# NOTAS A LA NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO FILIAL

**Reynaldo Mario Tantaleán Odar***

*Fecha de publicación: 01/10/2018*

**Sumario: 1.** Prolegómeno. **2.** Reminiscencia de los hechos. **3.** El contenido del artículo 395º del código civil. **4.** ¿nulidad o anulabilidad? **5.** ¿y el plazo para demandar? **6.** ¿quién es el juez competente? **7.** Colofón: ¿y el apellido del menor mientras tanto? - Lista de referencias - Anexo.

* Doctor en Derecho. Juez Especializado del Juzgado de Familia de Mariano Melgar de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, Perú.

## 1. PROLEGÓMENO

La presente discusión parte de la Casación 864-2014-Ica, la cual, si bien es antigua, sigue generando algunas dudas que son necesarias someter a discusión, vacilaciones que intentamos aclarar en este trabajo en la medida de lo posible.

Por tanto, si bien el presente análisis surge a raíz del caso resuelto en dicho fallo supremo, el contenido del estudio se encamina a dar a conocer nuestra firme postura sobre las aristas que genera el tema de la discusión estructural del acto jurídico de reconocimiento filial, sobre todo en el asunto de la competencia judicial.

## 2. REMINISCENCIA DE LOS HECHOS

El señor Ytalo David Verástegui Valenzuela conoció a doña Olga Yanet López Estela aproximadamente cinco años antes de la demanda y con ella mantuvo relaciones esporádicas fuera de su matrimonio, hecho que desembocó en una vinculación irregular con la emplazada. Pasados los años, después de esta relación fuera de su matrimonio, la señora López le hizo creer que era el padre de su menor hijo y para lo cual logró comprometerlo, como si fuera el verdadero padre biológico. Durante el proceso de embarazo y después del nacimiento del menor, la señora López habría exigido su derecho de madre y del bebé, exigiéndole todos los requerimientos y facilidades como si fuera el verdadero padre biológico. Así, se le demandó por alimentos y violencia familiar, sin embargo, el señor Verástegui, desde el primer momento del nacimiento del hijo, siempre le solicitó el examen de ADN por cuanto tenía serias dudas sobre la paternidad del menor; pero ante la negativa, en los últimos meses del año 2011, tomó la decisión de visitar un laboratorio para despejar esta duda, y fue allí donde se determinó al 100% que no era el padre biológico del menor.

Con todo ello, el señor Ytalo David Verástegui Valenzuela interpuso demanda de nulidad de acto jurídico contra Yanet López Estela, solicitando que se declare la nulidad de la Partida de Nacimiento del menor de iniciales O.D.V.L. ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse **viciado el acto de reconocimiento**, debido al **dolo** proveniente del **engaño** de la

madre del menor, al obligarle a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula.

El juez de primera instancia declaró fundada la demanda porque se tiene la prueba biológica de ADN, la cual se ha practicado al demandante, la demandada y al menor O.D.V.L., y con su resultado se impugna la paternidad reconocida, siendo que del Informe Pericial se concluye que el análisis demuestra con certeza científica que el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela no es el padre biológico del menor O.D.V.L. Por consiguiente, habiéndose acreditado irrefutablemente que no existe vínculo parental entre el demandante y el menor O.D.V.L., la demanda fue amparada, ello en atención al interés superior del niño, así como en resguardo a su derecho a la identidad.

Obviamente se apeló la sentencia y la Sala revisora la revocó y, reformándola, declaró infundada la demanda a base de que, conforme al artículo 395º del código civil el reconocimiento es irrevocable, por lo que dicho numeral contiene una prohibición taxativa y terminante, pues constituye una norma de carácter imperativo. El fundamento de tal irrevocabilidad destaca no solo por su naturaleza declarativa, sino también por razones de seguridad jurídica necesarias para la estabilidad referida a la filiación de las personas, que no puede ser variado caprichosamente, más aún teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, por lo que el Estado está en la obligación de preservar la identidad de los niños. Así, la *ratio* de la irrevocabilidad obedece a que dado que mediante el acto de reconocimiento se materializa el **derecho de identidad** -consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú y que comprende al derecho a un nombre y conocer a los padres y conservar sus apellidos-, no se quiere que dicho derecho fundamental y otros derechos familiares de igual trascendencia que el acto de reconocimiento acarrea, quede al arbitrio del sujeto que realiza el reconocimiento, mucho menos amparar la demanda, cuando se evidencia que el reconocimiento vino de la existencia de un acto jurídico válido.

Pero, además, se insiste en que no se ha probado fehacientemente el dolo, pues la resolución del proceso de violencia familiar, no evidencia ningún dolo o engaño reconocido por la demandada, ni mucho menos prueba que haya actuado de mala fe. Asimismo, con relación al maltrato y amenazas, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 216º del código civil, respecto a la calificación de la violencia, pues en el presente caso, atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimidación al extremo que obligue al demandante a firmar el

reconocimiento del menor, por lo que la sentencia carece de motivación al respecto.

Se agrega que, si bien la prueba de ADN ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo consanguíneo, debiendo, además, concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que la manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto; y, que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere, exista también una necesaria e imprescindible correlación.

Por ello se concluye en que el demandante sí tuvo en el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades.

Con lo acontecido el demandante interpuso recurso de casación por la causal de infracción normativa de derecho material del artículo 395º del código civil, sosteniendo que la Sala Superior no ha evaluado debidamente dicho numeral, conforme lo ha precisado la propia Corte Suprema en la Casación 2092- 2003, en cuanto establece que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo 395º del código civil, ello no impide que pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, su nulidad o anulabilidad.

## 3. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 395º DEL CÓDIGO CIVIL

El reconocimiento es un acto jurídico que se caracteriza por ser personal (solo emana del progenitor, salvo excepciones[1]), voluntario[2] (nadie puede obligar a hacerlo), unilateral (basta la voluntad del reconociente), declarativo (da fe de una situación preexistente), expreso (debe explicitarse), solemne[3]

[1] *Cf.* artículos 389º y 392º del código civil.
[2] *Cf.* artículo 392º del código civil.
[3] *Cf.* artículo 390º del código civil.

(debe ajustarse a las formalidades respectivas), puro y simple[4] (no permite modalidad alguna), oponible *erga omnes* (se opone a terceros) e irrevocable[5] (Parra Benítez 2017, 460).

El reconocimiento consiste en la vinculación formal, de derecho del vínculo filial entre un progenitor y su hijo. El tratamiento difiere según si el vínculo se formaliza dentro de un matrimonio o fuera de él. Dentro del matrimonio, por la importancia y características que rodean a esta institución, el legislador estableció ciertas presunciones, sujetos legitimados activa y pasivamente y supuestos puntuales para negar una filiación, así como plazos reducidos para toda actuación al respecto; todo ello a efectos de fortalecer los vínculos al interior de la familia con núcleo matrimonial. La regulación de la filiación matrimonial se ubica desde el artículo 361º del código civil en adelante.

Diferente es el caso para cuando el hijo es nacido fuera de una relación matrimonial. Allí, lo correcto es que ambos progenitores, debidamente convencidos de su estado, procedan a reconocer voluntariamente al hijo. La filiación extramatrimonial se regula a partir del artículo 386º del código civil.

Allí –conforme al artículo 387º- se dice que los únicos medios de acreditación de la filiación extramatrimonial son el reconocimiento y la sentencia judicial.

Y como el reconocimiento parte de ser un acto jurídico unilateral, el legislador estableció que dicho acto se convierta en irrevocable, por su magnitud, al igual que otros tantos actos de la vida jurídica del ser humano, sobre todo con los referidos o conectados a la esfera familiar.[6]

Ahora bien, hay que tener muy presente que el presupuesto para que un acto jurídico se torne en irrevocable es que, primeramente, debe ser tal, o sea un verdadero acto jurídico, y ello implica que su estructuración haya sido correcta implicando adecuadamente la voluntad, la causa, la forma, el objeto y el sujeto. Ergo, es claro que cuando en el artículo 395º se prescribe que el acto de reconocimiento de hijo extramatrimonial es irrevocable, el

[4] *Cf.* artículo 395º del código civil.
[5] *Cf.* artículo 395º del código civil.
[6] Por ejemplo, la adopción es irrevocable conforme al artículo 380º del código civil. El matrimonio, por la influencia canónica que tenemos debe también ser entendido como irrevocable, pues solamente se lo puede disolver –no revocar- por causas previamente establecidas legalmente y con la debida probanza (*cf.* artículo 259º del código civil). Entre otras figuras resaltan la aceptación y renuncia de la herencia (artículo 677º), la donación por matrimonio afectada por causa de ingratitud (artículo 1647º), la constitución de una fundación (artículo 102º) y la elección de un bien incierto en las obligaciones (1145º).

indispensable punto de partida es la verificación correcta de todos los componentes que configuran al acto jurídico.

En el caso que nos ocupa, el demandante denuncia claramente que ha sido engañado por la demandada para efectuar el reconocimiento del menor. Y aunque la Sala Superior insiste en que no está debidamente acreditado dicho engaño, a ello se puede arribar con el contexto narrado por el demandante, pues empieza diciendo que él estaba casado y que mantuvo relaciones esporádicas y tenía serias dudas sobre su paternidad, insistiendo a la demandada a practicarse la prueba de ADN para salvar toda incertidumbre. La negativa de ella, es un indicio claro de que habría propiciado una voluntad incorrecta en el demandante. A ello se suma el que las relaciones no hayan sido continuas y se cierra este círculo con la prueba de ADN.

Por tanto, es claro que lo que se discute no es propiamente la irrevocabilidad del acto de reconocimiento, sino el presupuesto de que dicho acto no estuvo bien configurado por un vicio en la voluntad. En una palabra, si el reconocimiento se hubiera hecho de modo plenamente consciente, con una verdadera y libre voluntad (que es como entiende la Sala Superior que ha ocurrido) definitivamente deviene en irrevocable.

En efecto, quien practicó personalmente la inscripción de un hijo no carece de acción para impugnar, ya que puede haberlo hecho movido por el error, por la convicción de que realmente se trataba de su hijo. Ello siempre y cuando no invoque su propia torpeza, lo que ocurriría si a sabiendas de que no es su hijo practica la inscripción y así se demuestra en juicio, podrá impugnar, sustentando su error. Por consiguiente, esto no es una revocación del anterior reconocimiento, pues toda revocación implica un acto jurídico unilateralmente dispuesto para dejar sin efecto un acto anterior, en tanto que cuando se cuestiona el reconocimiento, se solicita al juez que sea él quien deje sin efecto el vínculo a base de las probanzas hechas en la causa (Bossert y Zannoni 2004, 454).

Por otro lado, tenemos al legitimado para reconocer y quien estaría impedido de revocar tal acto. En virtud del artículo 388º del código civil, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos. Por tanto, los sujetos impedidos de revocar el reconocimiento son exactamente ellos, es decir el padre o la madre que efectúan el reconocimiento del hijo, aunque excepcionalmente su permite esta facultad a los abuelos bajo supuestos preestablecidos.[7]

[7] *Cf.* artículo 389º del código civil.

La figura vinculada a la situación bajo examen es la de impugnación o negación del reconocimiento regulada en el artículo 399º del código civil donde se prescribe que el reconocimiento puede ser negado por **el padre o por la madre que no interviene en él**, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por **quienes tengan interés legítimo**, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395º.

Con ello, entonces, el padre que ha reconocido voluntariamente a su hijo no puede hacer absolutamente nada en contra, pues su declaración es irrevocable. En cambio, el padre que no participó en el acto de reconocimiento puede negar tal hecho. Sin embargo, el plazo para negar el reconocimiento, de conformidad con el artículo 400º del código civil, es de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. Y la cortedad de dicho plazo de caducidad obedece a que al haber transcurrido el tiempo se ha consolidado el estado de familia que se pretende atacar (Bossert y Zannoni 2004, 454).

Damos a conocer esta figura por cuanto está conectada con el caso en examen – tal y como lo ha dejado notar la Sala Superior-, pero a este, claramente no se le aplica porque el demandado sí intervino en el acto de reconocimiento, por tanto, no estamos antes un caso de negación de reconocimiento, al menos no como lo prescribe nuestro código sustantivo.

## 4. ¿NULIDAD O ANULABILIDAD?

Es conocido que la nulidad y la anulabilidad son instituciones que cuentan con múltiples diferencias -aunque también algunas semejanzas- destacándose entre ellas las causales que las generan.

El demandante ha argumentado que él efectuó el reconocimiento a base de un engaño perpetuado por la demandada y añade que ella lo habría amedrentado a través de la instauración de procesos judiciales.

Con esto tenemos que propiamente la causal para invalidar el acto de reconocimiento se dirige a un vicio en la voluntad. Si hubo engaño, estamos ante el caso de dolo, si hubo amenaza estaríamos ante el supuesto de intimidación, y si hubo un yerro por parte suya, estaríamos ante un hipotético de error. En todo caso, los 3 supuestos se subsumen dentro de los vicios de la voluntad.

Y los vicios de la voluntad son causales de anulabilidad del acto jurídico, no de nulidad. Ello en virtud del artículo 221º inciso 2 del código civil.

La única causal conectada con lo referido por el demandante para intentar un supuesto de nulidad es el de falta de manifestación de voluntad, según el

inciso 1 del artículo 219º. No obstante, el caso es puntual, y, además, de no encajar en el supuesto de falta de manifestación de voluntad, su caso es un claro ejemplo de vicio de la voluntad y, por tanto, de anulabilidad del acto jurídico.

Lo extraño es que la demanda es por nulidad de acto jurídico y no por anulabilidad, salvo que el actor piense –como es plenamente posible- que la demanda en tal caso es de nulidad de acto jurídico, pero por anulabilidad.

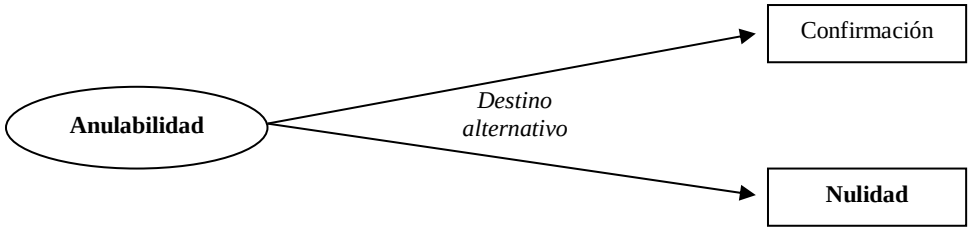
Nos explicamos. Es común que se demande o nulidad o anulabilidad según la causal.

Pero, es un yerro concebir que un acto jurídico siendo ya anulable por mandato legal tenga que recurrirse vía judicial para que se señale nuevamente su anulabilidad. Es decir, es perfectamente conocido que cuando se está ante un acto anulable, dicho negocio tiene un doble destino alternativo o se lo valida a través de la **confirmación** o se lo liquida imponiéndole la **nulidad** definitiva.

En otras palabras, el acto denominado anulable se considera válido hasta el día en que el juez declare su nulidad (Ramírez Gronda 1943, 194). Por ello Von Tuhr (1947, 330-331) rechaza que en el estado de pendencia del acto anulable se conciba como si el negocio fuera nulo desde el comienzo, pues no debe ignorarse que el acto produjo efectos y que éstos solamente con la impugnación cesan o son considerados como no producidos.

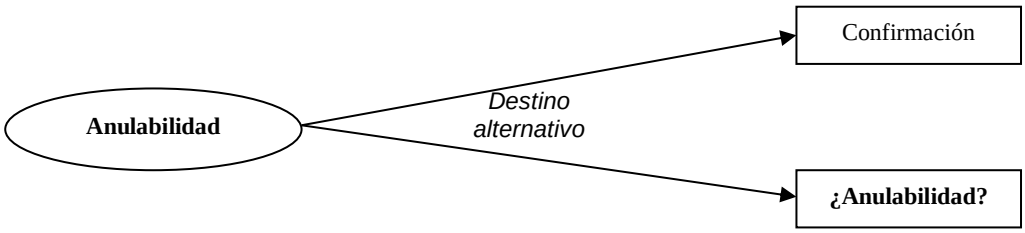
En igual línea Neppi (1947, 337) opina que, en vista de que tales actos se presentan exteriormente como dotados de todos los requisitos exigidos para su validez, la ley, de acuerdo con ese estado de hecho, los declara capaces de enlazarse con todos los efectos jurídicos conformes a su naturaleza, aunque esta capacidad tiene un carácter provisional. Así, no hay que confundir la sanción que debe corresponder al acto (nulidad), con el estado situacional del propio acto (anulabilidad) desatendiendo su doble destino alternativo.

En otros términos, el diagrama con el que siempre se ha trabajado ante un supuesto de anulabilidad es el siguiente:



Ese destino alternativo implica que el acto jurídico en la actualidad se encuentra ante un estado situacional al que el código denomina anulabilidad. En efecto el español Miguel Pasquau Liaño (1997, 208) enseña que la anulabilidad no es un tipo de nulidad, sino una situación en la que se halla el contrato. Y justamente por eso es que se puede acceder o a su confirmación o a su anulación definitiva. Y para acceder a la nulidad de ese acto anulable, nuestra legislación solamente franquea el pedido judicial.

Entre tanto, el accionar común de la legislación, la judicatura y de los abogados litigantes obedece a un esquema distinto, como sería el siguiente:




Aquí, como se puede ver, se exige demandar la anulabilidad del acto, cuando el acto ya es anulable por mandato legal; y más bien lo que se debe pretender es la **nulidad de ese acto anulable**.

En suma, la voz **anulable** quiere decir **"susceptible de nulidad"**, con lo que queda claro que la pretensión es y siempre ha sido que se declare nulo el acto (y no que se declare anulable).

Por ello mismo es que se suele decir que una de las principales diferencias entre un acto nulo y uno anulable es que en el primer caso la nulidad es declarativa, mientras que en el segundo caso la nulidad es constitutiva. Y si la nulidad es constitutiva queda claro que la pretensión ante un acto anulable es la nulidad constitutiva de este.

Por tanto, no es viable y hasta sería absurdo pedir que ante un acto anulable se pida su anulabilidad, toda vez que debe entenderse que la anulabilidad no es ni constitutiva, ni mucho menos declarativa. La constitutiva o declarativa es siempre la nulidad. Ergo, la exigencia magistral de pedir la anulabilidad de un acto anulable es errónea, aunque en la práctica se suele trabajar de ese modo.

En resumen, estamos ante un caso de anulabilidad y, según la cotidianeidad, se debe demandar anulabilidad y no nulidad del acto jurídico. Y siguiendo nuestra línea se debería demandar nulidad por anulabilidad, cosa que tampoco ocurrió en el presente caso.

Para terminar, no está demás indicar que el reconocimiento puede adolecer indistintamente de causales de nulidad o de anulabilidad. Por ejemplo, si es un menor de 14 años quien reconoce a un hijo, o si el reconocido es mayor que el reconociente, definitivamente estamos ante un acto que adolece de nulidad, por incapacidad del sujeto[8] y por imposibilidad del objeto, respectivamente (*cf.* Plácido Vilcachagua 2003).

## 5. ¿Y EL PLAZO PARA DEMANDAR?

Habiendo quedado en claro que el supuesto examinado refiere uno de anulabilidad, es menester recordar que entre las notables diferencias entre el tratamiento de la nulidad y la anulabilidad negocial está la diferencia del plazo de prescripción.

Ciertamente, por mandato de los incisos 1 y 2 del artículo 2001º del código civil, los plazos de prescripción son de 2 y 10 años, respectivamente.

Por consiguiente, el plazo para interponer la presente demanda, dado que se trata de un típico caso de anulabilidad negocial, era de 2 años. Y aunque no tenemos el dato certero, es altamente posible que la demanda haya sido presentada fuera de este plazo, motivo por el cual debió ser declarada improcedente.

Es más, nos parece que como el plazo ya se venció, es por eso que el demandante utiliza la figura de la nulidad negocial cuyo plazo prescriptorio es extremadamente mayor, pues era muy plausible que se le interpusiera una excepción de prescripción.

Entonces, si el demandante utilizó la figura de la nulidad ante un claro caso de anulabilidad, la demanda (ahora de nulidad) debió ser declarada infundada, puesto que la causal denunciada (como es el dolo, la intimidación o el error), no son subsumibles en los supuestos de nulidad. Ergo, al no haber causal de nulidad –o, mejor dicho- no haberse podido probar la causal, no correspondía sancionar al acto con nulidad.

En todo caso, la única opción viable o posible –aunque un poco forzada- era la de empezar a computar el plazo de 2 años para la anulabilidad, no desde la celebración del acto discutido (o sea desde el reconocimiento), sino desde que se tuvo real conocimiento de que se lo había timado (es decir, desde que tuvo la certeza de que el menor no era su hijo).

El sustento para ello, lo encontramos tanto en la legislación como en sede jurisprudencial. Por ejemplo, en la Casación 2744-2004-Apurímac (hablando de nulidad) se generó la duda referida a desde cuándo empieza a

[8] *Cf.* artículo 393º del código civil.

computarse el plazo prescriptorio para demandar la nulidad del acto jurídico. En ella se afirmó que el inicio del plazo prescriptorio no se determina exclusivamente por la fecha en que se produce este sino por el momento en que se puede ejercitar la acción. Así, nadie puede peticionar la nulidad de un acto jurídico cuya existencia desconoce o del cual en ninguna forma válida pudo conocerlo; por consiguiente, es a partir del conocimiento del acto jurídico -acto conocido-, que se inicia el decurso prescriptorio. De modo tal que sí el pretensor ha participado en el acto jurídico el plazo se computa desde la fecha de la celebración del acto, pero si no ha participado, este se computa a partir del momento en que toma conocimiento; salvo que hayan existido elementos que brindaron al pretensor la posibilidad de tomar antes conocimiento de la existencia del acto de haber actuado diligentemente -acto conocible-, dado que tampoco se puede privilegiar al pretensor negligente que, vinculado de algún modo a la relación jurídica que cuestiona, nunca echó mano de los medios que se le puso a su disposición para tomar conocimiento del acto; en cuyo caso a partir de la presencia de dichos elementos se contabiliza el plazo prescriptorio.

En igual línea se tiene a las sentencias en Casación 2868-2003-Cusco, 864-2006-La Libertad y 1386-01-Arequipa donde se dijo que el plazo de prescripción para ejercitar válidamente la acción de nulidad de acto jurídico se cuenta a partir de su celebración, sin embargo, el inicio del decurso prescriptorio tiene lugar desde que la pretensión puede ejercitarse mediante la acción, tal como prescribe el artículo 1993º del código civil, pues según el principio romanista *actio nata*, es menester que la pretensión haya nacido y esté en la posibilidad de ser ejercitada.

En síntesis, el decurso en realidad se computa desde que el interesado está en la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional para el inicio del proceso nulificante con la emisión de la respectiva sentencia, y no tanto desde, propiamente, la celebración del acto jurídico, a menos –claro está- que la parte demandante haya participado en la celebración del negocio.

Y en el presente caso, el demandante participó efectivamente de la realización del acto de reconocimiento, por lo que el plazo se computaría desde su celebración y sería, indefectiblemente, el de 2 años.

## 6. ¿QUIÉN ES EL JUEZ COMPETENTE?

Una duda adicional que surge es la consistente a definir qué juzgador es el competente, pues en la práctica se han desencadenado cuestionamientos referidos a si el juzgado competente para esta materia es o el juez civil o el juez de familia.

Para ello, nuestro punto de partida consiste en verificar qué se dice sobre las competencias en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## 6.1. COMPETENCIAS DEL JUEZ DE FAMILIA

En dicha ley, en el artículo 49º se define la competencia del magistrado civil y son:

a) Los asuntos en materia civil, que no sean de competencia de otros Juzgados Especializados.

b) Las Acciones de Amparo

c) Los asuntos que les corresponden a los Juzgados de Familia, de Trabajo y Agrario, en los lugares donde no existan estos.

d) Los asuntos civiles contra el Estado, en las sedes de los Distritos Judiciales.

e) En grado de apelación los asuntos de su competencia que resuelven los Juzgados de Paz Letrados.

f) Los demás asuntos que les corresponda conforme a ley.

Como podemos ver, de estas competencias definidas, la que nos interesa para el caso es la primera, donde claramente refiere que el juez civil es competente para conocer todos los temas civiles (por eso es juez civil) excepto los que sean de competencia de otros juzgados especializados.

Con ello, entonces, la definición de competencia es negativa, o sea, existe una presunción de competencia a favor del juzgador civil. En una palabra, todo tema civil corresponde ser conocido por el juez civil, a menos que se demuestre lo contrario, es decir, que haya un mandato expreso de que su conocimiento le corresponde a otro magistrado.

Ahora bien, como la duda surge respecto de las competencias con el juez de familia, es menester revisar lo que nos dice la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre los juzgados de familia.

Así tenemos al artículo 53º donde se afirma que las competencias de los juzgados de familia se dividen en tres rubros: civiles, penales y tutelares.

Sobre la competencia civil, que es la que más nos interesa, se asevera que son de su conocimiento:

a) Las pretensiones relativas a las disposiciones generales del Derecho de Familia y a la sociedad conyugal, contenidas en las Secciones Primera y Segunda del Libro III del Código Civil y en el Capítulo X del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños y adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil.

c) Las pretensiones referidas al derecho alimentario contenidas en el Capítulo I del Título I de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil y en el Capítulo IV del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños Adolescentes.

d) Los procesos no contenciosos de inventarios, administración judicial de bienes, declaración judicial de desaparición, ausencia o muerte presunta y la inscripción de partidas a que se refiere la Sección Sexta del Código Procesal Civil, si involucran a niños o adolescentes; así como la constitución de patrimonio familiar si el constituyente es un menor de edad.

e) Las acciones por intereses difusos regulados por Artículo 204 del Código de los Niños y Adolescentes.

f) Las autorizaciones de competencia judicial por viaje con niños y adolescentes.

g) Las medidas cautelares y de protección y las demás de naturaleza civil.

Por su parte, en materia tutelar son de su competencia:

a) La investigación tutelar en todos los casos que refiere el Código de los Niños y Adolescentes.

b) Las pretensiones referidas a la adopción de niños y adolescentes, contenidas en el Título II del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

c) Las pretensiones relativas a la prevención y protección frente a la Violencia Familiar.

d) Las pretensiones referidas a la protección de los derechos de los niños y adolescentes contenidas en el Código de los Niños y Adolescentes, con excepción de las que se indican en el Artículo 5.

e) Las pretensiones concernientes al estado y capacidad de la persona, contenidas en la Sección Primera del Libro I del Código Civil.

f) Las pretensiones referidas a las instituciones de amparo familiar, con excepción de las concernientes al derecho alimentario, contenidas en la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil y en los Capítulos V, VI y

VII del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

Por último, en materia penal o de infracciones, les competen a los jueces de familia:

a) Las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes como autores o como partícipes de un hecho punible tipificado como delito o falta.

## 6.2. PRETENSIONES REFERIDAS A LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La figura del reconocimiento y sus cuestionamientos vía impugnación o negación se ubican desde el artículo 386º hasta el 401º del código civil, y eso se ubica en el Titulo II de Filiación extramatrimonial de la Sección III - Sociedad Paterno-filial del Libro de Familia.

Y como acabamos de ver, son competencia del juzgador de familia las pretensiones concernientes a la sociedad paterno-filial, con excepción de la adopción de niños y adolescentes, contenidas en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil, y en los Capítulos I, II, III, VIII y IX del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes y de la filiación extramatrimonial prevista en el artículo 402 inciso 6) del Código Civil.

Ahora bien, leyendo detenidamente el mandato de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tenemos que el juez de familia es competente para las pretensiones que se desprenden del texto legal del código civil en el rubro de la sociedad paterno-filial. Y de la lectura de dicho articulado ubicado entre los artículos 386º y 401º, tenemos que las pretensiones que se desprenderían de allí son únicamente tres:

### 6.2.1. DECLARACIÓN DE PATERNIDAD

La declaración de paternidad es la primera pretensión posible y cuyo sustento es el artículo 387º.

En efecto, el reconocimiento no es una pretensión sino un acto jurídico pues se despliega de modo voluntario, (por eso es que es irrevocable) y por ello, el artículo 387º en enfático en señalar que son dos los modos de probar la filiación extramatrimonial: el reconocimiento y la sentencia que declara la paternidad o maternidad. Obviamente para que haya sentencia, se necesita de la incoación de un proceso.

### 6.2.2. DECLARACIÓN DE MATERNIDAD

Se trata exactamente de la misma pretensión anterior, pero donde el vínculo filial se pretende, no respecto del padre –que es lo más usual- sino respecto de la madre. Por tanto, su sustento legal es el mismo artículo 387º del código civil.

### 6.2.3. NEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO

Como ya se dijo, el reconocimiento es un acto jurídico destinado a filiar al hijo extramatrimonial. Es un mecanismo alterno de filiación a la sentencia, tal y como se indica en el artículo 387º del código civil. Es decir, el modo de filiar es doble en su origen volitivo: voluntario y no voluntario. Cuando no es voluntario se requiere de un proceso judicial donde se pruebe la filiación. Ese proceso es el de declaración de paternidad (o maternidad).

En cambio, el reconocimiento no es un proceso judicial, sino que es un simple acto jurídico en virtud del cual un sujeto que estima ser progenitor de otro acepta voluntariamente que lo es y procede a declararlo públicamente. Por tanto, aquí no hay pretensión alguna.

Ahora bien, en el artículo 399º del código civil se consagra la figura de negación o impugnación de reconocimiento, y a la letra dice:

> *El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395.*

De la lectura de este artículo se desprende claramente que el sujeto protegido o legitimado para accionar (hablando de los progenitores) es el padre que no participó en el acto de reconocimiento. Esto es así porque como el reconocimiento es un acto plenamente voluntario, en caso de no haber participado en él, se puede oponer a dicho reconocimiento impugnándolo, más exactamente, negándolo.

El ejemplo es simple, si el señor Antonio ha reconocido a un hijo, pero el señor Bernardo sabe perfectamente que él es el verdadero padre, puede incoar la negación del reconocimiento efectuado por Antonio. Por su parte, Antonio no puede negar el reconocimiento porque al haberlo hecho se tornó en irrevocable para él.

No está demás aclarar que si alguien no participó del reconocimiento y se enterase de esta falsa situación debe proceder a negarlo inmediatamente, pues el plazo que concede el artículo 400º del código civil es de apenas 90 días a partir del día en que se tuvo conocimiento del acto, aunque más exactamente es desde que se conoce que quien reconoció no es el progenitor

(Parra Benítez 2017, 471), pues en caso contrario, se deberá entender su inacción como aceptación del reconocimiento.

En el ejemplo dado, si el señor Bernardo no cuestiona el reconocimiento hecho por Antonio, se entiende que está conforme con ello.

Por el contrario, si alguien participó voluntariamente en dicho reconocimiento le es aplicable –dentro de las reglas jurídico-familiares- el artículo 395º que prescribe la irrevocabilidad del reconocimiento.

Para terminar con esta pretensión de negación, por mandato del artículo 399º se tiene que también están legitimados para incoarla el propio hijo (o sus descendientes en caso de haber muerto) y todo aquel que tenga legítimo interés, fuera de los supuestos progenitores o el hijo o sus descendientes.

Es de aclarar que cuando el pretensor fuese el hijo, y este fuere menor o incapaz, puede negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad, de conformidad con el artículo 401º del código civil.

### 5.2.4 IMPUGNACIÓN O NEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO VS. NULIDAD O ANULABILIDAD DEL RECONOCIMIENTO

De lo mostrado, la única posible confusión de la anulabilidad del reconocimiento con otra pretensión sería con la negación o impugnación de reconocimiento, pero, evidentemente, entre ellas hay notables diferencias como veremos a continuación.

La confusión entre ambas pretensiones, o sea, entre la impugnación y la nulidad/anulabilidad del reconocimiento podría deberse a que el desplazamiento de la paternidad extramatrimonial puede lograrse por dos mecanismos (Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda 2009, 333). Dicho de otro modo, como se ha señalado en la Casación 1831-2010-Lima Norte, el reconocimiento puede ser impugnado o cuestionado por dos vías: la invalidez y la negación o impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos, mientras que la segunda, solo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico (Plácido Vilcachagua 2003).

A continuación, basándonos sobre todo en el caso bajo estudio, mostramos las principales diferencias entre la pretensión de negación o impugnación y la de nulidad/anulabilidad de reconocimiento (*cf.* Bossert y Zannoni 2004, 460; Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda 2009, 333-334; Parra Benítez 2017, 471-474; Plácido Vilcachagua 2003):

- ✓ La pretensión de negación del reconocimiento se sustenta en el artículo 399º del código civil, en tanto que la nulidad/anulabilidad se sustenta, respectivamente, en los artículos 219 y 221º del código civil.
- ✓ La **finalidad u objeto** de la negación es hacer caer el reconocimiento con fundamento en que el reconociente no es el progenitor del hijo reconocido pues discute la realidad biológica del acto, por tanto, la causal consiste en la falsedad de conexión entre la verdad formal y la verdad real, que se puede manifestar en la no participación del acto de reconocimiento. Mientras tanto, en la invalidez como el reconocimiento es un acto jurídico familiar, se rige por las normas de los actos jurídicos en general, por lo que es susceptible de causales de nulidad o anulabilidad dependiendo del vicio que afecta la estructura del acto, siendo la finalidad la sanción con la nulidad o anulabilidad del acto jurídico de reconocimiento.
- ✓ En la negación el **legitimado activo** es el progenitor que no ha participado en el acto, el propio hijo reconocido y hasta un tercero que acredite interés legítimo, por tanto, la acción no puede ser intentada por el reconociente quien estaría en contradicción con los propios actos jurídicamente válidos y plenamente eficaces. Sin embargo, hay que aclarar que cuando se trata de un supuesto de error como vicio de la voluntad, no debe tratarse de un supuesto de invocación de su propia torpeza, por tanto, se necesitará demostrar que se incurrió en un error excusable que lo llevó a practicar el reconocimiento; por consiguiente, debe demostrar la irrealidad del vínculo de filiación y, además, las circunstancias que demuestran y justifican el error en que incurrió. En cambio, en la nulidad el primer legitimado es el reconociente, pero también se tiene al hijo, un tercero con interés legítimo y el Ministerio Público; es más, hasta el propio juzgador podría eventualmente declararla de oficio si fuere manifiesta.[9] Y en la anulabilidad el legitimado será aquel a quien el acto anulable afectó, por ejemplo, el incapaz relativo, el errado, el engañado, el violentado, el intimidado o el tercero perjudicado con el acto disimulado.[10]
- ✓ Para la **legitimación pasiva** en la negación será el padre reconociente si demanda el hijo, y será el padre reconociente y el hijo como litisconsorte si quien demanda es el otro progenitor o un tercero. En la nulidad, en cambio se demandaría a todo aquel que resulte afectado o beneficiado con el acto. Y en la anulabilidad, igualmente se demandará a quien se

[9] *Cf.* artículo 220º del código civil.
[10] *Cf.* artículo 221º y 222º del código civil.

beneficie con el acto, como, por ejemplo, quien propicio el engaño, quien violentó o intimidó.

- ✓ En la impugnación los **medios de prueba** esencialmente deben apuntar a demostrar la inexistencia del vínculo biológico entre el reconociente y el reconocido, se trata de una prueba con resultado negativo que pretende desplazar un estado de familia. En la nulidad y en la anulabilidad hay que acreditar la causal que vicia la estructura del acto jurídico de reconocimiento, se trata de una prueba positiva.
- ✓ Para todos, la negación **caduca** a los 90 días de conocido el hecho, salvo para el hijo reconocido para quien caduca al año del cese de su incapacidad, de ser el caso. En cambio, la nulidad prescribe a los 10 años y la anulabilidad a los 2 años.
- ✓ Resuelta definitivamente la causa, por la autoridad de la **cosa juzgada**, en el caso de la negación, se impide un nuevo reconocimiento porque el vínculo biológico no existe. En la nulidad o anulabilidad, al afectar la cosa juzgada únicamente al acto de reconocimiento ya efectuado, no se impide un nuevo reconocimiento válido por el mismo sujeto.

En el presente cuadro resumimos la comparación hecha, pero ciñéndonos a la causal de anulabilidad que es la que realmente acontece en el caso.

**CUADRO 1: COMPARACIÓN ENTRE NEGACIÓN Y ANULABILIDAD DE RECONOCIMIENTO**

| RUBRO DIFERENCIADOR | NEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO | ANULABILIDAD DE RECONOCIMIENTO |
|---|---|---|
| Sustento legal | 399º CC | 221º CC |
| Causal | No participación (padre o madre) o falsedad del reconocimiento (padre, madre, hijo o tercero) | Error, dolo, violencia o intimidación en el reconocimiento (vicio de la voluntad del padre o la madre) |
| Finalidad | Discutir el nexo biológico entre reconociente y reconocido | Discutir la eficacia estructural del acto jurídico de reconocimiento, el vicio que impide la eficacia del acto |

| | | |
|---|---|---|
| Legitimación activa | Padre o madre no interviniente en el reconocimiento, propio hijo (o sus descendientes) o quien tenga legítimo interés | Padre o madre que incurrió en error, fue engañado, violentado o intimidado |
| Legitimación pasiva | Padre reconociente y el hijo como litisconsorte | El beneficiado con el error, quien recurrió al dolo, a la violencia o a la intimidación |
| Materia de prueba | Negativo: acreditar que no se es el progenitor | Positivo: acreditar la presencia de una causal de anulabilidad |
| Plazo | 90 días (caducidad) 400º CC o 1 año (caducidad) para quien cesa en su incapacidad 401º | 2 años (prescripción) 2001º inc. 4 CC |
| Efectos de la cosa juzgada | Impide un nuevo reconocimiento con el mismo sujeto porque el vínculo biológico es inexistente | No impide un nuevo reconocimiento pero por acto jurídico válido por el mismo sujeto |
| Competencia | Juez de Familia (53º inc. b) LOPJ) | Juez civil (49º inc. a) LOPJ) |

Con todo lo mostrado, entonces, se tiene que el competente para una pretensión de nulidad o anulabilidad de reconocimiento sería el juez civil, porque, como adelantamos, la competencia del juzgador civil es negativa, es decir, aquellas materias civiles no asignadas legalmente a otro juez, son de su competencia.

Y como acabamos de ver, respecto de las relaciones de filiación al juez de familia solo le competen las pretensiones de declaración de paternidad y maternidad y la negación del reconocimiento, por lo que, obviamente, la nulidad o anulabilidad del reconocimiento no es un tema de competencia del juez de familia, porque no se le está asignado por ley.

En otras palabras, como el reconocimiento es un acto jurídico, puede ser atacado por nulidad o anulabilidad a base de la teoría general del acto jurídico a falta de una especial para el asunto (Parra Benítez 2017, 472), a diferencia de lo que sucede, verbi gracia, con la nulidad y anulabilidad matrimonial que sí cuentan con un tratamiento especializado.

En síntesis, las pretensiones son distintas y por tanto de competencias distintas, pero también con ello se tiene que el reconocimiento será irrevocable cuando no ha acontecido vicio de la voluntad alguno, pues, entre tanto, toda voluntad, por muy irrevocable que sea, requiere de un proceso formativo regular y coherente para ser plena.

## 7. COLOFÓN: ¿Y EL APELLIDO DEL MENOR MIENTRAS TANTO?

En alguna oportunidad se presentó el siguiente dilema: si es que amparo una demanda como esta, claro está que el supuesto padre ya no lo será, porque se ha acreditado verdaderamente que no hay nexo biológico, pero con ello si bien se tiene certeza de que el demandante no es el padre, ahora se está en la incertidumbre de saber quién es el verdadero padre, por tanto, ello podría afectar a los derechos del menor, sobre todo en el derecho a su identidad, pues su nombre de vería seriamente alterado.

Si se ven bien las cosas, es curioso que el mismo fundamento sirva para, a la vez, aceptar y rechazar la demanda. En efecto, se ampara la demanda porque se estaría afectando la identidad del menor pues quien figura como su padre realmente no lo es; pero en contra, si se le despoja de ese "padre" se le privaría de su derecho a la identidad ya construida, sobre todo por el derecho al nombre.

Con todo ello, una salida armónica que alguna vez hemos utilizado es la siguiente: se declara que el demandante no es el padre, pero en tanto no se tenga certeza de quien es el verdadero padre, el menor podrá seguir manteniendo el mismo nombre y apellido, ello únicamente por no afectar su derecho al nombre, sin que tal situación signifique vínculo filial alguno con el demandante que ya salió airoso en el proceso impugnatorio.

## LISTA DE REFERENCIAS


Bossert, Gustavo A., y Eduardo A. Zannoni. *Manual de Derecho de Familia.* 6ª edición actualizada. Buenos Aires: Astrea, 2004.

Fleitas Ortiz de Rozas, Abel, y Eduardo G. Roveda. *Manual de Derecho de Familia.* Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

Neppi, Víctor. *Principios de derecho civil - Parte general.* Traducido por José Mariños. Buenos Aires, 1947.

Parra Benítez, Jorge. *Derecho de Familia.* Segunda edición, corregida y puesta al día. Bogotá: Temis, 2017.

Pasquau Liaño, Miguel. *Nulidad y anulabilidad del contrato.* Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1997.

Plácido Vilcachagua, Álex. «Impugnación del reconocimiento.» En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas - Derecho de familia - Primera parte*, de Wálter Gutiérrez Camacho (Coordinador). Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

Ramírez Gronda, Juan D. *Diccionario jurídico.* Buenos Aires: Editorial Claridad, 1943.

Von Tuhr, Andreas. *Derecho Civil - Teoría General del derecho civil alemán - Los hechos jurídicos. Traducido por Tito Rava.* Vol. I . II vols. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947.

-o-

## ANEXO

*La concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.*

*Una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, exige concordancia con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes de acuerdo a la concepción previamente expuesta.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación 864-2014-Ica

Lima, uno de septiembre de dos mil catorce. –

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**, vista la causa número ochocientos sesenta y cuatro – dos mil -catorce; con lo expuesto en el Dictamen de la Señora Fiscal Suprema en lo Civil; y producida la votación correspondiente, emite la presente sentencia:

**MATERIA DEL RECURSO.-** Se trata del recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta, contra la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco

de la Corte Superior de Justicia de lca, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara – infundada; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-** Esta Sala Suprema, mediante resolución de fojas veinticinco a veintiséis del presente cuadernillo, de fecha veintiocho de abril de dos mil catorce, ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de infracción normativa de derecho material. El recurrente ha denunciado la infracción normativa material del artículo 395 del Código Civil, sosteniendo que la Sala Superior no ha evaluado debidamente dicho numeral, conforme lo ha precisado la propia Corte Suprema en la Casación número 2092- 2003, en cuanto establece que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo 395 del Código Civil, ello no impide que pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, su nulidad o anulabilidad.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, previamente a la absolución del recurso de casación sub examine, es necesario hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, se advierte que de fojas doce a veintidós, Ytalo David Verástegui Valenzuela interpone demanda de nulidad de acto jurídico contra Yanet López Estela, solicitando que se declare la nulidad de la Partida de Nacimiento del menor de iniciales O.D.V.L. ante la Municipalidad Provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, al obligarle a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula. Como fundamentos de su demanda sostiene que hace aproximadamente cinco (05) años conoció a la demandada Olga Yanet López Estela, con quien mantuvo relaciones esporádicas fuera de su matrimonio, hecho que desembocó en una vinculación irregular con la emplazada. Que, pasados los años, después de esta relación fuera de su matrimonio, la demandada sorpresivamente y con demostrada y probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, le hizo creer que era el padre de su menor hijo; para tal efecto, inventó un sinnúmero de razones para comprometerlo, como si fuera el verdadero padre biológico de su hijo. Que, durante el proceso de embarazo y después del nacimiento de su hijo, le exigió con prepotencia y amenaza su derecho de madre y del bebe, exigiéndole todos los requerimientos y facilidades como si fuera el verdadero padre biológico. Que, una de las formas de la demandada para exigirle los pagos y las necesidades de su menor hijo fue demandarlo por alimentos y violencia familiar. Que, desde el primer momento del nacimiento de su hijo, siempre le solicitó a la demandada el examen de ADN (ácido desoxirribonucleico), por cuanto tenía serias dudas sobre la paternidad del menor, fue así como en los últimos meses del año dos mil once, tomó la decisión de visitar un laboratorio reconocido y de experiencia para despejar esta duda, que al tomar las muestras del menor han determinado al cien por ciento (100%) que no es el padre biológico del menor.

**SEGUNDO.-** Que, tramitada la demanda según su naturaleza, el juez de la causa, mediante sentencia de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, declara fundada la demanda. Como fundamentos de su decisión sostiene que, conforme se tiene de la demanda de autos, se advierte que el actor pretende que mediante

sentencia se declare nula la Partida de Nacimiento del menor con iniciales O.D.V.L., ante la Municipalidad provincial de Pisco, por encontrarse viciado el acto de reconocimiento, debido al dolo proveniente del engaño de la madre del menor, obligándole a celebrar el reconocimiento de paternidad indebida y nula.

Que, conforme se tiene de lo actuado durante la tramitación del proceso, se tiene la prueba biológica del ADN (ácido desoxirribonucleico) la cual se ha practicado al demandante, la demandada y al menor O.D.V.L., del cual se impugna la paternidad reconocida, siendo que del Informe Pericial de fojas ochenta y seis, se concluye que el análisis demuestra con certeza científica que el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela no es el padre biológico del menor O.D.V.L.; Que, de lo determinado precedentemente se advierte que a través de la prueba científica del ADN (ácido desoxirribonucleico) se ha acreditado irrefutablemente que no existe vínculo parental entre el demandante y el menor O.D.V.L., por lo que advirtiéndose que se encuentra válidamente acreditado que no existe vínculo parental que una al actor con el menor O.D.V.L., consecuentemente, la demanda de autos debe ser amparada, ello en atención al interés superior del niño, así como en resguardo a su derecho a la identidad. Que, conforme lo prevé el inciso 2) del artículo 408 del Código Procesal Civil, la consulta solo procede contra la decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, que es el caso de autos, conforme se verifica del proceso y así se ha precisado en la presente resolución, por lo que en cumplimiento de dicha norma, de no interponerse contra la presente recurso de apelación, debe elevarse al superior en grado de consulta, de oficio.

**TERCERO.-** Que, apelada la mencionada sentencia, la Sala Revisora, mediante sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, la revoca y, reformándola, declara infundada la demanda. Como sustento de su decisión manifiesta que en el caso de autos el artículo 395 del Código Civil establece que: “El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable. Dicho numeral contiene una prohibición taxativa y terminante, pues constituye una norma de carácter imperativo, que no admite pacto en contrario; en tal sentido, teniendo en cuenta que mediante acta de nacimiento de fojas cuatro, se aprecia el reconocimiento del menor de iniciales O.D.V.L. lo ha practicado el propio demandante, como también lo expone en su escrito de demanda de fojas doce y siguientes, lo que no ha sido considerado por el juez de primera instancia.

Que, por otro lado, respecto a la supuesta actitud de la emplazada quien como alega el demandante: “sorpresivamente y con demostrada y probada mala fe, con engaño, maltrato y amenazas, me hizo creer que era el padre de su menor hijo”, cabe señalar que de los actuados, no se prueba de manera fehaciente el dolo alegado, pues la resolución del proceso de violencia familiar de fojas nueve, no evidencia ningún dolo o engaño reconocido por la demandada, ni mucho menos prueba que haya actuado de mala fe. Asimismo, con relación al maltrato y amenazas, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 216 del Código Civil, respecto a la calificación de la violencia, pues en el presente caso, atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimidación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia carece de motivación al respecto.

Que, si bien la prueba del ADN (ácido desoxirribonucleico) ha concluido que el demandante no es el padre biológico del menor, debe tenerse en cuenta que este hecho no es suficiente para solicitar la anulación del acto de reconocimiento, por no existir vínculo

consanguíneo, debiendo además concurrir el supuesto de una voluntad viciada, hecho que no se prueba en el presente caso, pues la voluntad del sujeto constituye la esencia misma del acto jurídico, pues la falta de ella hace que el acto no llegue a ser tal; la voluntad sola no es suficiente, pues su manifestación necesita que entre ambas exista una imprescindible correlación, toda vez que la manifestación debe dar contenido a la verdadera y real voluntad interna del sujeto; y, que entre lo que el sujeto manifiesta y lo que quiere exista también una necesaria e imprescindible correlación.

Que, en tal sentido, no se determina en base a los actuados la presencia de dolo y violencia que alega el demandante haber sufrido, ni mucho menos que se haya incurrido en error, sino más bien ha quedado claro, dado los años transcurridos, que el demandante, tuvo una voluntad generadora del acto jurídico (…); es decir, tuvo en el momento del reconocimiento una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma y extingue derechos y que es el resultado de la conjugación de los elementos que dan lugar a la formación de la voluntad interna, como son el discernimiento, la intención y la libertad y de su elemento externo, que viene a ser la manifestación en cualquiera de sus modalidades. Sin poder acreditar el rompimiento de los elementos antes citados, ni la presencia de factores perturbadores que pudieron haber hecho surgir una voluntad viciada. Se debe agregar que lo alegado por el demandante no se encuentra inmerso en ninguna causal de nulidad (artículo 219 del Código Civil) ni en causales de anulabilidad (artículo 221 del Código Civil).

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

Que, en tal sentido, la ratio de la prohibición de la revocabilidad obedece a que dado que mediante el acto de reconocimiento se materializa el derecho de identidad (consagrado en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú y que, según el Tribunal Constitucional, "comprende (….) al derecho a un nombre – conocer a sus padres y conservar sus apellidos") de la persona reconocida, no se quiere que dicho derecho fundamental y otros derechos familiares de igual trascendencia que el acto de reconocimiento acarrea, quede al arbitrio del sujeto que realiza el reconocimiento, mucho menos amparar la demanda, cuando se evidencia que el reconocimiento vino de la existencia de un acto jurídico válido.

**CUARTO.-** Que, en atención a lo alegado en el recurso de casación sub examine cabe manifestar lo siguiente: El artículo 395 del Código Civil, que califica el reconocimiento de paternidad (o maternidad) como un acto irrevocable, así como exento de modalidades, debe interpretarse de manera sistemática con la integridad de nuestro ordenamiento normativo jurídico. En tal sentido, es particularmente destacable el contenido del derecho a la identidad, consagrado en la norma del artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como en la del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Al respecto Carlos Fernández Sessarego sostiene que el derecho a la identidad comprende el derecho al nombre; señala que el derecho a la identidad "supone el reconocer a cada persona, en

cuanto ser único y no intercambiable, su propia identidad psicosomática. A partir de este reconocimiento la persona tiene la facultad y el deber de asumir la paternidad de sus propias acciones de conducta, así como impedirse le atribuyan comportamientos ajenos. El que la persona sea idéntica a sí misma implica reconocer la vertiente personal del ser humano que se complementa con aquélla de carácter social. El hecho de que todos los hombres sean iguales no significa que la persona pierda su propia identidad, diluyéndose en la pura individualidad o disgregándose en la colectividad. El ser humano es estructural y simultáneamente, personal y comunitario" (Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Tercera edición. Librería Studium, Lima, 1988, página 77).

**QUINTO.-** Que, la concepción del derecho a la identidad previamente glosada debe concordarse con la regulación dispensada por la norma del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer a sus padres y llevar sus apellidos, debiendo entenderse esta referencia a los verdaderos padres.

**SEXTO.-** Que, en tal orden de ideas, una correcta interpretación de la norma contenida en el artículo 395 del Código Civil, implica concordarla con el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, así como del artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, de acuerdo a la concepción previamente propuesta.

**SÉTIMO.-** Que por consiguiente, se advierte que el Ad quem ha incurrido en la denuncia postulada en el recurso de casación materia de absolución; es decir, ha infringido el artículo 395 del Código Civil, en el entendido que no efectuó interpretación sistemática, acarreando ello la nulidad de la sentencia de vista recurrida, lo cual comportaría que esta Sala de Casación emita un fallo en sede de instancia, tal como está previsto en el artículo 396 primer párrafo del Código Procesal Civil; no obstante, es necesario que el Ad quem haga una nueva evaluación de los hechos y pruebas del proceso a la luz de la correcta interpretación antes consignada, siendo por ello justificable el reenvío excepcional, en tanto esta Sala Suprema no puede realizar tal revaloración por no corresponder a los fines de la casación determinados en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

**OCTAVO.-** Que, finalmente, cabe agregar que en la nueva sentencia a emitirse el Ad quem deberá evaluar si es factible la revocatoria de una resolución elevada en consulta, estando a la naturaleza jurídica de la consulta.

Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo establecido por el artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Ytalo David Verástegui Valenzuela, de fojas ciento veintiocho a ciento treinta; por consiguiente, **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento veintiuno a ciento veintiséis, de fecha veinte de diciembre de dos mil trece, expedida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Pisco de la Corte Superior de Justicia de lca, que revoca la sentencia apelada de fojas ciento uno a ciento seis, de fecha once de octubre de dos mil trece, que declara fundada la demanda; y reformándola, la declara infundada; **ORDENARON** a la Sala de su procedencia que emita nueva resolución con arreglo a ley y a las consideraciones precedentes; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre

Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial; y los devolvieron. Ponente Señor **Miranda Molina**, Juez Supremo.-

**S.S.**

VALCÁRCEL SALDAÑA
CABELLO MATAMALA
**MIRANDA** **MOLINA**
CUNYA CELI

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS ES COMO SIGUE:**

**PRIMERO.-** Que, a efectos de resolver la presente causa, debe tenerse presente el marco fáctico establecido en los autos de mérito. Así se tiene:

1. El demandante cuestiona haber reconocido al menor de iniciales O.D.V.L. e indica que fue inducido a engaño por la demandada para practicar dicho reconocimiento.
2. Ha quedado acreditado con la prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no es padre biológico del menor.
3. La sentencia de primera instancia declaró fundada la demanda.
4. La sentencia impugnada revoca la misma señalando que existen dos requisitos copulativos para solicitar la anulación del acto de reconocimiento: i) que el sujeto que reconoce demuestre mediante prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) que no tiene vínculo consanguíneo; y,
5. ii) que el sujeto haya reconocido con la creencia de que realmente es su hijo, resultando indispensable que la voluntad del sujeto haya estado viciada. Que atendiendo a la edad, condición y sexo del demandante, es improbable que haya mediado intimación al extremo que obligue al demandante a firmar el reconocimiento del menor, por lo que la sentencia de primera instancia carece que motivación al respecto.

**SEGUNDO.-** Que, el recurso de casación se ha interpuesto por supuesta vulneración al artículo 395 del Código Civil; expresamente se ha indicado que dicho dispositivo no impide que se puedan ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad del reconocimiento de paternidad.

**TERCERO.-** Que, quien aborde el tema de la identidad reparará de inmediato en la tremenda dificultad de responder por qué se es el que se es[1] . En una serie de libros, pero fundamentalmente en "Tiempo y Narración[2]" (I, II y III) Ricoeur ha construido la idea de identidad personal sobre la base de la identidad narrativa. Para Ricoeur "únicamente la identidad narrativa puede hacer de verdad compatible el cambio con la coherencia de una vida". El filósofo francés ha establecido la unidad entre tiempo y narración, asunto que no le parece contingente, sino absolutamente esencial, en tanto "el tiempo se hace tiempo humano en la medida en que se articula en un modo narrativo y la narración alcanza su plena significación cuando se convierte en una condición de la existencia temporal". En esa perspectiva, el hombre es un sí mismo por la singularidad de sus historias, por la trama de las mismas, por la conexión entre cada una de las

narraciones y por el tiempo en qué suceden sus quehaceres, porque lo que interesa no es el tiempo de los relojes sino el tiempo histórico de su propia existencia[3].

**CUARTO.-** Hay, por consiguiente, una identidad que se va labrando en el diario acontecer, en la cotidianidad. Ella es un asunto de la propia libertad y se labra en el proyecto que el propio ser humano lanza para su existencia. Por ello uno es idéntico a sí mismo -más allá de los golpes del destino, de los cambios físicos, de las transformaciones espirituales- porque ha vivido su propio tiempo narrativo y porque ha sido -apelando a una expresión de Ortega- "novelista de sí mismo[4]". "Yo soy el que soy", le dice Dios a Moisés y su propia eternidad lo explica. Uno es el que es porque es nuestra historia vital la que nos enlaza en el tiempo.

**QUINTO.-** Que, en esa perspectiva, si bien la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno filial. Sin embargo, no es el único registro que permita entender ésta, lo que no implica que no deba reconocerse dicho acercamiento[5].

**SEXTO.-** Que, en efecto, a pesar de su importancia[6] , el dato biológico otorga una identidad que, en primera instancia, podemos llamar estática, pero que luego se irá realizando en el acontecer diario de una manera dinámica y proyectiva. De allí que se haya señalado que el derecho a la identidad constituye: "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad' presentándose bajo dos aspectos "uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarías) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explaya en el mundo de la intersubjetividad [7]".

**SÉTIMO.-** Que, siendo ello así cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental, pues considerar que el dato biológico es incuestionable implica otorgar una "santidad" a un hecho que puede ceder ante otras realidades. Eso significa un reduccionismo -tan absurdo como el de las presunciones incuestionables- que no puede tolerarse, el mismo que, por ejemplo, en un libro ya clásico, le hizo decir a Edward O. Wilson que los comportamientos genéticos también explicaban la conducta humana y que la ética debía trasladarse de la filosofía al campo de la biología.

**OCTAVO.-** Que, en buena cuenta, cuando se impugna la paternidad de una persona ella no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida[8]. En ese contexto, no puede ignorarse la propia voluntad lanzada al exterior[9], tanto más si la identidad es un derecho, pero es también un deber, por lo que los ciudadanos tienen que cumplir las obligaciones a las que libremente se han sometido, más aun si ello ha provocado la existencia de documentación a favor de alguien y una historia compartida que no puede eliminar de manera unilateral.

**NOVENO.-** Que, es verdad que en algunos casos, a pesar del fenecimiento del plazo de impugnación, la verdad biológica debe imponerse a la verdad legal, pero para que ello proceda deben existir situaciones especiales límites que el juez debe analizar de forma rigurosa a fin de fundamentar las razones que permitan desoír el mandato legal por asuntos de infracción al orden constitucional. Ello no ocurre aquí, pues, como se ha

señalado, la demanda ha sido planteada sin ser respaldada por medio probatorio alguno. No es, por consiguiente, el mero capricho el que posibilita amparar este tipo de peticiones. Tal vía sería una invitación para que cualquier persona, en cualquier momento y sin mediar causa alguna que justifique su pedido, impugne la paternidad que ha mantenido a lo largo de los años. Ese hecho sí constituiría una infracción a la identidad porque siendo esta proyectiva, es decir, realizándose de manera continua, en el uso de la libertad y de las querencias propias que una relación familiar genera, podría ser cuestionada por la simple voluntad de una persona que aceptó la paternidad de un menor y que luego la rechaza para incumplir con las obligaciones que tiene con éste.

**DÉCIMO.-** Que, por ello, ante la ausencia de prueba, lo que tiene que admitirse es que tal voluntad era plena y que el demandante de manera libre aceptó la paternidad del menor con las consecuencias que ello acarrea. Para casos como éstos resultan de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al menor y su familia (que han labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer al padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten dicha impugnación por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas.

**DÉCIMO PRIMERO.-** En esa perspectiva, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, ha sido diseñado para la defensa de los intereses del menor. Así, la norma es clara al indicar que: "el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad. De otro lado, el mismo Código al que se ha hecho referencia menciona que en todos los casos en los que interviene un menor debe favorecerse a su interés superior. Aquí debe advertirse que, como se ha indicado, la identidad estática y dinámica aludidas en el considerando anterior no han sido cuestionadas por el menor; no se trata, por tanto, de solucionarle un problema a él, sino más bien de crearle uno, de generarle zozobra en su vida diaria, de perturbarlo anímicamente sobre quién es y de dónde proviene; en buena cuenta, lo que encierra el pedido del demandante es negarle el derecho que tiene consigo el menor. Ello, de ninguna forma, supone preservar el interés superior del menor; por el contrario, lo menoscaba y perjudica.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Que, tal perjuicio no puede ser tolerado, más aun si la Convención sobre los Derechos de los Niños en su artículo 8 establece que: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad'.

**DÉCIMO TERCERO.-** Que, de otro lado, las normas legales expresamente prescriben: (i) que el reconocimiento es irrevocable (artículo 395 del Código Civil); y(ii) que el plazo de impugnación es de noventa días a partir de que se tuvo conocimiento del acto (artículo 400 del Código Civil). No hay ninguna ante la inexistencia de pruebas sobre el supuesto vicio de voluntad alegado.

**DÉCIMO CUARTO. –** Que, el Tribunal Constitucional, en el expediente número 4444-2005-PHC/TC ha señalado que el "(…) Derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una

nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica(…)". Luego, en la sentencia dictada en el expediente número 2273-2005-PHC/TC, ha indicado que: "(…) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1 del artículo 2 de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etcétera) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etcétera) (…)". Precepto que se encuentra recogido por el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño y por el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, reconociendo como uno de los Derechos Civiles de los niños, el derecho a su identidad; pues expresamente señala: "El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos (…)

**DÉCIMO QUINTO.-** Que, por consiguiente, no existe infracción alguna al artículo 395 del Código Civil, por lo que el recurso de casación debe ser declarada infundada.

Por estos fundamentos, de conformidad con la Fiscal Suprema Titular en lo Civil, cuyo dictamen obra en la página veintiocho del cuadernillo de casación y en atención al artículo 397 del Código Procesal Civil, **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante Ytalo David Verástegui Valenzuela (página ciento veintiocho), contra la sentencia de vista de fecha veinte de diciembre de dos mil trece (página ciento veintiuno); en consecuencia**NO SE CASE** la resolución de vista; **SE DISPONGA** la publicación de la resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Ytalo David Verástegui Valenzuela contra Olga Yanet López Estela, sobre Impugnación de Reconocimiento de Paternidad Extramatrimonial; y se devuelva.-

**S.**
**CALDERÓN PUERTAS**

[1] "Durante todo un año –se dijo– Teseo ha estado navegando por los mares del mundo. Al concluir este período se percata de que su nave se ha ido deteriorando, razón por la cual la saca a un dique y empieza a repararla. Pero la reparación, que le lleva un año entero, es más seria de lo que en principio pensó, de manera que al final todas las piezas del barco han sido sustituidas por otras exactamente iguales a las originales. Concluida la tarea, Teseo vuelve a lanzarse al mar. No es, sin embargo, el único que lo hace. Pues mientras Teseo iba reparando su buque e iba desechando las piezas antiguas, un rival suyo iba cogiéndolas, restaurándolas una a una y ensamblándolas en un barco exactamente igual al de Teseo, con el que también se hace a la mar por las mismas fechas". El ejemplo es de Hobbes. Aquí se trae la recensión que de él hace Mariano Rodríguez González en "El problema de la identidad personal". Biblioteca Nueva, Madrid 2003, p. 39.

[2] Ricoeur, Paul. Tiempo y Narración (I, II y III). México, Siglo XXI, 1984, 1985.

[3] Una reseña sobre el trabajo de Paul Ricoeur en "El problema de la identidad personal". Mariano Rodríguez Gonzales. En esta obra además, pero citando a D. Denett (La conciencia explicada. Una teoría interdisciplinar) el autor (p. 163) recuerda la importancia del Yo como centro de gravedad narrativa, recurriendo para ello a la literatura. "Piensen en Ishmael, de Moby-Dick. "Llámenme Ishmael", así es como empieza la novela, y nosotros obedecemos. No llamamos Ishmael al texto, ni llamamos Ishmael a Melville. ¿A quién o a qué llamamos Ishmael? Llamamos Ishmael a Ishmael".

[4] Ortega y Gasset, José. Historia como sistema. Revista de Occidente. Tercera edición, 1958, p. 39.

[5] Ángela Aparisi Miralles ha señalado que si el valor de la vida humana está en su genoma, solo puede seguir que su valor dependerá de la calidad del mismo, lo que importa propiciar un "control de calidad genética" y la subsiguiente eugenesia. En: Genoma Humano, Dignidad y Derecho. En: www.unav.es/derecho/biblioteca_virtual.

[6] Sin rechazar el componente biológico, Atahualpa Fernández se ha preguntado sobre el origen del universo jurídico. Con claridad ha dicho: "Muchos siglos de debate sobre el origen del Derecho (y de la ética) podrían reducirse a la siguiente alternativa: o bien los preceptos éticos y jurídicos, tales como la justicia y los derechos humanos, aparecen gracias a la naturaleza humana -con el resultado de que existen unas reglas innatas sobre los comportamientos y unos universales morales determinados por nuestra naturaleza- o bien esos preceptos éticos y jurídicos son invenciones humanas socialmente construidas -en el sentido de que nada existe y en el mundo del Derecho y de la ética al margen del acuerdo o del desacuerdo humano". Fernández señala que la explicación neodarwinista convencional sostiene que el Derecho supone una ventaja adaptativa. Él considera que la pregunta que debe hacerse no es ¿por qué 'creamos el Derecho? sino ¿qué constituye la ventaja selectiva o adaptativa del Derecho? En su trabajo -sin descuidar los componentes culturales- trata de dar una respuesta a su inquietud expresando que "el Derecho aparece y se justifica por la necesidad de competir con éxito en una vida social compleja", añadiendo que ella fue la que provocó "presiones selectivas a favor de órganos de procesamiento cognitivo capaces de manejar el universo de normas y valores". En suma, el Derecho no es un constructo intelectual, sino que aparece como parte de nuestra naturaleza "a partir de un largo y tortuoso proceso coevolutivo". Con todo, a pesar de ser la naturaleza humana la que impone las "reglas de juego", no impone el resultado final, pues ella también se nutre de la historia humana. Fernández, Atahualpa. Derecho y naturaleza humana. En: www.filosofiayderecho.com/rtfd/numero8. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 8, 2004/2005, ISSN 1575-7382).

[7] Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Editorial Astrea, Buenos Aires 1992, pp. 113 y 114. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional número 2273-2005-PHC7TC señala: Fundamento 22: "La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más relevantes que los primeros. Incluso alguno de los referentes ordinariamente objetivos no solo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o

simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos".

[8] Wilson, Edward O. Sociobiología: una nueva síntesis. Omega, 1980.

[9] Que la Sala Superior ha evaluado adecuadamente cuando sostiene en el numeral 5.4 de la sentencia que "no se determina en los actuados la presencia de dolo y violencia" que permitan suponer la existencia de una voluntad viciada.