que la misma persona, que efectuó libremente el reconocimiento, pueda luego pretender cuestionarlo ante un juez, reconociendo esta posibilidad únicamente a favor del progenitor que no intervino en dicho acto.
- c. El artículo 400 del Código Civil, que establece un plazo de caducidad de noventa días para negar el reconocimiento, contados a partir del momento en que se celebró o en que se tuvo conocimiento del mismo.

De este modo, se establece una limitación adicional para cuestionar judicialmente el acto de reconocimiento de paternidad, que esta vez no se

encuentra dirigida contra él (casos que este pueda impugnar judicialmente su propio reconocimiento), sino contra las demás personas que sí cuentan con posibilidad legal de cuestionar el acto de reconocimiento, estableciendo que estos solo podrán hacerlo durante los 90 días posteriores al momento de su realización.

A través de estas restricciones, el legislador busca como se ha explicado limitar las posibilidades de impugnación del vínculo paterno-filial ya formado, a efectos de dotarlo de estabilidad, en vista a las consecuencias que su modificación puede provocar en el plano material y jurídico de la persona (en especial, del menor) y de la familia, y tutelar el estado de familia.

### **El incremento de demandas de impugnación de paternidad en el escenario judicial**

Resulta indudable que existe un incremento de demandas de impugnación de paternidad en donde se exponen casos, si bien distintos, en su mayoría y con el común denominador de que quien cuestiona la paternidad es el propio padre que reconoció al menor, con variados argumentos; en unos, aduciendo tener simples dudas sobre la paternidad, en otros, alegando haber sido engañado por la madre o simplemente el haber reconocido al menor a sabiendas de no ser su hijo y por el hecho de mantener una relación sentimental con la madre, sucediendo a menudo que, acabada dicha relación, el reconociente impugna la paternidad que voluntariamente afirmó antes. No se puede negar tampoco que a esta proliferación de demandas ha contribuido el examen de ADN, prueba científica que, si bien nos acerca a la verdad real, también nos puede llevar a decisiones injustas y contrarias al interés superior de los niños.

A manera de ejemplo, tenemos que en el 2001, Jorge reconoce la paternidad extramatrimonial de la menor B.A.G.L. ante la Municipalidad de Lima, convencido de ser su padre.

En el 2013 interpone una demanda de impugnación de paternidad ante el juez de familia para que se declare que B.A.G.L. no es su hija y se deje sin efecto el reconocimiento que efectuó en el 2001.

En la demanda se anexa la prueba de ADN efectuada sin conocimiento de la madre en otros casos, esta prueba se ordena en el proceso judicial.

Lo que interesa al efectuar el control difuso de las normas que regulan la impugnación de paternidad, por entrar en contradicción con el derecho del menor a la identidad y a conocer a su verdadero padre biológico bajo el argumento de protección al menor, ¿Se cumple la finalidad de protección al menor? ¿Realmente se posibilita su derecho a la identidad y a conocer a su padre biológico? Siendo un tema debatible, y respetables las respuestas que se expresen, considero que en la realidad, la respuesta es negativa.

Desde este primer momento, surge la disyuntiva que enfrenta el juez. Al calificar la demanda, se tiene que determinar si existe legitimidad para demandar por parte del propio padre que reconoció al menor, no obstante que el artículo 399 del Código Civil ha determinado que dicha acción no le corresponde al padre que voluntariamente reconoció al menor, sino al padre o madre que no intervino, sus descendientes, el propio hijo (reconocido), o quienes tuviesen legítimo interés. El otro aspecto a verificar desde el mismo momento de la calificación de la demanda, es el plazo de caducidad previsto por el artículo 400 del Código Civil, esto es, 90 días.

El dilema es, entonces, decidir entre dos soluciones posibles:

- a) Aplicar la ley, en consecuencia, declarar improcedente la demanda, por carecer de legitimidad el reconociente para impugnar la paternidad que él mismo reconoció y declaró con anterioridad.
- b) Inaplicar la ley, en consecuencia, admitir a trámite la demanda y, eventualmente, declararla fundada con base en el resultado del examen de ADN que, como prueba científica, debe privilegiarse por ser la que más nos acerca a la verdad real.

En gran cantidad de casos, la Corte Suprema de la República (Sala Constitucional y Social Permanente) ha optado por la segunda respuesta, la que involucra apartarse de la regulación legal de la impugnación de paternidad ya detallada y efectuando control difuso de dichas normas, inaplicarlas. Para ello, debe efectuar el test de ponderación de los valores y principios que están en

juego en estos casos. Pero, ¿qué es control difuso?, ¿es realmente necesario? y ¿a quién se favorece?

### **El sistema de control difuso de la constitucionalidad y el carácter excepcional del mismo**

El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado declara lo siguiente: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

A través de esta disposición, la Carta Política de 1993 consagra dentro de nuestro sistema jurídico la vigencia del denominado control constitucional de las normas en su manifestación de control *difuso o desconcentrado*; en razón al cual, corresponde al juez cualquiera que este sea y sin importar su especialidad evaluar la constitucionalidad de las normas involucradas en la solución de la controversia sometida a su conocimiento, con la particularidad de que, en estas ocasiones, el efecto de su decisión se limitará al caso concreto. En este sentido, este sistema de control constitucional se caracteriza por la posibilidad de ser ejercido difusamente por cualquiera de los órganos pertenecientes al poder judicial, en oposición al sistema denominado *concentrado*, en el que el control constitucional es atribución exclusiva de un órgano específico.

No obstante, con relación al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema ha venido señalando en reiteradas ocasiones lo siguiente:

[...] la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa judicial de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad judicial; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el *'iter legislativo'*, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son

constitucionales y que estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental. (CONSULTA N° 17151-2013)

Como vemos, la Corte Suprema ha identificado correctamente que las normas legales se presumen constitucionales y que constituyen un sistema armónico; sin embargo, el fundamento del control difuso de la constitucionalidad de las normas se encuentra en el principio de supremacía constitucional. El carácter altamente excepcional ha identificado al *control difuso o desconcentrado de la constitucionalidad* desde su propio origen en las cortes norteamericanas en las que se encuentra bastante claro y asentado el principio de acuerdo al cual *la validez constitucional es el último asunto que la Corte habrá de considerar en relación con una ley*, donde su vigencia y pertinencia para nuestro sistema jurídico resulta indiscutible, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo precedente y la innegable necesidad de dotar al sistema normativo de un principio de seguridad y eficacia.

Las consecuencias de este principio se han reflejado en varios modos dentro del desarrollo de esta institución. Así, por ejemplo, se ha establecido y así se ha reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que el control difuso debe ser ejercido siempre que i) la norma objeto de inaplicación sea relevante para resolver la controversia y ii) no sea posible obtener de esta una interpretación conforme a la Constitución.

No debe perderse de vista que el ejercicio del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado se encuentra precedido casi siempre de un juicio de ponderación llevado a cabo por el juez sobre los distintos principios constitucionales que en su opinión se encuentran involucrados en el caso concreto, producto del cual ha podido determinar que la solución jurídica prevista por el legislador en la norma infraconstitucional que será inaplicada no es la correcta. No obstante, afirmamos que esta operación constituye siempre una excepción al diseño previsto ordinariamente en nuestro sistema jurídico, dentro del cual el primer llamado a ponderar los valores contenidos en nuestra Constitución Política no es el juez, sino el legislador, siendo a este a quien se ha confiado, en primer lugar, la labor de ponderar los distintos principios constitucionales que se encuentran en juego al momento de dictar cada una de las reglas contenidas en nuestro sistema jurídico.

Así tenemos que, cuando el legislador adopta una regla determinada para regular un ámbito concreto de la realidad y la transforma en norma legal, no hace otra cosa que ponderar los distintos principios que se encuentran involucrados en la situación concreta que pretende regular en ejercicio de las facultades que nuestro sistema constitucional le reconoce— y refleja el resultado de su ponderación a través del producto normativo que finalmente pasa a formar parte de nuestro ordenamiento legal en forma de reglas, casi siempre. En este sentido, se sostiene lo siguiente: “[...] Las reglas no se entienden como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad”. (AGUILO REGLA, 2008, p. 20) Y es a este producto o resultado al que se atribuye una presunción de constitucionalidad. El ejercicio del control difuso constituye la excepción a este modelo, ya que sustituye la ponderación del legislador por la del juez.

En este contexto, la elección de optar por la inaplicación de una norma infraconstitucional coloca siempre al juez en un escenario de mayores poderes de discrecionalidad en la adopción de la decisión atinente al caso concreto, dado que, al no encontrarse en sujeción a una regla específica que dicte concretamente el modo en que deberá resolverse el asunto (como ocurre normalmente en la subsunción), su decisión se verá necesariamente dotada de mayor libertad. Por ello, con acierto, se ha afirmado lo siguiente:

*La ponderación no es [...] un procedimiento arbitrario, pero supone dosis de discrecionalidad, de libertad, mayores que la subsunción y eso justifica que la ponderación de los tribunales tenga que ser mucho más limitada que la del legislador [...]. (ATIENZA RODRIGUEZ, 2010, p. 12)*

### **El pronunciamiento de la Corte Suprema del Perú**

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la mayoría de casos que ha tenido que conocer en grado de consulta los procesos de impugnación de paternidad iniciados por la misma persona que voluntariamente reconoció como suyo al hijo que luego niega, ha aprobado las consultas elevadas por los jueces de familia que, por la vía del control difuso, han inaplicado las normas que limitan las pretensiones de impugnación de paternidad.

Se han venido implicando los artículos 395, 399 y 400 del Código Civil que protegen al menor y buscan la consolidación del estado de familia, afirmando, luego de un ejercicio de ponderación por lo menos cuestionable, que los límites establecidos por la ley (irrevocabilidad, legitimidad y caducidad) entran en contradicción con el derecho constitucional a la identidad del menor, consagrado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al impedir supuestamente que el menor pueda conocer la verdad sobre su origen biológico, es decir, conocer a su verdadero padre.

Al tratarse de un acto con carácter totalmente voluntario, el reconocimiento de hijo extramatrimonial exige que la voluntad del reconociente haya sido válidamente emitida como expresión libre y no viciada de su determinación. Solo en estos casos es posible atribuir a quien lo práctica las consecuencias propias de la relación paterno-filial. Por tanto, no existe limitación alguna para quien se ha visto afectado por algún vicio en el acto de reconocimiento pueda acceder a tutela ante el órgano jurisdiccional.

Recordemos que el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país incluye tanto el control abstracto como el control concreto, el primero se produce cuando el balance es realizado por el juez en forma teórica, sin prestar atención a las circunstancias del caso específico, en tanto que el control concreto se produce cuando el balance no es realizado en forma teórica sino en atención a los efectos que la norma producirá en la situación específica que se somete a consideración del juez.

El control abstracto se realiza cuando se cuestiona directamente la constitucionalidad de la norma a través de las acciones constitucionales (acción popular y acción de inconstitucionalidad) cuyo efecto será si se ampara la demanda la expulsión de dicha norma de nuestro ordenamiento con efectos derogatorios. El control difuso lo realiza el juez que en el análisis del caso concreto considera que siendo indispensable utilizar dicha norma para la solución justa de la pretensión y cuando no es posible efectuar una interpretación de la misma conforme a la Constitución, la inaplica por considerar que colisiona con valores prioritarios en el caso concreto.

Cabe entonces la pregunta: Si lo que interesa al efectuar el control difuso de las normas que regulan la impugnación de paternidad, por entrar en contradicción con el derecho del menor a la identidad y a conocer a su verdadero padre biológico bajo el argumento de protección al menor, ¿Se cumple la finalidad de protección al menor? ¿Realmente se posibilita su derecho a la identidad y a conocer a su padre biológico? Siendo un tema debatible, y respetables las respuestas que se expresen, considero que en la realidad, la respuesta es negativa.

### **Efectos que produce en la práctica la inaplicación de los límites impuestos por el legislador a las posibilidades de negación del reconocimiento**

Se ha venido argumentando que la inaplicación de los límites legales para la negación del reconocimiento de un hijo es necesario con el propósito de posibilitar al niño el conocimiento de su verdadero origen biológico y lograr así la realización de su derecho a la identidad. Pero, la apreciación de las consecuencias que este tipo de decisiones producen en los menores involucrados en estos casos me obligan a discrepar respetuosamente de este criterio.

Gran parte de las consultas sobre el asunto que ahora nos ocupa, han estado referidas a casos en los que el mismo sujeto que reconoció en su momento la paternidad de un niño o niña se presentaba luego ante el juez (siempre luego de terminar la relación amorosa con la madre) para exigir que se sometiera a investigación la paternidad formal que ejerce, a fin que se declare que él no es el padre biológico y se retire del acta de nacimiento del menor cualquier referencia a su paternidad. Este tipo de consultas como ya se ha indicado han sido resueltas a favor del demandante y en perjuicio del menor involucrado, declarando que este no es el padre del menor y ordenado que se descarte toda referencia a su paternidad del acta de nacimiento respectiva.

Sin embargo, cabe considerar qué se obtiene de todo esto. ¿En realidad se alcanza la satisfacción del derecho a la identidad de los menores que se ven afectados en estos casos?, ¿los derechos que estos poseen quedarán en mejor posición? Considero que la respuesta a estas preguntas es indudablemente negativa, pues, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad independientemente del

análisis abstracto o dogmático que podría inclinar las ideas de un debate dogmático en uno u otro sentido evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara en la tinta la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación.

No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente este 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 este es evidentemente más precaria.

Agregado a ello, lo más grave que se puede apreciar en todo esto es la situación de desamparo en la que se colocaría al menor luego de un pronunciamiento de este tipo, dado que usualmente estas consultas se refieren a casos en los que la manutención del menor depende de las obligaciones alimentarias impuestas por la ley a quien ha reconocido libremente la filiación, ya que estas pretensiones suelen ser ejercidas por los padres formalmente reconocidos luego de la ruptura de las relaciones amorosas con la madre del menor.

Desde este enfoque es que se puede apreciar en mejor modo que la invocación a la necesidad de tutelar el derecho a la identidad del menor en este tipo de casos es puramente superficial, dado que en los hechos las consecuencias que se producen sobre la situación del menor involucrado es por lo menos cuestionable.

Debe tenerse en cuenta que el juicio de control concreto de la constitucionalidad, como lo es en esencia el juicio de control difuso peruano, se distingue del control abstracto de la constitucionalidad justamente porque en aquel el análisis del juez debe centrarse sobre todo en las consecuencias prácticas que tendrá su decisión sobre los involucrados y no en las connotaciones jurídicas abstractas o dogmáticas que se tengan que debatir en el caso. Sin embargo, las consecuencias concretas que este tipo de decisiones producen en la realidad normalmente no

son valoradas apropiadamente por las instancias inferiores al optar por el ejercicio del control difuso.

### **La vía idónea para el cuestionamiento de la paternidad declarada**

El derecho nos brinda diversos caminos, unos más adecuados que otros. No podemos negar que colisiona con nuestro sentido de justicia la posibilidad de que, en efecto, en algún caso o varios, la voluntad del padre que reconoció a un hijo no haya sido válidamente expresada, que el reconocimiento se hubiese realizado por error o engaño, y finalmente, porque el examen de ADN demostraría que realmente no es el padre biológico del menor reconocido.

Una vez alcanzada la mayoría de edad o cesada su incapacidad, será posible para el hijo reconocido someter a impugnación el reconocimiento, si considera que este afecta de algún modo sus derechos, de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil. Por lo cual se advierte que el legislador ha previsto una tutela adecuada tanto para el reconociente como el hijo reconocido, cuando existan situaciones que así lo ameriten.

Los argumentos expuestos precedentemente podrían ser cuestionados señalando que estos dejan en la absoluta indefensión al sujeto que ha practicado el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, en los casos que hubieran actuado por error o engaño sobre la paternidad biológica del menor. Sin embargo, es necesario recordar en este punto que las Salas Civiles de la Corte Suprema tienen una larga jurisprudencia que, sin desconocer el carácter irrevocable que tiene el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, admite la posibilidad de que quien lo practicó pueda acreditar ante el juez que su voluntad se encontró viciada de acuerdo con las reglas previstas para todos los actos jurídicos en los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

Efectivamente, al tratarse de un acto con carácter totalmente voluntario, el reconocimiento de hijo extramatrimonial exige que la voluntad del reconociente haya sido válidamente emitida como expresión libre y no viciada de su determinación. Solo en estos casos es posible atribuir a quien lo practica las consecuencias propias de la relación paterno-filial. Por tanto, no existe

limitación alguna para quien se ha visto afectado por algún vicio en el acto de reconocimiento pueda acceder a tutela ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, este tipo de casos deberán someterse a las reglas de probanza y acreditación exigibles para las pretensiones invalidatorias propias del derecho civil, a efectos de acreditar que su voluntad no fue correctamente formada. Situación que es diametralmente distinta a la de los procesos de impugnación de paternidad a los que se viene haciendo referencia, en los cuales los demandantes no niegan que su voluntad haya sido adecuadamente formada ni se les exige dar prueba de ello, sino que se presentan simplemente a tratar de liberarse de un acto que en pleno ejercicio de sus capacidades debe presumirse practicaron en su momento, afectando con ello la situación jurídica y material de un menor, con el agravante de haber tomado de él muestra de ADN casi siempre sin autorización de la madre, para actuar en perjuicio del interés de dicho niño.

De otro lado y considerando, además, que durante muchos años los jueces civiles han venido admitiendo y tramitando demandas de impugnación de paternidad, dando señales claras de que esta vía sería la adecuada, se podría pensar también en los casos en los que, en realidad, la posibilidad de permitir el ejercicio de la negación de la paternidad se hace urgente por existir razones que justifican que esta se lleve a cabo. Por ejemplo, cuando existe certeza de quien es el verdadero padre del menor y es necesaria la impugnación para establecer adecuadamente el vínculo filial del menor o cuando existen circunstancias que hacen inaceptable que la paternidad formal que no se condice con la verdad biológica siga en pie (supuestos de maltrato o abuso por parte del reconociente), etc.

En estos casos, la única opción válida es optar por el resultado que, en los hechos, satisfaga de mejor modo los derechos del menor; y si las circunstancias son de tal dimensión que hagan necesario descartar la paternidad formal, con el propósito de colocar al menor en una mejor situación que la que tenía, no existe duda alguna que deberá procederse en concordancia con ellas. Y esto no se contradice en modo alguno con los fundamentos expuestos precedentemente; sino que, por el contrario, guardan armonía con ellos.

En todo caso, cabe recordar que una vez alcanzada la mayoría de edad o cesada su incapacidad, será posible para el hijo reconocido someter a impugnación el reconocimiento, si considera que este afecta de algún modo sus derechos, de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil. Por lo cual se advierte que el legislador ha previsto una tutela adecuada tanto para el reconociente como el hijo reconocido, cuando existan situaciones que así lo ameriten.

### **De la protección del interés superior del niño y su situación.**

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante “Constitución”) consagra este principio el cual hace alusión a que el Estado brinda una protección especial a las niñas, niños y adolescentes (en adelante se les llamará de manera facultativa y por efectos prácticos “menores de edad”) al encontrarse en una situación de vulnerabilidad (como es el abandono); sin embargo, si realmente ello fuese así, no se justificaría su intervención de protección especial en casos en los cuales dichas niñas, niños y adolescentes no se encontrasen en tales situaciones, por lo que se concluiría que el Estado solo entraría a tallar cuando estén en una situación irregular. (CHANAME, 2015: 33) No obstante, la interpretación del párrafo precedente resulta incorrecta por cuanto nuestro país no se adhiere más a la “doctrina de la situación irregular”, dado que al ratificar la Convención sobre los derechos del niño, estamos bajo la influencia de la “doctrina de la protección integral” la cual establece que se debe proteger a los menores de edad de una manera especial e integral. Ello se justifica en razón de que dichas personas son sujetos de derechos específicos, dado que están en una situación en la cual aún vienen desarrollando su personalidad tanto física como psicológicamente; lo que importa es que sean más vulnerables frente a situaciones en su contra así como estar en mayor grado de indefensión (diferenciándose de los adultos); por ende, el Estado debe garantizar sus derechos.

Lo referido se resume en que el Estado, la familia y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de una manera integral, ya sea cuando se encuentren en situación irregular (abandono, infractores penales, incapacidad física o mental) o no; al ser sujetos de derechos específicos (ya no sujetos de

tutela o compasión) en razón de sus particulares características antes dichas, y por lo tanto, motiva un deber especial por parte del Estado y la sociedad de brindarle dicha protección especial, y de esta manera, garantizar sus derechos. (CIDH OC-17/2002)

Así también lo ha referido el Tribunal Constitucional al indicar que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”. (Expediente N.º 3330- 2004-AA/TC)

Sobre la doctrina de la protección integral, Emilio García refiere que “el punto central de la doctrina de la protección integral es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto el Estado debe garantizar. De la consideración del menor como objeto de compasión-represión y de tutela por parte del Estado, a la consideración de la infancia y adolescencia como sujeto de plenos derechos, así como la previsión de los canales idóneos para exigirlos, es lo que caracteriza el tránsito de una doctrina a otra”. (GARCÍA, 1997, p. 45-50)

Siendo esto así, se entiende que la protección especial que brinda el Estado a las niñas, niños y adolescentes es, entre otras cosas, para garantizar sus derechos, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, y este último alcanza a los padres, vale decir, la protección especial que los padres deben ejercer en el patrimonio de sus hijos, ya sea administrándolos, usufructuándolos o disponiendo de ellos, conforme a la normativa imperante y teniendo en cuenta su interés superior.

Lo antes expresado, es de gran importancia si se tiene en cuenta que una adecuada administración, usufructo o disposición de sus bienes conllevaría garantizar que su patrimonio le sea de utilidad tanto en su etapa de niñez y adolescencia como cuando adquiera una capacidad absoluta de ejercicio,

contrario sensu, les perjudicaría tanto a nivel económico como incluso atentando contra su propia integridad y desarrollo personal.

**Principios y normas con rangos constitucionales referidos al derecho de niñez y adolescencia, y su utilidad al momento de administrar, usufructuar y disponer de sus bienes**

**Convención sobre los Derechos del Niño**

Es pertinente precisar que los principios constitucionales, y por extensión, los principios consagrados en normas con rango constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño, cumplen dos funciones, que según Alex Plácido (2001) son:

*Función legisladora: permite desarrollar las normas de menor grado dentro de los alcances que propone cada principio constitucional.*

*Función interpretadora: permite encontrar el verdadero sentido de las normas de menor grado e integrar el sistema jurídico en caso de defecto o deficiencia de la ley. (pág. 59)*

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que dicha convención acoge la mencionada “doctrina sobre la protección integral”, la cual ha sido desarrollada en los párrafos precedentes, y cuyos instrumentos básicos son: 1) La Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, 2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing del 29 de noviembre de 1985), y 3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh del 14 de diciembre de 1990). (Plácido, 2001: 21-24)

Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Convención sobre los derechos del niño regula una serie de principios y normas que garantizan los derechos de ellos tanto a nivel extra patrimonial como patrimonial, como, por ejemplo:

## **Principio de bienestar en la niñez y adolescencia**

Artículo 3. [...] . 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. (La cursiva es nuestra).

Nótese que el compromiso de los Estados partes de asegurar la protección y el cuidado de las niñas, niños y adolescentes tiene como finalidad su bienestar, el cual tiene como significados: “estado de la persona que goza de buena salud física y mental, lo que le proporciona un sentimiento de satisfacción y tranquilidad”, y el “estado de una persona cuyas condiciones económicas le permiten vivir con holgura”; consecuentemente, los menores de edad pueden alcanzar dicho bienestar cuando se encuentran en armonía no solo a nivel físico y psicológico, sino también a nivel económico; y un primer paso es el debido cuidado tanto de su integridad como de sus bienes por parte de sus padres quienes ejercen la patria potestad, que es un deber y derecho de los mismos, de conformidad con las normas pertinentes, lo cual obliga al Estado a tomar la medidas tanto legislativas como administrativas para lograr dicho fin. Considérese que la protección a las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado— para lograr su bienestar, se traslada evidentemente tanto a sus padres, tutores como a quienes sean responsables de los mismos; y esto, debido a que la protección especial hacia ellos recae no solo en el Estado, sino también en la comunidad, y por naturaleza, a sus parientes directos y/o cercanos. (vega2016: 33).

## **La jurisprudencia nacional en el reconocimiento de paternidad**

Actualmente, los avances tecnológicos son empleados no solo en temas específicos como la medicina o informática, sino que están siendo utilizados en todas aquellas situaciones en la que permitirían que un objetivo específico sea cumplido. Ante esta realidad, la disciplina del derecho no está ajena a estos continuos avances tecnológicos. Esta aplica poco a poco todas las herramientas que los avances fueron dando a efectos para el desarrollo de todos los procesos

judiciales para poder dar cumplimiento a sus fines: “resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”.  
(CODIGO PROCESAL, ARTICULO III)

Muestra de lo mencionado, es el empleo de la prueba de ADN en los diversos procesos que requieran determinar la existencia de filiación entre diferentes personas y permita que el juez tenga un conocimiento claro y preciso respecto de quienes realmente tienen un parentesco consanguíneo.

La prueba de ADN tiene su más importante participación en el proceso Judicial creado por la Ley N.º 28457, la cual es vital para que el juez pueda emitir su resolución. Sin embargo, este proceso tiene una particularidad: en caso de que el demandado no se oponga a la demanda, será declarado sin que exista prueba alguna adicional, como padre de un menor.

El problema surge cuando el declarado como padre no es en realidad el verdadero padre biológico de este menor, ¿se puede hacer algo al respecto?, ¿esta situación acontece como consecuencia de un abuso de derecho por parte de la madre demandante o de la propia irresponsabilidad del demandado? En el presente artículo se analizará y mostrará estas y otras interrogantes a efectos de comprender el problema presentado.

**Análisis a la Ley 29821 – Ley de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, sobre filiación genera abuso de derecho de los demandantes o solo castiga la irresponsabilidad de los demandados.**

Actualmente, los avances tecnológicos son empleados no solo en temas específicos como la medicina o informática, sino que están siendo utilizados en todas aquellas situaciones en la que permitirían que un objetivo específico sea cumplido. Ante esta realidad, la disciplina del derecho no está ajena a estos continuos avances tecnológicos. Esta aplica poco a poco todas las herramientas que los avances fueron dando a efectos para el desarrollo de todos los procesos judiciales para poder dar cumplimiento a sus fines: “resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica”.  
(CODIGO PROCESAL, ARTICULO III)

Muestra de lo mencionado, es el empleo de la prueba de ADN en los diversos procesos que requieran determinar la existencia de filiación entre diferentes personas y permita que el juez tenga un conocimiento claro y preciso respecto de quienes realmente tienen un parentesco consanguíneo.

La prueba de ADN tiene su más importante participación en el proceso Judicial creado por la Ley N.º 28457, la cual es vital para que el juez pueda emitir su resolución. Sin embargo, este proceso tiene una particularidad: en caso de que el demandado no se oponga a la demanda, será declarado sin que exista prueba alguna adicional, como padre de un menor.

El problema surge cuando el declarado como padre no es en realidad el verdadero padre biológico de este menor, ¿se puede hacer algo al respecto?, ¿esta situación acontece como consecuencia de un abuso de derecho por parte de la madre demandante o de la propia irresponsabilidad del demandado? En el presente artículo se analizará y mostrará estas y otras interrogantes a efectos de comprender el problema presentado.

### **Bases teóricas a tener en cuenta**

El apoderado del auxiliado y sus facultades.- Tan presto el juez toma conocimiento del auxilio judicial de la parte beneficiada, nombra el abogado que asume como apoderado, ya sea accediendo al propuesto o en todo caso el juez le nombra abogado de entre los que conforman la lista que obra en Presidencia de la Corte. Esta lista de abogados es la que el Colegio de Abogados lo propone. Debiendo dejar aclarado que un abogado no puede patrocinar a más de tres personas que tiene auxilio judicial.

Los honorarios del abogado patrocinador son fijado por el Juez y los paga el perdedor del proceso, salvo que pierda el proceso quien tiene auxilio, en este caso los honorarios los paga el Colegio. En el supuesto que el proceso por elevación al superior tenga que resolverse en sede distinta el órgano jurisdiccional se encargará de nombrar el apoderado que defienda al auxiliado. (BARANDIARAN, 2002: 17)

El abogado nombrado como patrocinador del auxiliado deberá abstenerse por las mismas causales de recusación y abstención que tiene el juez, en este caso deberá hacer de conocimiento del magistrado dentro del tercer día de notificado el nombramiento, adjuntando los medio probatorios pertinentes.

La resolución que resuelve el juez es inimpugnable. En cuanto a las facultades del abogado apoderado del auxiliado son las mismas del Curador Procesal y las que le otorga el auxiliado, sin perjuicio dicho apoderado podrá delegar poder a otro abogado. Todo conforme lo disponen los Arts. 183 184 y 185 del C.P. C. Responsabilidad del apoderado y fin del auxilio durante el proceso.

El apoderado por su propia naturaleza de confiabilidad de parte del juez, se sobrentiende que es una persona seria, honesta y proba, por lo tanto cualquier acto deshonesto que implique dolo y negligencia en su función al constituir falta grave y contra la ética profesional, el juez pondrá en conocimiento del Colegio de Abogados tal conducta, sin perjuicio que dicho apoderado sea sancionado con el pago de una multa no menor de 5 ni mayor de 20 URP. Que se comparten entre el auxiliado y el Poder Judicial. En cualquier momento cesa el auxilio judicial si el auxiliado o beneficiado del auxilio pone en conocimiento del juez que ya no existen las causales para tener ese beneficio, ante está información el juez cesa el beneficio del auxilio.

Como se ha dejado dicho también cesa el auxilio judicial o termina si ante la verificación oficial de la órgano encargado de fiscalizar descubre que el auxiliado ha mentido en su solicitud en todo o en parte, el juez dispone que el beneficio se dé por terminado o sea que cesa el beneficio. Asimismo, el auxilio termina de oficio o a solicitud de la parte no auxiliada si afirma que la situación que generó el beneficio del auxilio ha desaparecido como se le corre traslado a la parte auxiliada para absuelva el juez resuelve dejando sin efecto el auxilio o denegando la solicitud. En estos casos la solicitud que ampara el cese del auxilio es apelable y el concesorio es en efecto suspensivo y la que deniega es inimpugnable. En este caso quien lo solicitó asume el pago de costos y castas del procedimiento sin perjuicio de imponérsele una multa no mayor de una URP.

## **Análisis a la jurisprudencia nacional en el reconocimiento de paternidad**

Al analizar la jurisprudencia en nuestro país podemos encontrar dos niveles de resoluciones. Unas que generan un impacto positivo en el ámbito de la determinación de derechos, obligaciones, condiciones y delimitación de conceptos; otras que se limitan al formalismo de la determinación de los elementos procesales contenidos en el expediente. La Casación N.º 5540-2009-La Libertad inicialmente podría confundir al lector, principalmente porque se analizan elementos procesales en un trámite en el cual se solicita la exclusión de una obligación alimentaria por parte de quien plantea el recurso.

Sin embargo, el considerando décimo primero de dicha casación permite sostener que la Corte Suprema no toma en cuenta la importancia de sus propias acciones, en particular para incidir en la correcta aplicación de la justicia en las cortes inferiores, porque se limita al análisis, en forma determinante, de un artículo del Código Procesal Civil sobre el procedimiento contenido en el trámite de un proceso, donde se evaluarían elementos conceptuales del derecho constitucional (dignidad, identidad, derechos económicos y sociales), derecho de familia (determinación de paternidad, relación paterno filial, alimentos y protección del menor) y del derecho procesal (carga de prueba, derecho probatorio, temeridad y malicia procesal, representación procesal). En esencia, la Corte Suprema ha perdido la oportunidad para fijar una situación que en los últimos años se ha observado en crecimiento en el país: la determinación de la paternidad por parte de una persona no necesariamente hace coincidencia entre lo manifestado y evidenciado por las partes frente a la contundencia de una prueba genética que determine si existe vínculo troncal o no.

La evaluación tradicional de las presunciones y de la inconstitucional vigencia del hijo alimentista, constituyen una muestra palpable de que el derecho de familia se resiste a adecuarse a los nuevos contextos procesales donde prima la constitucionalización del proceso y en donde el sujeto de derecho, que forma parte de él, es considerado igual a las contrapartes y en donde, sin figurar expresamente, debe entenderse que el menor que pudiera verse involucrado en

un proceso judicial, también tiene derechos diferentes a los de su representante legal y que esta distorsión de niveles de defensa exige la participación de un curador procesal ante casos en los cuales se puede demostrar la mala fe de una parte sobre la otra, en donde el perjudicado en mayor gravedad es justamente el menor. De esta manera, el menor, que al no tener capacidad procesal, sigue siendo considerado un objeto de tutela a pesar de la evolución conceptual de su naturaleza a sujeto de derechos.

Ello se debe, principalmente, debido a una equivocada percepción de la aplicación del principio del interés superior del niño. No se cuestiona el elemento argumentativo de la Corte Suprema en la casación en evaluación, por cuanto es el correcto, pero si existiera una vinculación entre la proyección de casaciones por emitirse con los procesos en trámite sobre la misma materia, probablemente la Corte Suprema podría considerar el hecho de que sus fallos incidirían positivamente en la predictibilidad de la práctica jurisdiccional en el país. Esta falta de proyección de una casación emitida en el 2009, a la fecha se ha mantenido y ahí el problema de la falta de una proyección temporal sobre casos controversiales tipo en el contexto de las relaciones interpersonales en situaciones de conflictos familiares. Para la explicación de los alcances de la Casación N.º 5540-2009-La Libertad, sin embargo necesitamos explicar algunos conceptos, para así poder dar nuestro punto de vista.

### **La prueba de ADN**

Debe observarse que tal como lo señala Hernando Devis Echandía (2000):

*La prueba es entendida como todo medio que sirve para conocer cualquier hecho o como la actividad de comprobación de los hechos en el proceso. La prueba requiere siempre la intervención de un sujeto y frecuentemente de varios: de quien la solicita (pero puede faltar cuando el juez la decreta de oficio) y el juez que la decreta o admite; en ocasiones, además existe la colaboración de terceros en sus prácticas, como testigos y peritos o de una parte cuando es interrogada y por último, de quien la contradice, que es la contraparte de quien la pide o*

*aduce y al ocasional oponente en los procesos de jurisdicción voluntari. (p. 125)*

Los diversos medios probatorios son empleados a efectos de otorgar certeza a las decisiones del juez (CODIGO PROCESAL CIVIL, ART. 188). Además, deben ser los pertinentes para que se logre la finalidad precisada. Caso contrario, los medios probatorios que se propongan sencillamente serán declarados improcedentes. (CODIGO PROCESAL CIVIL, ART. 190)

Los medios probatorios son clasificados por normativa en típicos y atípicos. Entre los medios probatorios típicos se encuentran:

- La declaración de parte.
- la declaración de testigos.
- Los documentos.
- La pericia.
- La inspección ocular.

Por su parte, los medios atípicos son aquellos constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Así, la prueba de ADN es un medio probatorio atípico, el cual puede ser empleado cuando sea pertinente en los procesos judiciales.

La prueba de ADN es una prueba científica que permite determinar el parentesco de consanguinidad que puedan tener dos personas, las cuales generalmente son un presunto padre y un presunto hijo, con una efectividad del 99 %.

Si bien su realización puede darse tanto en el marco de un proceso judicial como en forma privada fuera del marco de un proceso, el interés del presente artículo es tratar sobre su realización dentro de este marco.

En el caso, que se realice dentro del proceso, su actuación se efectúa en la audiencia y ante la presencia del presunto padre, del presunto hijo y de la presunta madre con la ayuda de un representante del laboratorio encargado de la prueba, quien procede a tomar muestras de la sangre correspondiente o las muestras de saliva necesarias, las cuales se analizarán en el laboratorio respectivo para que luego los resultados sean remitidos mediante informe al juzgado donde se efectuó la audiencia.

## **La prueba de ADN como herramienta para determinar la filiación extramatrimonial**

Teniendo en cuenta que la prueba de ADN permite verificar la existencia de un parentesco consanguíneo entre una persona y otra, esta prueba es aplicada en los procesos donde sea necesario determinar este parentesco.

Debido a esto, es que es preferentemente aplicada en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial; sin embargo, esto no impide que luego de unas previas acciones que la norma exige, esta pueda ser empleada cuando previamente exista una filiación matrimonial presunta.

A efectos del presente artículo, el interés se enfocará en la segunda forma para lograr el surgimiento de la filiación extramatrimonial, esto es, en la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Con el objetivo de interponer una demanda para lograr la declaración judicial de filiación extramatrimonial, deben observarse la existencia de cualquiera de estos presupuestos legales para su procedencia, contemplados en el artículo 402 del Código Civil:

- a) Observar si existe escrito indubitado del presunto padre que admita su paternidad.
- b) Cuando el hijo se halle o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda en posesión constante de estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
- c) Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen la vida de tales.
- d) En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

- e) En caso de seducción cumplida con la promesa de matrimonio en época contemporánea con la de concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
- f) Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Como puede apreciarse, solo en el caso señalado en inciso f) se tiene en cuenta la aplicación de la prueba de ADN. En este caso, se deberá acudir al Juez de Paz Letrado y solicitar la práctica de la prueba de ADN para la acreditación de la filiación extramatrimonial. En cambio para el caso de que se desee obtener o se declare la filiación fundamentándose en cualquiera de las otras causales establecidas en la ley, se deberá acudir al juez especializado de familia para tales fines.

Esta diferencia surge debido a que en caso se desee aplicar simplemente la prueba de ADN para acreditar la filiación, el juez no tendrá que hacer más que analizar los resultados de la prueba y proceder a efectuar la declaración correspondiente. En cambio en el caso de que se solicite la filiación extramatrimonial basada en las otras causales, el juez deberá apreciar las circunstancias que permitan observar la existencia de esta filiación. No tendrá como objetivo el empleo de ADN sino en base a otros medios probatorios para evaluar y tener certeza si existe o no la presunta filiación entre padre e hijo.

Ahora bien, ¿qué es lo que hace que las personas opten por acudir a las primeras causales a efectos de que vean las circunstancias que permitan determinar la filiación y no a la prueba de ADN que con mayor certeza y rapidez determinaría la existencia de esta? Por experiencia legal en el Poder Judicial, la causa es que por temas religiosos, las personas no desean que se les extraiga la sangre para la prueba del ADN. Sin embargo, en la mayoría de casos, se acude al empleo de la prueba de ADN como base para lograr en forma más accesible la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

**Del problema surgido como consecuencia del abuso del empleo por parte de la prueba de ADN**

Para lograr determinar la filiación, muchas veces la prueba de ADN es empleada en forma antojadiza, más aún cuando existe un procedimiento especial regulado en la Ley N.º 28457, mediante la cual se señala que si el demandado —a pesar de ser notificado con la demanda que pretende sea este declarado como padre de un menor— no señala en el plazo de diez días que acepta someterse a la prueba de ADN, será declarado como padre del citado menor, aun sin comprobarse esto mediante alguna otra prueba. Esta situación es aprovechada muchas veces por individuos inescrupulosos que buscan lograr que personas sean declaradas como padres de sus menores hijos a pesar de tener pleno conocimiento que estos menores fueron concebidos con terceras personas a las cuales no se les considera en el proceso judicial.

Lamentablemente, los casos señalados no son tan lejanos a la realidad peruana y como consecuencia de esto, nos encontramos frente a un nuevo problema: aquella persona que fue declarada como padre busca, mediante otra acción legal, se actúe la prueba de ADN y se acredite que en realidad no tiene ninguna vinculación biológica con los menores que habían sido declarados como hijos suyos.

### **Sugerencias sobre el problema presentado**

La interrogante que surge ante el problema planteado es la siguiente: ¿qué debe hacer una persona que no pudo oponerse a tiempo a una demanda de declaración judicial de paternidad bajo el marco de la Ley N.º 28457 y se le ha impuesto que tenga la calidad de padre de un menor sobre quien no guarda relación de ningún tipo? El declarado como padre del menor deberá interponer la demanda de nulidad del acto jurídico declaratorio de paternidad bajo el argumento de que es físicamente imposible que haya concebido al citado menor por no existir relación biológica con este basado en la realización de la prueba de ADN. Ante esta nueva demanda, todo sería excelente si la madre acude con su hijo y se someten a la prueba de ADN. Pero, ¿qué sucede si esta, a sabiendas de que si se somete a la prueba se descubrirá la verdad, no se presenta al proceso con el objeto de evadir la prueba? Lamentablemente, para el padre no habrá herramientas legales que le permitan contrarrestar esta situación; sin embargo, la

situación en que se encuentra el padre, ¿es consecuencia de un abuso de derecho por parte la de la madre? Nótese que:

- Al momento de interponer la demanda bajo el marco de la Ley N.º 28457, la madre debe señalar necesariamente la dirección del domicilio del presunto padre.
- Además, es práctica judicial, que a efectos de admitir la demanda y pensando en la posterior notificación, se exija la presentación de la ficha de Reniec del presunto padre demandado en la que se puede verificar su foto y la dirección que este mismo consignó como su dirección ante la citada institución estatal encargada del registro de las personas.
- A partir de las correctas notificaciones, no solo de la dirección que la demandante consignó en la demanda sino también a la que el propio demandado colocó en su documento de identidad, es que procede a contabilizarse el plazo de los diez días que tiene el demandado para oponerse a la demanda de declaración judicial de filiación extramatrimonial.
- En caso, de que hayan pasado los diez días sin que se haya presentado oposición por parte del demandado, el juez procederá a declarar al demandado como padre del citado menor.
- La resolución final recaída en el proceso solo procederá a ejecutarse y disponerse la inscripción correspondiente ante el Reniec de la paternidad declarada, una vez que esta resolución haya sido declarada consentida o ejecutoriada.

Teniendo en cuenta estas premisas para que proceda a declararse la paternidad de una persona sobre un menor, debe observarse que a efectos de que se logre el paso de una etapa del proceso a otra, es vital un acontecimiento: “la correcta notificación del demandado”.

Ahora bien, ¿en qué casos, dentro del marco de la Ley N.º 28457, las resoluciones notificadas no llegan a las manos del demandado?

- En muchos casos, el problema que se ha presentado, acontece cuando las direcciones que son consignadas por los propios demandados como domicilios, no se encuentran actualizadas. Así, por ejemplo, un demandado que vive en Santiago de Surco, no modificó su dirección en su documento de identidad y para el Reniec, como para toda la colectividad, este viene residiendo en Pueblo Libre, distrito distinto al de su real residencia. Tal omisión es culpa exclusivamente del demandado, más aún cuando actualmente es obligatoria la actualización de la dirección de una persona en los documentos de identidad.
- Ahora, otro supuesto es que el demandado haya tenido que realizar un viaje a otra ciudad distinta a donde reside por mucho tiempo y no pudo tener conocimiento de la demanda recibida. Ante esto, nuevamente se observa una omisión por parte del demandado que, a sabiendas de que se mudará por un periodo largo de tiempo, no actualizó la dirección de su documento de identidad para evitar estas situaciones que se pueden presentar.
- Finalmente, en el caso de las personas que viajan al extranjero, deben actualizar su dirección para evitar errores en la notificación.
- En el peor de los casos en que no se haya notificado la dirección en los documentos de identidad, las personas interesadas deben coordinar con alguien cercano a las direcciones consignadas en su documento de identidad para que cualquier documento que puedan llegar a esas direcciones les sean comunicadas. Si no lo hacen, nuevamente sería responsabilidad de aquellos.

Siendo que la notificación al demandado es fundamental en el proceso judicial regulado por la ley, en caso acontezcan notificaciones en direcciones “aparentemente erróneas”, esta es consecuencia y responsabilidad de los demandados.

Ahora bien, debe tenerse en claro, que los procesos judiciales referidos a la Ley N.º 28457 tienen una duración aproximada de seis a nueve meses, atendiendo a la sobrecarga de los procesos judiciales y las notificaciones que deben realizarse.

Durante todo este tiempo, el demandado recibe mínimamente las siguientes notificaciones:

- Del auto admisorio de la demanda, en donde se le otorga el plazo de diez días para oponerse.
- La resolución que dispone colocar los autos en despacho para emitir decisión final ante la no oposición presentada por el demandado.
- La resolución que contiene la declaración judicial de paternidad. • La resolución que declara consentida la sentencia y que ordena la inscripción de la paternidad declarada.

### **De la protección del interés superior del niño y su situación.**

El artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante “Constitución”) consagra este principio el cual hace alusión a que el Estado brinda una protección especial a las niñas, niños y adolescentes (en adelante se les llamará de manera facultativa y por efectos prácticos “menores de edad”) al encontrarse en una situación de vulnerabilidad (como es el abandono); sin embargo, si realmente ello fuese así, no se justificaría su intervención de protección especial en casos en los cuales dichas niñas, niños y adolescentes no se encontrasen en tales situaciones, por lo que se concluiría que el Estado solo entraría a tallar cuando estén en una situación irregular. (Chaname, 2015: 33)

No obstante, la interpretación del párrafo precedente resulta incorrecta por cuanto nuestro país no se adhiere más a la “doctrina de la situación irregular”, dado que al ratificar la Convención sobre los derechos del niño, estamos bajo la influencia de la “doctrina de la protección integral” la cual establece que se debe proteger a los menores de edad de una manera especial e integral. Ello se justifica en razón de que dichas personas son sujetos de derechos específicos, dado que están en una situación en la cual aún vienen desarrollando su personalidad tanto física como psicológicamente; lo que importa es que sean más vulnerables frente a situaciones en su contra así como estar en mayor grado

de indefensión (diferenciándose de los adultos); por ende, el Estado debe garantizar sus derechos.

Lo referido se resume en que el Estado, la familia y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de una manera integral, ya sea cuando se encuentren en situación irregular (abandono, infractores penales, incapacidad física o mental) o no; al ser sujetos de derechos específicos (ya no sujetos de tutela o compasión) en razón de sus particulares características antes dichas, y por lo tanto, motiva un deber especial por parte del Estado y la sociedad de brindarle dicha protección especial, y de esta manera, garantizar sus derechos. (CIDH OC-17/2002)

Así también lo ha referido el Tribunal Constitucional al indicar que “el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”. (Expediente N.º 3330- 2004-AA/TC)

Sobre la doctrina de la protección integral, Emilio García refiere que “el punto central de la doctrina de la protección integral es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto el Estado debe garantizar. De la consideración del menor como objeto de compasión-represión y de tutela por parte del Estado, a la consideración de la infancia y adolescencia como sujeto de plenos derechos, así como la previsión de los canales idóneos para exigirlos, es lo que caracteriza el tránsito de una doctrina a otra”. (García, 1997: 45-50)

Siendo esto así, se entiende que la protección especial que brinda el Estado a las niñas, niños y adolescentes es, entre otras cosas, para garantizar sus derechos, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, y este último alcanza a los padres, vale decir, la protección especial que los padres deben ejercer en el patrimonio de sus hijos, ya sea administrándolos, usufructuándolos o disponiendo de ellos, conforme a la normativa imperante y teniendo en cuenta su interés superior.

Lo antes expresado, es de gran importancia si se tiene en cuenta que una adecuada administración, usufructo o disposición de sus bienes conllevaría garantizar que su patrimonio le sea de utilidad tanto en su etapa de niñez y adolescencia como cuando adquiriera una capacidad absoluta de ejercicio, contrario sensu, les perjudicaría tanto a nivel económico como incluso atentando contra su propia integridad y desarrollo personal.

**Principios y normas con rangos constitucionales referidos al derecho de niñez y adolescencia, y su utilidad al momento de administrar, usufructuar y disponer de sus bienes**

**Convención sobre los Derechos del Niño**

Es pertinente precisar que los principios constitucionales, y por extensión, los principios consagrados en normas con rango constitucional como la Convención sobre los Derechos del Niño, cumplen dos funciones, que según Alex Plácido (2001) son:

*Función legisladora: permite desarrollar las normas de menor grado dentro de los alcances que propone cada principio constitucional.*

*Función interpretadora: permite encontrar el verdadero sentido de las normas de menor grado e integrar el sistema jurídico en caso de defecto o deficiencia de la ley. (pág. 59)*

Adicionalmente, se debe tomar en consideración que dicha convención acoge la mencionada “doctrina sobre la protección integral”, la cual ha sido desarrollada en los párrafos precedentes, y cuyos instrumentos básicos son: 1) La Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, 2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing del 29 de noviembre de 1985), y 3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Reglas de Riyadh del 14 de diciembre de 1990). (Plácido, 2001: 21-24)

Teniendo en cuenta lo antes señalado, la Convención sobre los derechos del niño regula una serie de principios y normas que garantizan los derechos de ellos tanto a nivel extra patrimonial como patrimonial, como, por ejemplo:

### **Principio de bienestar en la niñez y adolescencia**

Artículo 3. [...] 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. (La cursiva es nuestra).

Nótese que el compromiso de los Estados partes de asegurar la protección y el cuidado de las niñas, niños y adolescentes tiene como finalidad su bienestar, el cual tiene como significados: “estado de la persona que goza de buena salud física y mental, lo que le proporciona un sentimiento de satisfacción y tranquilidad”, y el “estado de una persona cuyas condiciones económicas le permiten vivir con holgura”; consecuentemente, los menores de edad pueden alcanzar dicho bienestar cuando se encuentran en armonía no solo a nivel físico y psicológico, sino también a nivel económico; y un primer paso es el debido cuidado tanto de su integridad como de sus bienes por parte de sus padres quienes ejercen la patria potestad, que es un deber y derecho de los mismos, de conformidad con las normas pertinentes, lo cual obliga al Estado a tomar las medidas tanto legislativas como administrativas para lograr dicho fin. Considérese que la protección a las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado— para lograr su bienestar, se traslada evidentemente tanto a sus padres, tutores como a quienes sean responsables de los mismos; y esto, debido a que la protección especial hacia ellos recae no solo en el Estado, sino también en la comunidad, y por naturaleza, a sus parientes directos y/o cercanos. (vega2016: 33)

## **Derecho a ser escuchado en la niñez y adolescencia**

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.

2. Con tal fin, se dará 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. (El resaltado es nuestro).

En este artículo debe resaltarse la importancia de garantizar el derecho de la niña, niño y adolescente (cuando se halle en una edad de capacidad de discernimiento suficiente y pueda expresar una opinión crítica) a expresar su opinión en cualquier asunto que le pueda afectar, es decir, ya sea a nivel extra patrimonial (tenencia) como patrimonial (disposición de sus bienes), siendo que en nuestra legislación, y específicamente en lo correspondiente a las normas sobre patria potestad, se ve materializado en el artículo 459 del Código Civil (1984).

### **Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente**

El principio del interés superior de la niña, niño y adolescente es aquel principio garantista y de carácter constitucional por el cual el Estado, a través de sus organismos jurisdiccionales y administrativos, así como la comunidad y la familia, garantiza la satisfacción de los derechos de ellos, así como los prioriza ante un eventual conflicto que trate de mermarlos.

Se debe tener en cuenta que es garantista, dado que cumple la función de garantizar el cumplimiento y respeto de sus derechos; y es de carácter constitucional, al ser un principio acogido no solo en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337), sino también en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño y en el principio 2 de la Declaración sobre los derechos del niño que data del año 1959.

Debe considerarse a este principio como uno rector que sirve de directriz tanto al momento de resolver un conflicto de intereses como de promulgar una ley o desarrollarla, lo cual compromete a todos los poderes del Estado.

### **Filiación y patria potestad**

Una de las instituciones más relevantes en el derecho de familia, niñez y adolescencia es la concerniente a la patria potestad, dado que regula diversas relaciones existentes entre padres e hijos, las cuales se encuentran especificadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el artículo 423 del Código Civil y en el artículo 74 del Código de los Niños y Adolescentes, establece que comprende la patria potestad, es decir, cuál es su contenido; consecuentemente, podemos clasificarlo de la siguiente forma:

Contenido patrimonial de la patria potestad

#### **i) Disposiciones Generales**

El contenido patrimonial de la patria potestad está referido a la administración, usufructo y disposición de los bienes de las niñas, niños y adolescentes, lo que no solamente es un derecho que implique el poder reclamarlo; sino también, y sobre todo, un deber, el cual se entiende como la imposición de la ley hacia los padres para que cumplan con dichas acciones con la debida prudencia a favor de sus hijos.

Así pues, los padres no solo tienen como función el velar por la persona de sus hijos, es decir, en el aspecto personal, sino también por proteger su patrimonio, dado que la protección debe ejecutarse en forma integral a fin de garantizar su adecuado desarrollo, y en todo caso, reforzar o mejorar el mismo, atendiendo a que aún no cuentan con una capacidad absoluta de ejercicio, por estar comprendidos en los artículos 43 y 44 del Código Civil referidos a las causales de incapacidad absoluta y relativa, respectivamente; máxime si son sujetos de derechos específicos que aún se encuentran en pleno desarrollo de su personalidad, como ya se comentó anteriormente.

En líneas generales, les corresponde a los padres quienes ejercen la patria potestad administrar y usufructuar los bienes de sus hijos. La regla general es administrar y usufructuar todos sus bienes, y excepcionalmente, habrá casos por los que los padres tengan derecho a la administración mas no al usufructo, y viceversa, casos en los que no tengan derecho a ninguno de ellos.

ii) Administración, usufructo y disposiciones de bienes de las niñas, niños y adolescentes

a) Administración: respecto a la administración de los bienes de los hijos, como ya se indicó, por regla general, le corresponde a los padres administrar todos sus bienes con la prudencia que debe tener todo padre, salvaguardando los intereses de los mismos, incluso no están obligados a dar algún tipo de garantía sobre la responsabilidad de su administración ni tampoco a rendir cuenta de la misma, sino solo al terminar aquella; claro está, a no ser que en ambos casos el juez decida, a solicitud del Consejo de Familia, lo contrario.

Es pertinente indicar qué es lo que entendemos por el término administración para efectos de saber cuáles son sus alcances, y asimismo, si dicho término se entiende de la misma forma en el derecho de familia. Así pues, según el Diccionario de la Real Lengua Española (2016), entre las diferentes concepciones, el término “administrar” significa “ordenar, disponer, organizar, en especial, la hacienda o los bienes”.

Se debe tener en cuenta que para cierto sector de la doctrina, dicho término difiere del significado en el derecho de familia. Por ejemplo, para Benjamín Aguilar (2010), “el término administración en el derecho de familia no es igual al que se emplea en economía. En el derecho de familia, a la luz de la normativa vigente, administrar significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerlo producir sin desprenderse del mismo. Por lo tanto, no está dentro del concepto de administración el gravamen ni disposición de los bienes”. Como se puede advertir de lo menciona- do por el citado doctrinario, dicha definición difiere de la señalada por la RAE (2016), por lo menos respecto al significado de “disponer” que indica el referido diccionario, lo cual a nuestro criterio es lo más

adecuado, ya que el propio Código tiene normas distintas para la administración, el usufructo y la disposición (enajenar y gravar).

Sobre el particular, Alex Plácido (2001) refiere que “la administración paterna comprende las facultades necesarias para la conservación de los bienes y obtención de sus rendimientos, es decir, las que integran la administración ordinaria”. Por su parte, Héctor Cornejo (1999), respecto de la administración, ha mencionado que “el padre, por tanto, podrá alquilar o arrendar los bienes de sus hijos menores [...], cobrar las rentas o intereses, iniciar juicios de cobro, de desahucio o aviso de despedida, pagar los tributos o retribuciones, efectuar las reparaciones que resulten necesarias [...], dentro de las normas que rigen la conducta de un prudente administrador”.

De lo expuesto, se concluye que la administración importa actos que estén destinados a la organización de los bienes para efectos de conservar los mismos, aprovechando, de ser el caso, las utilidades que puedan generar. En ningún caso, puede significar la disposición de los bienes, dado que ello implica ir más allá de una administración ordinaria, en estricto sería extraordinaria, lo cual requiere una autorización judicial.

Ahora bien, según el artículo 426 del Código Civil, están excluidos de la administración legal los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administren; y los adquiridos por los hijos por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades.

Sobre el citado artículo, es relevante indicar que cuando se señala que se excluyen los bienes donados o dejados en testamento, bajo la condición de que sus padres no los administren, no debe interpretarse que dichos actos jurídicos tienen que estar sujetos a modalidad como la condición, sino que “la condición” a que hace alusión debe entenderse como una cláusula o cualidad del acto jurídico de liberalidad a título gratuito.

Por otro lado, tal es la protección especial que el Estado debe brindar a las niñas, niños y adolescentes, que si bien es cierto la administración de sus bienes termina, según lo regular, cuando fenece la patria potestad; también lo es que el

artículo 446 del Código Civil establece que termina dicha administración cuando el padre que ejerce la patria potestad pone en peligro los bienes de los hijos.

Usufructo: respecto al usufructo, de igual forma, los padres tienen todo el derecho y deber de usufructuar los bienes de sus hijos menores de edad, siendo que las excepciones también las establece la Ley.

“Usufructuar” significa obtener la ganancia, rendimiento o utilidad de un bien, lo cual si bien es cierto es un rezago del derecho romano, también lo es que ello se justifica en la labor de administración de los padres, y si bien se establece que aun así ello es su deber y nunca debe entenderse como una especie de remuneración, nosotros al igual que cierta doctrina, consideramos que debe entenderse como una solidaridad familiar que debe reinar en toda familia, ayudándose los unos a los otros.

La Ley, en su artículo 436 del Código Civil, establece los bienes exceptuados del usufructo legal, entre los que destacan los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no le corresponda a los padres así como en los casos en que los frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.

De lo señalado, se observa que bien los padres pueden administrar los bienes donados mas no usufructuar los mismos, siempre y cuando así se disponga, o los frutos deban ser invertidos en un fin cierto y determinado.

Otro tema que llama la atención, pero con el cual estamos de acuerdo es el concerniente a las cargas del usufructo legal, vale decir, estar por encima de todo, los alimentos y educación de los hijos.

c) Disposición de los bienes de los menores (enajenación y gravamen): un bien es todo aquello que satisface una necesidad, por lo que no solo puede ser un inmueble, sino también todo tipo de bien mueble; también todo tipo de bien mueble; verbigracia, el dinero.

Los actos que exceden la administración ordinaria son los de enajenación y gravamen (disposición de los bienes), lo cual, y para efectos de cautelar los

intereses de los hijos menores de edad, y por la naturaleza de dichos actos, se debe solicitar autorización judicial.

La enajenación no debe entenderse solo como una venta, sino como todo acto traslativo de derechos, entre los que figura la donación. De otro lado, el gravamen implica que recaiga una garantía sobre un bien.

Los artículos 447 y 448 del CC, los cuales deben concordarse, a nuestro parecer, con los artículos 451, 452 y 453 del CC, establecen las limitaciones a la disposición de los bienes, siempre necesitando autorización judicial. Y es que el bienestar integral de un menor de edad siempre estará por encima de derechos representativos, por ende, se impone límites a la disposición de sus bienes por parte de sus padres en armonía con los principios y normas antes mencionados.

Se han venido inaplicando los artículos 395, 399 y 400 del Código Civil que protegen al menor y buscan la consolidación del estado de familia, afirmando, luego de un ejercicio de ponderación por lo menos cuestionable, que los límites establecidos por la ley (irrevocabilidad, legitimidad y caducidad) entran en contradicción con el derecho constitucional a la identidad del menor, consagrado en el artículo 2, inciso 1 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al impedir supuestamente que el menor pueda conocer la verdad sobre su origen biológico, es decir, conocer a su verdadero padre.

Al tratarse de un acto con carácter totalmente voluntario, el reconocimiento de hijo extramatrimonial exige que la voluntad del reconociente haya sido válidamente emitida como expresión libre y no viciada de su determinación. Solo en estos casos es posible atribuir a quien lo práctica las consecuencias propias de la relación paterno-filial. Por tanto, no existe limitación alguna para quien se ha visto afectado por algún vicio en el acto de reconocimiento pueda acceder a tutela ante el órgano jurisdiccional.

Recordemos que el sistema de control de constitucionalidad en nuestro país incluye tanto el control abstracto como el control concreto, el primero se produce cuando el balance es realizado por el juez en forma teórica, sin prestar atención a las circunstancias del caso específico, en tanto que el control concreto

se produce cuando el balance no es realizado en forma teórica sino en atención a los efectos que la norma producirá en la situación específica que se somete a consideración del juez.

Cabe entonces la pregunta: Si lo que interesa al efectuar el control difuso de las normas que regulan la impugnación de paternidad, por entrar en contradicción con el derecho del menor a la identidad y a conocer a su verdadero padre biológico bajo el argumento de protección al menor, ¿Se cumple la finalidad de protección al menor? ¿Realmente se posibilita su derecho a la identidad y a conocer a su padre biológico? Siendo un tema debatible, y respetables las respuestas que se expresen, considero que en la realidad, la respuesta es negativa.

Se ha venido argumentando que la inaplicación de los límites legales para la negación del reconocimiento de un hijo es necesaria con el propósito de posibilitar al niño el conocimiento de su verdadero origen biológico y lograr así la realización de su derecho a la identidad. Pero, la apreciación de las consecuencias que este tipo de decisiones producen en los menores involucrados en estos casos me obliga a discrepar respetuosamente de este criterio.

Gran parte de las consultas sobre el asunto que ahora nos ocupa, han estado referidas a casos en los que el mismo sujeto que reconoció en su momento la paternidad de un niño o niña se presentaba luego ante el juez (siempre luego de terminar la relación amorosa con la madre) para exigir que se sometiera a investigación la paternidad formal que ejerce, a fin que se declare que él no es el padre biológico y se retire del acta de nacimiento del menor cualquier referencia a su paternidad. Este tipo de consultas como ya se ha indicado han sido resueltas a favor del demandante y en perjuicio del menor involucrado, declarando que este no es el padre del menor y ordenando que se descarte toda referencia a su paternidad del acta de nacimiento respectiva.

Sin embargo, cabe considerar qué se obtiene de todo esto. ¿En realidad se alcanza la satisfacción del derecho a la identidad de los menores que se ven afectados en estos casos?, ¿los derechos que estos poseen quedarán en mejor posición? Considero que la respuesta a estas preguntas es indudablemente negativa, pues, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas

que este tipo de decisiones produce en la realidad independientemente del análisis abstracto o dogmático que podría inclinar las ideas de un debate dogmático en uno u otro sentido evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara en la tinta la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación.

No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente este 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 este es evidentemente más precaria.

Agregado a ello, lo más grave que se puede apreciar en todo esto es la situación de desamparo en la que se colocaría al menor luego de un pronunciamiento de este tipo, dado que usualmente estas consultas se refieren a casos en los que la manutención del menor depende de las obligaciones alimentarias impuestas por la ley a quien ha reconocido libremente la filiación, ya que estas pretensiones suelen ser ejercidas por los padres formalmente reconocidos luego de la ruptura de las relaciones amorosas con la madre del menor.

Desde este enfoque es que se puede apreciar en mejor modo que la invocación a la necesidad de tutelar el derecho a la identidad del menor en este tipo de casos es puramente superficial, dado que en los hechos las consecuencias que se producen sobre la situación del menor involucrado es por lo menos cuestionable.

Debe tenerse en cuenta que el juicio de control concreto de la constitucionalidad, como lo es en esencia el juicio de control difuso peruano, se distingue del control abstracto de la constitucionalidad justamente porque en aquel el análisis del juez debe centrarse sobre todo en las consecuencias prácticas que tendrá su decisión sobre los involucrados y no en las connotaciones jurídicas abstractas o dogmáticas que se tengan que debatir en el caso. Sin embargo, las consecuencias

concretas que este tipo de decisiones producen en la realidad normalmente no son valoradas apropiadamente por las instancias inferiores al optar por el ejercicio del control difuso.

El derecho nos brinda diversos caminos, unos más adecuados que otros. No podemos negar que colisiona con nuestro sentido de justicia la posibilidad de que, en efecto, en algún caso o varios, la voluntad del padre que reconoció a un hijo no haya sido válidamente expresada, que el reconocimiento se hubiese realizado por error o engaño, y finalmente, porque el examen de ADN demostraría que realmente no es el padre biológico del menor reconocido.

Una vez alcanzada la mayoría de edad o cesada su incapacidad, será posible para el hijo reconocido someter a impugnación el reconocimiento, si considera que este afecta de algún modo sus derechos, de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil. Por lo cual se advierte que el legislador ha previsto una tutela adecuada tanto para el reconociente como el hijo reconocido, cuando existan situaciones que así lo ameriten.

Los argumentos expuestos precedentemente podrían ser cuestionados señalando que estos dejan en la absoluta indefensión al sujeto que ha practicado el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, en los casos que hubieran actuado por error o engaño sobre la paternidad biológica del menor. Sin embargo, es necesario recordar en este punto que las Salas Civiles de la Corte Suprema tienen una larga jurisprudencia que, sin desconocer el carácter irrevocable que tiene el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, admite la posibilidad de que quien lo practicó pueda acreditar ante el juez que su voluntad se encontró viciada de acuerdo con las reglas previstas para todos los actos jurídicos en los artículos 201 y siguientes del Código Civil.

Efectivamente, al tratarse de un acto con carácter totalmente voluntario, el reconocimiento de hijo extramatrimonial exige que la voluntad del reconociente haya sido válidamente emitida como expresión libre y no viciada de su determinación. Solo en estos casos es posible atribuir a quien lo practica las consecuencias propias de la relación paterno-filial. Por tanto, no existe

limitación alguna para quien se ha visto afectado por algún vicio en el acto de reconocimiento pueda acceder a tutela ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, este tipo de casos deberán someterse a las reglas de probanza y acreditación exigibles para las pretensiones invalidatorias propias del derecho civil, a efectos de acreditar que su voluntad no fue correctamente formada. Situación que es diametralmente distinta a la de los procesos de impugnación de paternidad a los que se viene haciendo referencia, en los cuales los demandantes no niegan que su voluntad haya sido adecuadamente formada ni se les exige dar prueba de ello, sino que se presentan simplemente a tratar de liberarse de un acto que en pleno ejercicio de sus capacidades debe presumirse practicaron en su momento, afectando con ello la situación jurídica y material de un menor, con el agravante de haber tomado de él muestra de ADN casi siempre sin autorización de la madre, para actuar en perjuicio del interés de dicho niño.

#### **1.4. Formulación del Problema**

¿Es necesario el sistema de control difuso de la constitucionalidad en función a la impugnación de paternidad en la legislación peruana?

#### **1.5. Justificación e importancia del estudio**

Como vemos, la Corte Suprema ha identificado correctamente que las normas legales se presumen constitucionales y que constituyen un sistema armónico; sin embargo, el fundamento del control difuso de la constitucionalidad de las normas se encuentra en el principio de supremacía constitucional. El carácter altamente excepcional ha identificado al *control difuso o desconcentrado de la constitucionalidad* desde su propio origen en las cortes norteamericanas en las que se encuentra bastante claro y asentado el principio de acuerdo al cual *la validez constitucional es el último asunto que la Corte habrá de considerar en relación con una ley*, donde su vigencia y pertinencia para nuestro sistema jurídico resulta indiscutible, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo precedente y la innegable necesidad de dotar al sistema normativo de un principio de seguridad y eficacia.

No debe perderse de vista que el ejercicio del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado se encuentra precedido casi siempre de un juicio de ponderación llevado a cabo por el juez sobre los distintos principios constitucionales que en su opinión se encuentran involucrados en el caso concreto, producto del cual ha podido determinar que la solución jurídica prevista por el legislador en la norma infraconstitucional que será inaplicada no es la correcta. No obstante, afirmamos que esta operación constituye siempre una excepción al diseño previsto ordinariamente en nuestro sistema jurídico, dentro del cual el primer llamado a ponderar los valores contenidos en nuestra Constitución Política no es el juez, sino el legislador, siendo a este a quien se ha confiado, en primer lugar, la labor de ponderar los distintos principios constitucionales que se encuentran en juego al momento de dictar cada una de las reglas contenidas en nuestro sistema jurídico.

## **1.6.Hipótesis**

Si es necesario debido a que este principio se han reflejado en varios modos dentro del desarrollo de esta institución. Así, por ejemplo, se ha establecido y así se ha reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que el control difuso debe ser ejercido siempre que i) la norma objeto de inaplicación sea relevante para resolver la controversia y ii) no sea posible obtener de esta una interpretación conforme a la Constitución.

## **1.7.Objetivos**

### **1.7.1. Objetivo General**

Analizar el sistema de control difuso de la constitucionalidad en función a la impugnación de paternidad en la legislación peruana, teniendo en cuenta los precedentes vinculantes relacionados al tema en investigación, la doctrina y la legislación internacional.

### **1.7.2. Objetivos específicos**

- a. Explicar el sistema de control difuso de la constitucionalidad en función a la impugnación de paternidad en la legislación peruana, en función a los criterios

doctrinales existentes y tomando como referencia la aplicación en las distintas legislaciones extranjeras.

- b. Establecer criterios dogmáticos, relacionados al tema en mención, haciendo referencia al análisis de estos y su comparación con normas internas del ordenamiento jurídico peruano.
- c. Proponer un proyecto de Ley.

## II. MATERIAL Y METODO

### 2.1. Tipo y diseño de la investigación

#### 2.1.1. Tipo de investigación

.El tipo de investigación será descriptivo, porque está interesada en conocer la negativa de incluir a los toros en la Ley de Protección y bienestar animal, y así replantear esta situación que en mi opinión es injusta y ofensiva

El diseño de esta investigación es NO EXPERIMENTAL - TRANSVERSAL – DESCRIPTIVA, pues, lo que se busca es la observación de los hechos dentro de su contexto natural, sin que se introduzcan de forma intencional, cambios en las variables

#### 2.1.2. Diseño de la investigación

El diseño es No experimental transaccional – simple, porque no se manipuló ninguna variable, solo se observó tal como ocurre en la realidad socio jurídica, la información y acopio de datos se realizó un solo momento en el tiempo y espacio.

### 2.2. Población y muestra

#### 2.2.1. Población:

Se considera como población para efectos de la presente investigación, los Abogados especialistas en Derecho Civil de la ciudad de Chiclayo.

#### 2.2.2. Muestra:

Abogados especialistas en Derecho civil de la ciudad de Chiclayo	100 Abogados
------------------------------------------------------------------	--------------

### 2.3. Variables, Operacionalización

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	INDICES
<b>CONTROL DIFUSO</b>	POSTURAS DE JURISTAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL	Juzgados	Análisis de casos
		Salas Superiores	Análisis de casos
		Salas Supremas	Análisis de casos
	INTERPRETACION DE MIEBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	Sentencias	Análisis de sentencias
		Precedentes Vinculantes del tribunal constitucional	Análisis de sentencias del Tribunal Constitucional
<b>IMPUGNACION DE PATERNIDAD</b>	NULIDAD	Posición de operadores de justicia	Posición de los Jueces, Fiscales Y Abogados.
	ANULABILIDAD	Posición de los operadores de justicia	Posición de los Jueces, Fiscales Y Abogados.

## 2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

Técnicas	Instrumentos
El fichaje	Fichas textuales y resumen para el recojo de información a las fuentes de información para el marco teórico.
Encuesta	Ficha de encuesta tipo cuestionario se aplicó a los Abogados especialistas en materia Civil.

## 2.5. Procedimientos de análisis de datos

### 2.5.1. Trabajo de campo

Aplicación del cuestionario. Se aplicará a los Abogados especialistas en materia Penal.

### 2.5.2. Trabajo de gabinete

**Presentación de Datos.** - Los datos obtenidos serán presentados de la siguiente manera (Castañeda, 2010, p. 30):

- a.- Los datos cualitativos, serán presentados en fichas.
- b.- Los datos cuantitativos, serán presentados en cuadros y gráficos.
- c.- También podrá incluirse fotografías y filmaciones editadas.

**Procesamiento de Datos.** - Estado a lo precedentemente expuesto, el trabajo de gabinete comprenderá el siguiente procedimiento:

**a. Tabulación de datos;** a los datos que hayan pasado el procedimiento de crítica y discriminación de datos, y que se encuentran presentados en fichas, cuadros, gráficos y otros, se les asignará un código a cada ficha, cuadro, gráfico u otro, el cual se hará teniendo en cuenta el esquema de investigación que se anexa al final del presente proyecto de investigación. (Castañeda, 2010, p. 26)

**b. Tratamiento de datos:** Los datos que hayan sido tabulados, serán ordenados de acuerdo al código que se les haya asignado, para su correspondiente análisis, conforme a lo propuesto en el método de análisis, expuesto precedentemente. (Castañeda, 2010, p. 26)

## 2.6. Aspectos éticos

De los criterios citados según Belmont (1979) en su informe sobre “Principios éticos y normas para el desarrollo de investigación que involucran seres humanos” utilizaremos los siguientes:

**Autonomía:** Es la capacidad de las personas de deliberar sobre sus finalidades personales y de actuar bajo la dirección de las decisiones que pueda tomar. Todos los individuos deben ser tratados como seres autónomos y las personas que tienen la autonomía mermada tienen derecho a la protección.

**Beneficencia:** “Hacer el bien”, la obligación moral de actuar en beneficio de los demás. Curar el daño y promover el bien o el bienestar. Es un principio de ámbito privado y su no-cumplimiento no está penado legalmente.

**Justicia:** Equidad en la distribución de cargas y beneficios. El criterio para saber si una actuación es o no ética, desde el punto de vista de la justicia, es valorar si la actuación es equitativa. Debe ser posible para todos aquellos que la necesiten. Incluye el rechazo a la discriminación por cualquier motivo. Es también un principio de carácter público y legislado.

## 2.7. Criterios de rigor científico.

**Valor de verdad.-** ¿Cómo establecer confianza en la verdad de una determinada investigación para los sujetos y el contexto en que fue realizada?

**Aplicabilidad.-** ¿Cómo determinar el grado en que los descubrimientos de una investigación pueden ser aplicables a otros sujetos y contextos?

**Consistencia.-** Repetición de los resultados cuando se realizan investigaciones con los mismos sujetos e igual contexto.

**Neutralidad.-** Garantía de que los resultados de una investigación no están sesgados por motivaciones, intereses, y perspectivas del investigador.

### **III. RESULTADOS**

#### **3.1. Tablas y figuras**

##### **3.1.1. Presentación de los resultados.**

La población estudiada ha sido los casos resaltantes del distrito Judicial de Piura sobre Filiación, teniendo en cuenta solo ha comprendido a 25 expedientes judiciales sentenciados en el año 2016, sobre Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, con sentencias de vista procedentes de los Juzgados de Familia del Distrito Judicial de Piura, ello le ha dado el carácter censal, no habiendo requerido de una muestra, por lo que se ha aplicado la ficha de recojo de la información como instrumento de recolección de la información, a toda la población.

Con respecto a los 25 expedientes judiciales sobre Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, se ha considerado como datos del proceso, el análisis de la Ley 28457, las posiciones del juzgador en los casos de pago de ADN, si existe vulneración de derechos como un debido proceso o interés superior del niño, sobre los convenios para colaborar con la prueba de ADN en el proceso de filiación, las últimas modificaciones de la Ley 27458, análisis a la gratuidad el proceso y los problemas que se originan de este, si es necesario modificar la normativa existente para poder regular la carga procesal en materia de filiación.

De la revisión y análisis de los expedientes judiciales Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, los resultados del trabajo de investigación, en base al recojo de la información lo presentamos a través de tablas y figuras con su respectiva descripción.

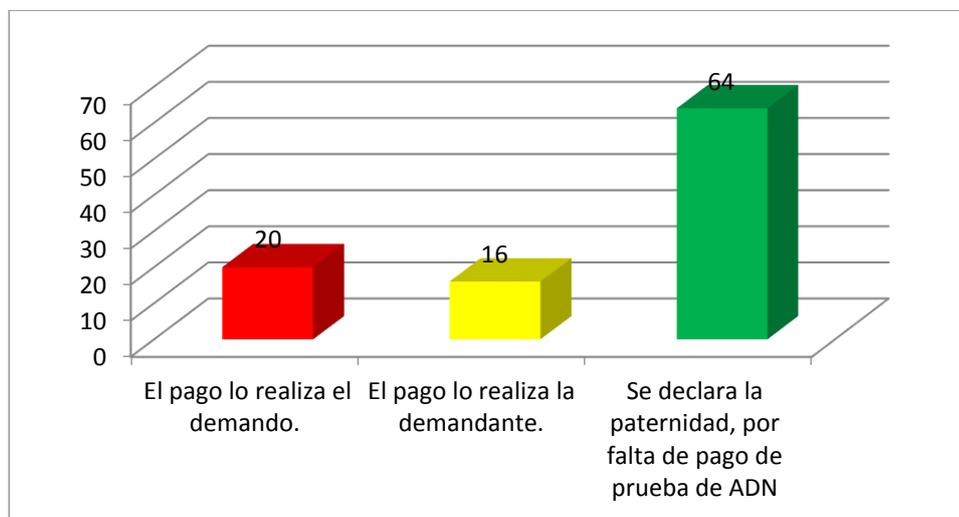
A) Resultados de la primera variable.

**Tabla 1**

**Población según la regulación del pago de la prueba de ADN subsidiado por el estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial.**

ATRIBUTO	F.A.	F.R.	%
1. El pago lo realiza el demandado.	2	2	8
2. El pago lo realiza la demandante.	1	3	4
3. Se declara la paternidad, por falta de pago de prueba de ADN	22	25	80
TOTAL	25		100

**Figura 1**



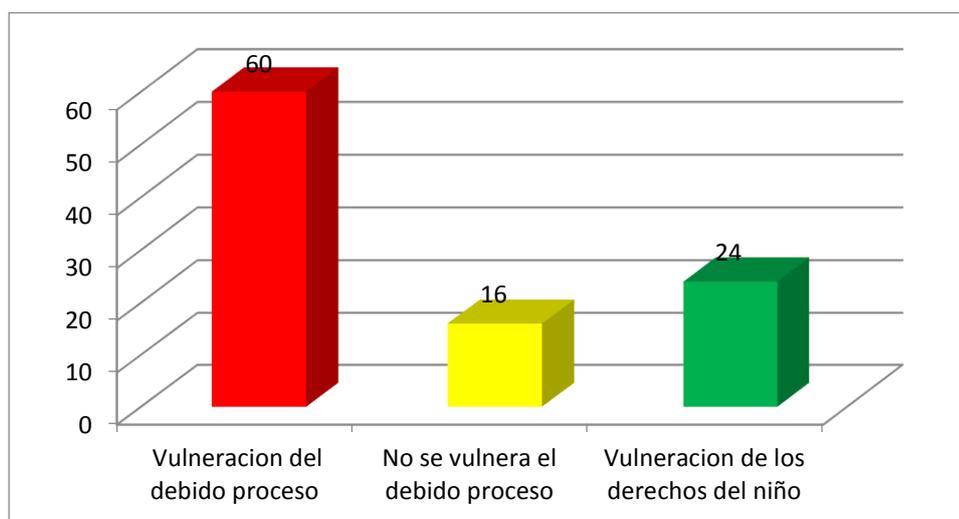
*Análisis de la tabla n° 1 y de la figura n° 1:* De los procesos judiciales Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, procedentes de los juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, se observa que la regulación del pago de la prueba de ADN subsidiado por el estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial, en el 64 % se declara la paternidad, por falta de pago de prueba de ADN, en el 20 % el pago lo realiza el demandado y 16% el pago lo realiza la demandante.

**Tabla 2**

**Población según la vulneración del debido proceso frente a la mala regulación del pago de la prueba de ADN por el Estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Vulneración del debido proceso	15	15	60
No se vulnera el debido proceso	4	19	16
Vulneración de los derechos del niño	6	25	24
TOTAL	25		100

**Figura 2**



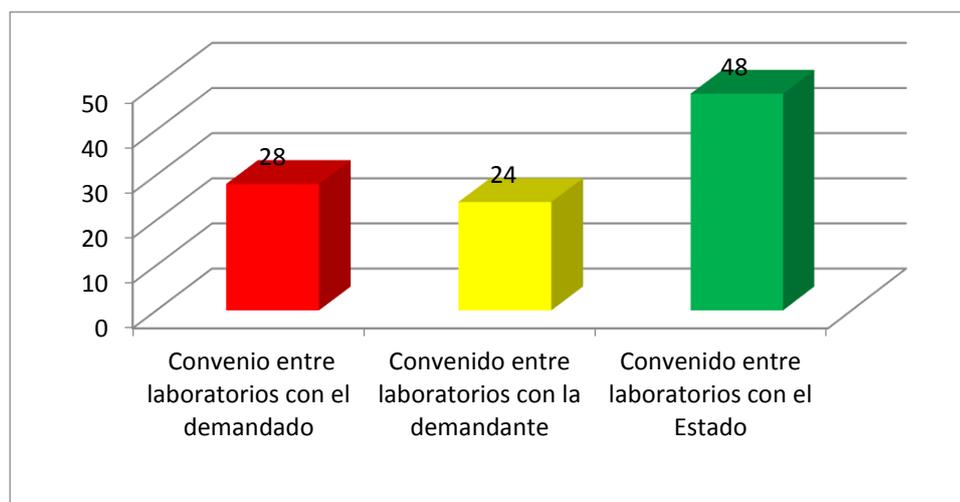
**Análisis de la tabla n°2 y de la figura n°2:** De los procesos judiciales sobre nulidad de Acto jurídico, procedentes de las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se observa la vulneración del debido proceso frente a la mala regulación del pago de la prueba de ADN por el Estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial que en el 60% Vulneración del debido proceso, en el 24 % vulneración de los derechos del niño y el 16% no se vulnera el debido proceso.

**Tabla 3**

**Población según la existencia de un convenio entre laboratorios privados para la realización de la prueba de ADN en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial.**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Convenio entre laboratorios con el demandado	7	7	28
Convenido entre laboratorios con la demandante	6	13	24
Convenido entre laboratorios con el Estado	12	25	48
TOTAL	25		100

**Figura 3**



**Análisis de la tabla n°3 y de la figura n°3:** De los procesos judiciales sobre nulidad de Acto jurídico, procedentes de las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se observa la existencia de un convenio entre laboratorios privados para la realización de la prueba de ADN en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial en el 48% convenio entre laboratorio con el Estado, en el 28 % convenio entre laboratorios con la demandante y el 24% convenio entre laboratorios con el demandado

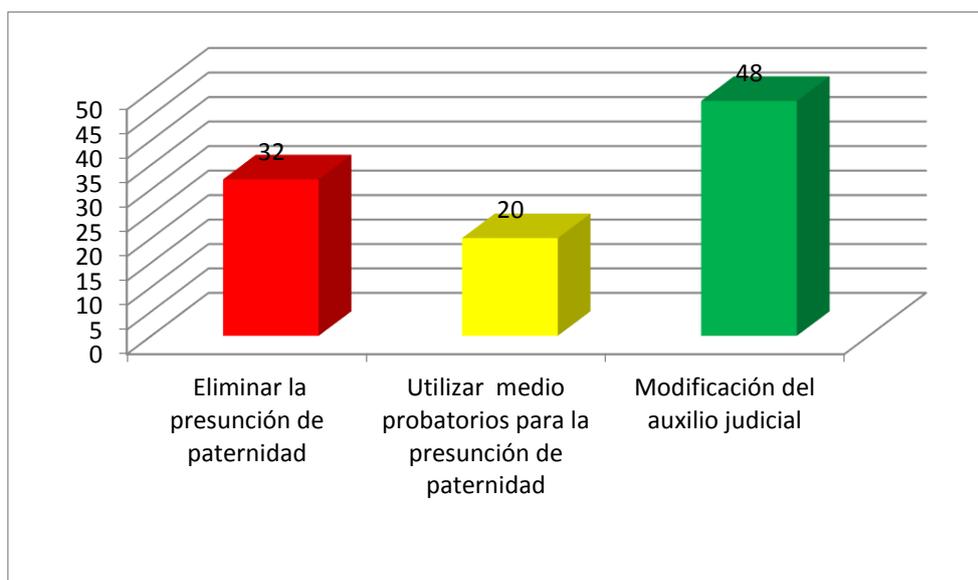
B) Resultados de la segunda variable.

**Tabla 4**

**Población según la eliminación de la presunción de paternidad en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Eliminar la presunción de paternidad	8	8	32
Utilizar medio probatorios para la presunción de paternidad	5	13	20
Modificación del auxilio judicial	12	25	48
TOTAL	25		100

**Figura 4**



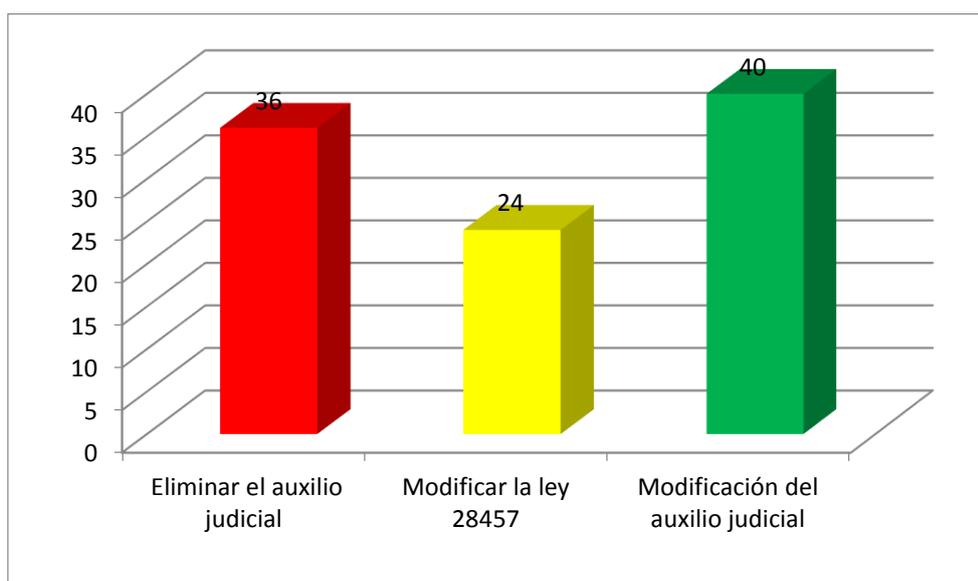
*Análisis de la tabla n°1 y de la figura n°1:* Se observa de los procesos judiciales sobre nulidad de Acto jurídico en las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, según la eliminación de la presunción de paternidad en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial en el 48% modificación del auxilio judicial, el 32% eliminar la presunción de paternidad y 20% utilizar medio probatorio para presunción de paternidad.

**Tabla 5**

**Población según la eliminación del auxilio judicial por la consecuencia de la inconstitucionalidad de la ley 28457, de la paternidad extramatrimonial.**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Eliminar el auxilio judicial	9	9	36
Modificar la ley 28457	6	15	24
Modificación del auxilio judicial	10	25	40
TOTAL	25		100

**Figura 5**



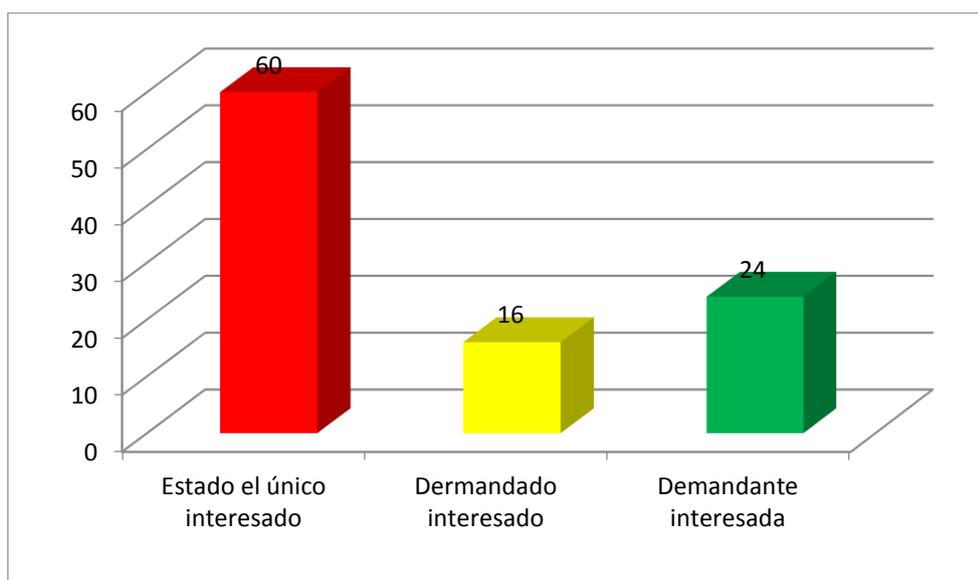
*Análisis de la tabla n°2 y de la figura n°2:* De los procesos judiciales Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, procedentes de los juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, la eliminación del auxilio judicial por la consecuencia de la inconstitucionalidad de la ley 28457, de la paternidad extramatrimonial, el 40 % modificación del auxilio judicial, 36% eliminar el auxilio judicial y el 24 % modificar la ley 28457.

Tabla 6

**Población según la modificación de la normatividad para la declaración de paternidad extramatrimonial y la eliminación de la presunción**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Eliminar la presunción	8	8	32
Modificar la ley 28457	11	19	44
Modificar el auxilio judicial	6	25	24
TOTAL	25		100

Figura 6



*Análisis de la tabla n°3 y de la figura n °3:* De los procesos judiciales Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, procedentes de los juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, se observa que la modificación de la normatividad para la declaración de paternidad extramatrimonial y la eliminación de la presunción el 44 % corresponde a la modificación de la Ley 28457, el 32 % corresponde a la eliminar la presunción, el 24 % modificar el auxilio judicial

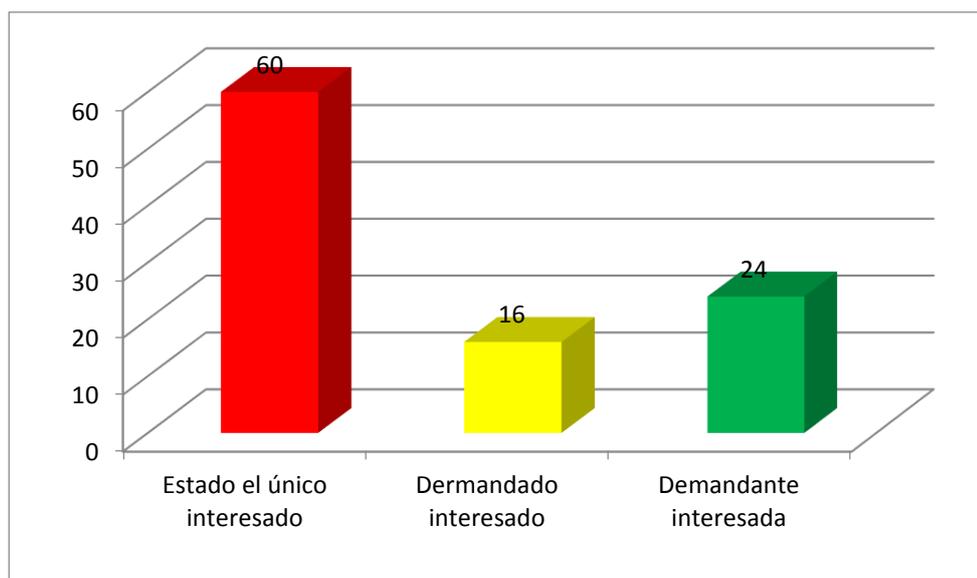
### C) Resultados de la tercera variable

**Tabla 7**

#### **Población según la vulneración del interés superior del niño**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Principio de interés superior del niño	11	11	44
Violación de derechos del niño	10	21	40
Predomina el interés superior del niño	4	25	16
TOTAL	25		100

**Figura 7**



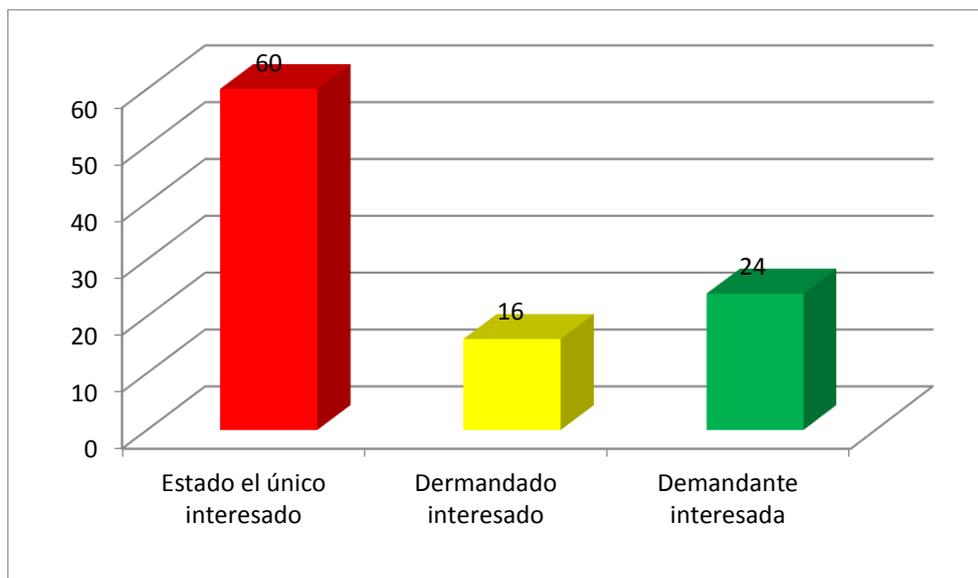
*Análisis de la tabla n°1 y de la figura n°1:* De los procesos judiciales Declaración Judicial de Paternidad extramatrimonial, procedentes de los juzgados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Piura, la vulneración del interés superior del niño e tiene en las tablas que el 44% declara el principio de interés superior del niño, como 40% la violación de los derechos del niño y 16% predomino el intereses superior del niño.

Tabla 8

**Población que declara la el derecho de reconocimiento del menor de edad teniendo como principio básico el interés superior del niño**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Derecho de reconocimiento de un menor	9	9	36
Derecho de familia	10	19	40
Interés superior del niño	6	25	24
TOTAL	25		100

**Figura 8**



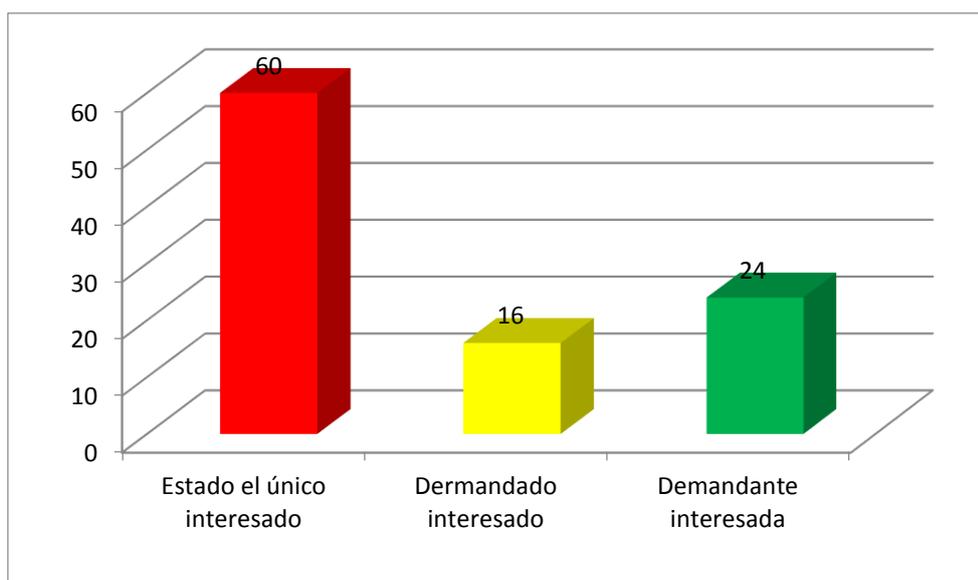
*Análisis de la tabla n°2 y de la figura n °2:* De las 25 sentencias con pronunciamiento sobre el fondo declaradas infundadas por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se declara la el derecho de reconocimiento del menor de edad teniendo como principio básico el interés superior del niño que el 40 % derecho de familia, el 36% derecho de reconocimiento de un menor y 24% intereses superior del niño.

**Tabla 9**

**Población que declare el interés del Estado por el principio de interés superior del niño es casos de declaración judicial de paternidad**

ATRIBUTO	FA	FR	%
Estado el único interesado	15	15	60
Demandado interesado	4	19	16
Demandante interesada	6	25	24
TOTAL	25		100

**Figura 9**



*Análisis de la tabla n°3 y de la figura n°3:* De las 25 sentencias con pronunciamiento sobre el fondo declarado infundado por las Salas Civiles de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, se declare el interés del Estado por el principio de interés superior del niño es casos de declaración judicial de paternidad que el 60% considera que el estado es el único interesado, 24% el interesado es el demandante y el 16% el demandado es el interesado.

### 3.2.Discusión

A) Hipótesis de la investigación.

H1.

Con la regulación del pago de la prueba de ADN subsidiado por el Estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial. Se eliminaría la presunción de paternidad en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial modificando el Art. 2 de la Ley 28457, a fin de proteger el interés superior del niño, otorgando mayor protección al menor respecto al derecho a la verdad biológica y derecho a la identidad.

B) Hipótesis Nula

Ho.

Con la regulación del pago de la prueba de ADN subsidiado por el Estado en el proceso de declaración de paternidad extramatrimonial. NO se eliminaría la presunción de paternidad en el proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial modificando el Art. 2 de la Ley 28457, a fin de proteger el interés superior del niño, otorgando mayor protección al menor respecto al derecho a la verdad biológica y derecho a la identidad.

C) Conclusión.

Se confirma la hipótesis de investigación:

En nuestro país, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye un acto irrevocable. Acorde con ello, el cuestionamiento de la paternidad ya declarada está sumamente restringida básicamente por dos aspectos: a) la legitimidad, es decir, quien estaría facultado para impugnar la paternidad, y b) el plazo, ya que la ley ha fijado como plazo de caducidad únicamente 90 días a partir de que el impugnante toma conocimiento del hecho, entiéndase, del reconocimiento.

Sin embargo, desde hace varios años, los jueces de familia vienen admitiendo, tramitando y resolviendo demandas que contienen la pretensión de impugnación de paternidad formuladas por el propio padre que reconoció a un menor como su hijo, y eventualmente la presenta cuando dicho menor ya tiene 5, 6, 10 o más

años de edad. Anexa, en el mejor de los casos, la prueba de ADN efectuada que arroja como resultado que el impugnante no es el padre biológico del menor reconocido. Los jueces vienen resolviendo dichos procesos haciendo un control difuso de las normas que regulan las demandas de impugnación de paternidad, resoluciones que elevadas en consulta, han merecido, en su gran mayoría, resolución aprobatoria por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema

La impugnación de paternidad es la pretensión destinada a refutar o contradecir judicialmente la paternidad ya establecida legalmente con el propósito de dejarla sin efecto. La que se refiere a la paternidad del hijo nacido dentro de una relación matrimonial está regulada en el artículo 365, inciso 5 del Código Civil y la del hijo extramatrimonial lo está en el artículo 399 del Código Civil. En estas líneas nos referiremos principalmente a la paternidad declarada del hijo extramatrimonial, por ser la más frecuente.

En principio, es necesario tener presente que la relación paterno-filial que se genera con el reconocimiento de un hijo extramatrimonial constituye, dentro de los diversos tipos de relaciones de parentesco, la más importante que ha regulado nuestro sistema jurídico. Ello no solo se desprende de la indudable trascendencia que esta tiene dentro del desarrollo del ser humano, en general, y, más específicamente, dentro del desarrollo emocional y conductual del niño, sino también porque a partir de ella nuestro ordenamiento jurídico establece todo un conjunto de deberes y obligaciones que garantizan y procuran, entre otras cosas, la supervivencia del menor y su desarrollo adecuado.

En efecto, con base en la relación paterno-filial no solo se establecen normalmente los vínculos que ligarán a los padres con los hijos, y que constituirán por lo general el principal punto de partida del desarrollo de la persona, sino que además, se desprenden una serie de derechos y obligaciones que el derecho impone al progenitor, sin los cuales la existencia misma del menor se vería comprometida, como son los deberes alimenticios.

Considero que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe, entonces, 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.

Por la importancia de los efectos que el acto de reconocimiento provoca, entre otras cosas, es que el artículo 395 de nuestro Código Civil dispone que “el reconocimiento no admite modalidad y es *irrevocable*”. Y es que, en efecto, las consecuencias que este acto producen no solo en el hijo reconocido (ya sea en el plano material, por las relaciones afectivas que normalmente acompañan a la filiación, como en el jurídico, por el sistema de tutela que el derecho prevé a favor del menor), sino sobre el propio padre, sobre la familia y sobre la sociedad en general; asimismo, exigen que el legislador dote a este acto de características particularmente estrictas para quien lo celebra.

Considero que detrás de la regla de irrevocabilidad del reconocimiento de hijo extramatrimonial no existe, entonces, 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. No es necesario ahondar en las consecuencias nocivas que normalmente puede producir en un niño la extinción del vínculo paterno-filial, no solo por la continuación de la relación que pueda existir con su progenitor (lo cual, en todo caso, no depende exclusivamente de lo jurídico), sino también por el estado de desamparo en el que quedaría al ponerse término a los deberes de tutela que correspondían al padre.

En este contexto, nuestro legislador ha previsto una serie de disposiciones legales con el objeto de restringir las posibilidades de negación del acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial:

- d. El artículo 395 del Código Civil, que establece que el reconocimiento es irrevocable, es decir, que una vez realizado, *ya no puede ser dejado sin efecto por quien lo efectuó*.

- e. El artículo 399 del Código Civil, que establece que el reconocimiento no puede ser negado por el padre o por la madre que intervinieron en él. Regla que, una vez más, impide que la misma persona, que efectuó libremente el reconocimiento, pueda luego pretender cuestionarlo ante un juez, reconociendo esta posibilidad únicamente a favor del progenitor que no intervino en dicho acto.
- f. El artículo 400 del Código Civil, que establece un plazo de caducidad de noventa días para negar el reconocimiento, contados a partir del momento en que se celebró o en que se tuvo conocimiento del mismo.

Discusión de los resultados.

A) Hipótesis secundaria uno.

H2.

La constatación del pago de la prueba de ADN, por parte del Estado peruano ayudaría a que los procesos de filiación sean más céleres y oportunos.

➤ 1° Discusión.

De este modo, se establece una limitación adicional para cuestionar judicialmente el acto de reconocimiento de paternidad, que esta vez no se encuentra dirigida contra él (casos que este pueda impugnar judicialmente su propio reconocimiento), sino contra las demás personas que sí cuentan con posibilidad legal de cuestionar el acto de reconocimiento, estableciendo que estos solo podrán hacerlo durante los 90 días posteriores al momento de su realización.

A través de estas restricciones, el legislador busca como se ha explicado limitar las posibilidades de impugnación del vínculo paterno-filial ya formado, a efectos de dotarlo de estabilidad, en vista a las consecuencias que su modificación puede provocar en el plano material y jurídico de la persona (en especial, del menor) y de la familia, y tutelar el estado de familia.

2° Discusión.

Resulta indudable que existe un incremento de demandas de impugnación de paternidad en donde se exponen casos, si bien distintos, en su mayoría y con el

común denominador de que quien cuestiona la paternidad es el propio padre que reconoció al menor, con variados argumentos; en unos, aduciendo tener simples dudas sobre la paternidad, en otros, alegando haber sido engañado por la madre o simplemente el haber reconocido al menor a sabiendas de no ser su hijo y por el hecho de mantener una relación sentimental con la madre, sucediendo a menudo que, acabada dicha relación, el reconociente impugna la paternidad que voluntariamente afirmó antes. No se puede negar tampoco que a esta proliferación de demandas ha contribuido el examen de ADN, prueba científica que, si bien nos acerca a la verdad real, también nos puede llevar a decisiones injustas y contrarias al interés superior de los niños.

➤ Conclusión.

El control abstracto se realiza cuando se cuestiona directamente la constitucionalidad de la norma a través de las acciones constitucionales (acción popular y acción de inconstitucionalidad) cuyo efecto será si se ampara la demanda la expulsión de dicha norma de nuestro ordenamiento con efectos derogatorios. El control difuso lo realiza el juez que en el análisis del caso concreto considera que siendo indispensable utilizar dicha norma para la solución justa de la pretensión y cuando no es posible efectuar una interpretación de la misma conforme a la Constitución, la inaplica por considerar que colisiona con valores prioritarios en el caso concreto.

B) Hipótesis secundaria dos

H2.

La constatación del pago de la prueba de ADN, por parte del Estado peruano ayudaría a que los procesos de filiación sean más céleres y oportunos.

➤ 1º Discusión.

De otro lado y considerando, además, que durante muchos años los jueces civiles han venido admitiendo y tramitando demandas de impugnación de paternidad, dando señales claras de que esta vía sería la adecuada, se podría pensar también en los casos en los que, en realidad, la posibilidad de permitir el ejercicio de la negación de la paternidad se hace urgente por existir razones que

justifican que esta se lleve a cabo. Por ejemplo, cuando existe certeza de quien es el verdadero padre del menor y es necesaria la impugnación para establecer adecuadamente el vínculo filial del menor o cuando existen circunstancias que hacen inaceptable que la paternidad formal que no se condice con la verdad biológica siga en pie (supuestos de maltrato o abuso por parte del reconociente), etc.

En estos casos, la única opción válida es optar por el resultado que, en los hechos, satisfaga de mejor modo los derechos del menor; y si las circunstancias son de tal dimensión que hagan necesario descartar la paternidad formal, con el propósito de colocar al menor en una mejor situación que la que tenía, no existe duda alguna que deberá procederse en concordancia con ellas. Y esto no se contradice en modo alguno con los fundamentos expuestos precedentemente; sino que, por el contrario, guardan armonía con ellos.

➤ 2º Discusión.

En todo caso, cabe recordar que una vez alcanzada la mayoría de edad o cesada su incapacidad, será posible para el hijo reconocido someter a impugnación el reconocimiento, si considera que este afecta de algún modo sus derechos, de acuerdo con el artículo 401 del Código Civil. Por lo cual se advierte que el legislador ha previsto una tutela adecuada tanto para el reconociente como el hijo reconocido, cuando existan situaciones que así lo ameriten.

➤ Conclusión.

Lo que interesa al efectuar el control difuso de las normas que regulan la impugnación de paternidad, por entrar en contradicción con el derecho del menor a la identidad y a conocer a su verdadero padre biológico bajo el argumento de protección al menor, ¿Se cumple la finalidad de protección al menor? ¿Realmente se posibilita su derecho a la identidad y a conocer a su padre biológico? Siendo un tema debatible, y respetables las respuestas que se expresen, considero que en la realidad, la respuesta es negativa.

#### **IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

##### **CONCLUSIONES**

- i. De nada sirve una sentencia con una argumentación brillante y cuerpo resolutivo ajustado a ley, si el conflicto se continuará desarrollando fuera de las instancias judiciales, los hijos de la pareja continuarán viviendo un ambiente tenso y violento, y las partes continúen o generen nuevas acciones legales.
- ii. Nuestra legislación asigna una condición de indefensión (incapacidad) relativa a los menores de edad que se encuentran en medio de un conflicto de intereses entre sus progenitores, convirtiéndolos prácticamente en “objetos” de planteamientos de defensa y apelaciones, obviando su naturaleza personal.
- iii. La ley le permite al juez determinar una verdad jurídica (que puede no corresponder a la verdad biológica), debido al empleo de las diligencias para mejor proveer y a la evaluación negativa de la actitud procesal de la parte demandada.
- iv. La prueba de ADN es una prueba científica que permite determinar el parentesco de consanguinidad que puedan tener dos personas, quienes generalmente son un presunto padre y un presunto hijo con una efectividad del 99 %.
- v. El declarado como padre del menor deberá interponer la demanda de nulidad del acto jurídico declaratorio de paternidad bajo el argumento de que es físicamente imposible que haya concebido al citado menor por no existir relación biológica con este basado en la realización de la prueba de ADN.

## **RECOMENDACIONES**

Se recomienda que el Estado busque una solución inmediata a este problema ya que se está viendo en juego el interés superior del niño y su afectación directa en temas de salud, educación y vivienda.

Se recomienda que la madre, no se estaría configurando ningún abuso de derecho, puesto que lo único que hace es emplear lo que regula la propia ley especial, logrando su objetivo de que el menor sea declarado como hijo del demandado, como consecuencia del ejercicio regular de su derecho de acudir a la vía judicial y además ante la situación de irresponsabilidad del demandado de no actualizar su documento de identidad.

A manera de cierre, el tratar de buscar salida para ayudar a los demandados que irresponsablemente no han colocado sus direcciones correctas, crearía un ambiente de incertidumbre que tardaría mucho en ser resuelto en perjuicio de los menores. Lamentable esta situación es trágica, ya que se está jugando con la identidad de menores. Se espera que las partes puedan comprender que es la vida de sus hijos la que está en juego, por lo que aquellos deberían aplicar el derecho y el fin de este: lograr una vida de paz en justicia.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUILÓ REGLA, JOSEP, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca: LeonardMuntaner Editor, 2008.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón del Derecho*, n.º 1, 2010. Recuperado de <<http://bit.ly/2rLw2SF>>.
- CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR, *Derecho familiar peruano*, t. II, 7.a ed., Lima: Studium, 1988.
- ARIAS ALONSO, Magdalena, “*Pater mater y genitor genitrix* en la diplomática medieval asturleonera (775-1037)”, en *Analecta Malacitana, Revista de la sección de filología de la Facultad de Filosofía y letras de la Universidad de León*, n.º 6, Actas del Congreso “Cristianismo y tradición latina”, mayo del 2000.
- ARZATE BECERRIL, Jesús, *No es por vicio ni por fornicio: El matrimonio en Occidente e historias de pecado en Temoaya durante el siglo XVIII*, México: Universidad Autónoma del Estado de México, 2005.
- ASENCIO MELLADO, José María, *Prueba ilícita y lucha anticorrupción*, Lima: Grijley, 2008.
- AGUILÓ Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca: LeonardMuntaner Editor, 2008.
- ATIENZA Rodríguez, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, en *La Razón del Derecho*, n.º 1, 2010. Recuperado de <<http://bit.ly/2rLw2SF>>.
- BOLOGNE, Jean-Claude, *Histoire du mariage en Occident*, París: J.C. Lattès, 1995.
- CARRERAS, Jorge. “Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona: mayo-agosto de 1962.
- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, “Vicios procesales provocados: temeridad y malicia”, en Córdova Schaefer, Jesús (ed.), *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*, Lima: Caballero Bustamante, 2011.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Constitución Peruana de 1993*, 5.a ed.,  
Lima: Rao, 1999.

PINELLA VEGA, VANESSA, “*El interés superior del niño/niña vs. Principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*” 2015 Recuperado de:  
<http://tesis.usat.edu.pe/handle/20.500.12423/277>

FLORES ROSAS, JUAN & SILGUERA QUISPE, RICHARD FAUSTO, “*la vulneración del principio de valoración conjunta de la prueba en el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*” 2015, Recuperado de:  
[http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/136/Julio\\_Jesus\\_Titulo\\_Abogado\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/136/Julio_Jesus_Titulo_Abogado_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

TUESTA VÁSQUEZ, FÁTIMA SULEY, “*Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial*” 2015, recuperado de:  
<http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/161/1/TUESTA%20VASQUEZ.pdf>

GUERRA ZERPA, RAQUEL CORINA, (2015) “*la responsabilidad civil como consecuencia del no reconocimiento voluntario de paternidad extramatrimonial. en Huancavelica- 2014*” recuperado de:  
<http://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/646/TP%20-%20UNH%20DERECHO%200044.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

OLORTEGUI, ROSA ISABEL, “*Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial*” 2010, recuperado de:  
[http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/193/Olortegui\\_dr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/193/Olortegui_dr.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

CÓDIGO CIVIL, (1984) “*filiación extramatrimonial*”

LEÓN BARANDARIÁN, JOSÉ, “*Tratado de derecho civil*” 2002, recuperado de:  
<https://es.slideshare.net/JesusEscobarCabrera/tratado-de-derecho-civil-8-tomos-jose-leon-barandiaran>

CIDH OC-17/2002 “*Jurisprudencia sobre el Derecho de los Niños*” recuperado de: [https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy\\_files/corteidh\\_jurisprudencia\\_sobre\\_el\\_derecho\\_de\\_los\\_ninos\\_0.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/corteidh_jurisprudencia_sobre_el_derecho_de_los_ninos_0.pdf)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Expediente N.º 3330- 2004-AA/TC recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

PLÁCIDO, ALEX, “tratado de derecho de familia, Niño y Adolescente” 2001.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, (1993)

CHANAMÉ ORBE, RAUL, “*la constitución comentada*” p. 33 2015.

LEY N.º 28457 “*Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*” recuperado de: [https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi\\_nombre/normas/Ley\\_filiacion.pdf](https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/normas/Ley_filiacion.pdf)

ECHANDÍA, DEVIS, (2000) “Teoría general de la prueba” p. 125.

GARCÍA MENDEZ, EMILIO, (1997) “*Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*” p. 45-50 recuperado de: [http://iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/infancia\\_ley\\_y\\_democracia.pdf](http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/infancia_ley_y_democracia.pdf)

VEGA FERNANDEZ, JORGE, (2014) “*Derecho de los niños, niñas y adolescentes en abandono a vivir en el seno de una familia*”. Defensoría del pueblo.

LEY N° 27337, “*Ley que aprueba el nuevo código de los niños y adolescentes*” recuperado de: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>

CORNEJO, HÉCTOR, “*familia y Derecho*” 1999 recuperado de: [http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49269/familia\\_derecho\\_hector\\_cornejo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49269/familia_derecho_hector_cornejo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

## ANEXO

### Exp. N.º 1618-2016 Lima Norte1:

En un Estado constitucional de derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional, la cual debe ser preservada por los jueces al momento de resolver casos según la Constitución, siendo también habilitados para ejercer el control difuso.

El ejercer el control difuso tiene límites, no pudiendo ser ejercida de manera irrestricta, ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que deben preservar.

Es de carácter excepcional y de *ultima ratio*, solo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucional de las normas y tiene efecto *inter partes*.

Este tipo de control resulta bastante gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos, sean inaplicables en algunos casos particulares.

La aplicación del control difuso tiene las siguientes reglas, establecidas en el Exp. N.º 1618-2016 Lima Norte1:

1. Que establece como doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces del Poder Judicial el fundamento segundo.

i. Se debe partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucional de las normas legales, las que son de observancia obligatoria según la Constitución y gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme a la Constitución. Quien alegue la infracción a la jerarquía constitucional, se le exige demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.

ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces verificar si la norma cuestionada es aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es solo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o

enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, es la obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario, el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

iv. En esencia, el control difuso es un control de constitucional en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

## CAS. N.º 2245-2014 SAN MARTÍN

**Sumilla.** El acto de reconocimiento de paternidad, voluntariamente inexacto, no puede ser cuestionado por quien lo celebró.

Lima, uno de diciembre de dos mil catorce.

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la Causa número dos mil doscientos cuarenta y cinco - dos mil catorce, de conformidad con el Dictamen Fiscal número 904-2014-MP- FN-FSC de folios treinta y dos a cuarenta del cuadernillo de casación; en Audiencia Pública de la fecha y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

### MATERIA DEL RECURSO

Es materia del presente recurso de casación interpuesto por Luis Baldomar Cojal Mori de folios ciento sesenta y uno a ciento sesenta y cinco, contra la sentencia de vista (Resolución número veinte) de fecha dos de junio de dos mil catorce, de folios ciento cuarenta y nueve a ciento cincuenta y tres, expedida por la Sala Mixta Liquidadora de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que revoca la apelada (Resolución número trece) de fecha veintiuno de octubre de dos mil trece, de folios cien a ciento ocho, la cual declaró fundada la demanda y reformándola la declaró infundada.

### FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO

Esta Sala, mediante resolución de fecha nueve de setiembre de dos mil catorce, de folios veintiocho a treinta del cuadernillo de casación, ha estimado procedente por la causal de infracción normativa procesal y material, respecto de la cual alega:

- i) *Infracción normativa del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.* Se ha resuelto dejando de lado los puntos controvertidos fijados en la audiencia de conciliación, específicamente el punto número 1: “determinar si el demandado es padre biológico de D.C.R.”. La Sala no se pronuncia sobre este punto controvertido, sino sobre el reconocimiento del citado menor que ha efectuado el recurrente sin ser el padre biológico, hecho que no ha sido fijado como punto controvertido;
- ii) *Inaplicación normativa del artículo 386 del Código Civil.* Por cuanto el menor no ha sido concebido producto de la relación extramatrimonial del recurrente con la madre, por lo que al no ser el recurrente padre no podía reconocerlo, puesto que hacerlo viola el derecho a la identidad personal del menor. La norma en mención

establece que son hijos extramatrimoniales los concebidos dentro de la relación extramatrimonial, por lo que solo el padre y la madre que lo concibieron pueden reconocerlo y no un tercero que no intervino en la concepción; peor aún sin en el caso de autos se conoce que el padre del referido menor sería Adán Loja; y

**iii) Inaplicación normativa del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Resolución Legislativa número 25278, concordante con el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes y el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.** La Sala debió aplicar estas normas que regulan el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, para dejar libre el derecho del menor para que pueda ser reconocido por su padre biológico o lo haga valer en su oportunidad y no negar esa posibilidad declarando infundada la demanda, sin hacer la debida motivación y fundamentación; y

### **CONSIDERANDOS**

**PRIMERO.** El recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

**SEGUNDO.** Respecto a la causal denunciada por infracción normativa, según Monroy Cabra: “[...] Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso [...]”<sup>1</sup>. A decir de De Pina: “[...] el recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etcétera; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan [...] a infracciones en el procedimiento”<sup>2</sup>. En ese sentido Escobar Fornos señala: “[...] es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo”<sup>3</sup>.

1. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de derecho procesal civil, 2.a ed., Bogotá: Temis Librería, 1979, p. 359.

2. De Pina, Rafael, Principios de derecho procesal civil, México D.F.: Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, 1940, p. 222.

3. Escobar Fornos, Iván, Introducción al proceso, Bogotá: Temis, 1990, p. 241.

**TERCERO.** Se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción normativa procesal y material. Teniendo en cuenta ello, es de advertirse que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por vulneraciones a las normas que garantizan el debido proceso o las infracciones de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales en todos los supuestos se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que si se declara fundado el recurso por las otras causales contempladas en el artículo 386 del Código Procesal Civil, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello que la revisión de las causales por las que ha sido declarado procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la alegación de vulneración a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

**CUARTO.** A fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa de los dispositivos antes acotados, resulta conveniente hacer una síntesis de lo ocurrido en el presente proceso: i) Luis Baldomar Cojal Mori postula la demanda de negación de paternidad contra Petronila Rengifo Bocanegra, a fin de que se disponga la anotación marginal en la Partida de Nacimiento del menor de iniciales D.C.R., por no ser el recurrente su padre biológico. Ampara su pretensión en los siguientes fundamentos: a) Conoció a la demandada en la ciudad de Moyobamba en el año dos mil cuatro con tres meses de gestación; posteriormente, dentro del período (sic) nació el menor de iniciales D.C.R., comentándole la demandada que el padre biológico del menor era Adán Loja, con quien tuvo relaciones sexuales y que posteriormente se separaron; b) La demandada, desde hace muchos años ha observado conducta reprochable, y cuando nació el menor le insistió para asentar su partida ante la Municipalidad de Moyobamba, aceptando el recurrente tal petición; posteriormente, en el año dos mil cinco, feneció su relación convivencial por existir incompatibilidad de caracteres; y c) Posteriormente la demandada le ha iniciado un proceso de alimentos, signado con el número 0071-2006 y proceso penal, por delito de omisión de asistencia familiar, pero no habiendo el recurrente procreado al menor la acción debe dirigirse contra Adán Loja, con quien tuvo relaciones sexuales la demandada en la época de la concepción; ii) La parte demandada es declarada rebelde a folio cuarenta, mediante Resolución número cinco de fecha cinco de noviembre de dos mil doce; iii) Mediante la Resolución número trece, de fecha veintiuno de octubre de dos mil trece, de folios cien a ciento ocho, se expide sentencia de primera instancia, declarando fundada la

demanda incoada, señalando, entre otras razones, que: a) Señala que la Ley número 27048 intenta priorizar la verdad biológica frente a la verdad puramente formal; en la misma corriente protectora se adscribe el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 6); b) De folios cuatro a cinco obra el Informe Pericial de Ácido Dexosirribonucleico - ADN verificándose que el demandante no es el padre biológico del niño Deiner Cojal Rengifo; dicho informe ha sido ratificado mediante documental de folios cincuenta y ocho a sesenta, lo que da lugar a determinar que no existe vínculo de consaguinidad entre el demandante y el niño Deiner Cojal Rengifo. En armonía con el principio del interés superior del niño y del adolescente, de conocer su origen biológico, que forma parte de la identidad como derecho fundamental, que asiste a todos los individuos, lo que se hará con criterio de justicia que ha interpuesto fuera del plazo establecido en el artículo 400 del Código Civil; y c) En la causa sub materia, teniendo en cuenta la jerarquía de la norma constitucional, así como de los instrumentos internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y dejar de aplicar la norma antes referida que se opone a tal finalidad, por lo que es pertinente hacer uso del control difuso, por ende la inaplicación del artículo. 400 del Código Civil, y iv) La Sala Mixta y Liquidadora de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, expide la sentencia de vista, mediante Resolución número veinte, de fecha dos de junio de dos mil catorce, de folios ciento cuarenta y nueve a ciento cincuenta y tres, revocando la apelada declara infundada la demanda al considerar que: a) Señala que si los apellidos los adquiere el reconocido por la vía de la filiación, generando la relación de este con una familia determinada, la persona que realiza el reconocimiento no puede, después de efectuado el acto de reconocimiento, disponer —suprimiéndolos— todos esos derechos que nacen a favor del reconocido, pues él no es el titular de tales derechos, los cuales son indisponibles. De lo contrario se atentaría contra el principio de seguridad jurídica en materia de filiación y contra el interés superior de los menores; b) Que si bien obra en autos una prueba de Ácido Dexosirribonucleico - ADN, que determina que no existe vínculo consanguíneo entre la persona de Deimer Cojal Rengifo y el demandante, es necesario, debido a la naturaleza irrevocable del reconocimiento, que el demandante demuestre que haya incurrido en error; es decir, que haya creído que el reconocido era realmente su hijo, pues de lo contrario se llegaría a permitir que un sujeto que reconoce a una persona aun sabiendo que no era su hijo, lo reconozca como tal en forma voluntaria y posteriormente se retracte de tal acto, generando un clima de inseguridad jurídica; y c) El

demandante solo puede accionar para dejar sin efecto alguno intentando su anulabilidad por error, siendo que el error en el cual se debe basar la anulación del acto de reconocimiento en el caso de autos tiene que ser esencial, de hecho y en la persona.

**QUINTO.** Estando a las alegaciones del recurrente, es necesario destacar que, el debido proceso es un derecho complejo, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho —incluyendo el Estado— que pretenda hacer uso abusivo de estos. Como señala la doctrina procesal y constitucional, “[...] por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, características del tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa [...]” (Faúndez Ledesma, Héctor. “El Derecho a un Juicio Justo”. En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, página diecisiete). Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios o reglas básicas y de la competencia predeterminada por Ley, así como la pluralidad de instancias, la motivación, la logicidad, razonabilidad de las resoluciones y el respeto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción, de contradicción), entre otros.

**SEXTO.** La causal descrita en el “ítem i” debe ser desestimada por carecer de base real, al no advertirse la concurrencia de vicios insubsanables que afecten el debido proceso, en tanto, la recurrida —tomando en cuenta la naturaleza del proceso sobre negación de paternidad— contiene una motivación coherente, precisa y sustentada en base a los hechos invocados, absolviendo las posiciones y contraposiciones asumidas por las partes del proceso durante el desarrollo del proceso, valorado en forma conjunta los medios probatorios, utilizando su apreciación razonada, en observancia a la garantía constitucional contenida en los incisos 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; llegando a la conclusión que, estando a que el demandante reconoció al menor sabiendo que éste no es su hijo biológico, no puede ahora negar la paternidad por cuanto dicho acto es irrevocable. Debiéndose precisar, que contrariamente a lo alegado por el recurrente, la

instancia de mérito ha cumplido con pronunciarse respecto del punto controvertido referido a si el demandado es padre biológico del menor; y por otro lado, para resolver el segundo punto controvertido, referido a determinar si se anula la partida de nacimiento del menor, tal como procedió la instancia de mérito, necesariamente debía pronunciarse sobre el reconocimiento del menor.

**SÉTIMO.** Habiendo desestimado la infracción normativa procesal, corresponde emitir pronunciamiento respecto de las infracciones normativas materiales, a dicho efecto; previamente corresponde precisar que, tal como lo ha señalado la Ejecutoria número 5869-2007, el acto de reconocimiento es un acto jurídico familiar filial, destinado a determinar por medio de la voluntad el vínculo entre padre e hijo; es un acto de estado familiar declarativo de paternidad, típico y nominado que cuenta con sus propias características. Conforme al artículo 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; es decir, no admite limitaciones accesorias de la voluntad (condición, plazo o modo) que hagan depender de ellas su alcance, pues ello pondría en peligro la estabilidad y seguridad de la filiación. El reconocimiento también es personalísimo, es unilateral y no recepticio, de allí que solo requiere de la voluntad del reconocedor sin necesidad de la conformidad del progenitor ni del reconocido; quienes tienen expedito su derecho para anegar dicho acto filial.

**OCTAVO.** Si bien el artículo 399 del Código Civil contempla que el reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre, *está reservado al quien no intervino 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 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 el 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.

**DÉCIMO.** En el caso de autos nos encontramos ante un reconocimiento de paternidad, “voluntariamente inexacto”<sup>4</sup>, 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<sup>5</sup>.

4. Denominado así por VarsiRospigliosi, Enrique, Tratado de Derecho de Familia, t. iv, Gaceta Jurídica, p. 252.

5. En dicho sentido, también se ha pronunciado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria N.º 5869-2007-Moquegua.

**DÉCIMO PRIMERO.** El recurrente alega que se ha inaplicado el artículo 386 del Código Civil por cuanto, estando a su contenido, solo el padre y madre que concibieron al menor pueden reconocerlo y no un tercero; al respecto, corresponde precisar que dicha norma únicamente define a quien se le considera hijo extramatrimonial y estando a que la pretensión sub litis es una de negación de paternidad, dicha norma resulta impertinente al caso; por lo que la causal no puede ser amparada.

**DÉCIMO SEGUNDO.** El recurrente denuncia la infracción del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, señalando que se debe aplicar las normas referidas al reconocimiento del hijo extramatrimonial a fin de dejar salvo el derecho del menor, a poder ser reconocido por su padre biológico. Sobre el particular, se tiene que dicha norma también deviene en inaplicable, por cuanto, conforme a lo precisado precedentemente y los puntos controvertidos señalados, a folio treinta y tres, el meollo del asunto radica en determinar si corresponde o no anular la partida de nacimiento del menor de iniciales D.C.R. por haber sido asentada por el demandante, quien alega no ser su padre biológico; y, por ende, la resolución de la litis en nada afectará el mencionado derecho del menor; quien tiene la posibilidad de hacer valer su derecho como considere pertinente.

**DÉCIMO TERCERO.** Por lo que no verificándose las infracciones normativas denunciadas el recurso impugnatorio debe declararse infundado conforme a los fundamentos precedentes.

Por las consideraciones expuestas, no se configura la causal de infracción normativa denunciada, por lo que en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil, declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Luis Baldomar Cojal Morí

de folios ciento sesenta y uno a ciento sesenta y cinco; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista (Resolución número veinte) de fecha dos de junio de dos mil catorce, de folios ciento cuarenta y nueve a ciento cincuenta y tres, expedida por la Sala Mixta Liquidadora de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Luis Baldomar Cojal Mori contra Petronila Rengifo Bocanegra, sobre impugnación de paternidad; y los devolvieron. Ponente señor CunyaCeli, juez supremo.

SS. TICONA POSTIGO, VALCÁRCEL SALDAÑA, CABELLO MATAMALA, MIRANDA MOLINA, CUNYA CELI.