

Universidad Católica de Santa María

Escuela De Postgrado

Maestría en Derecho de Familia



IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN SOBRE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017

Tesis presentada por la Bachiller:
Moscoso Ticona, Marié Ada

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho de Familia

Asesor:
**Mgter. Montenegro Beltrán, Nelly
Jessica**

Arequipa – Perú

2018

INFORME SOBRE PROYECTO DE TESIS

DE: ROCIO AQUIZE CÁCERES

DOCENTE DE MAESTRÍA A DISTANCIA


**A: DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA
MARÍA**

FECHA: 06 de marzo del 2018.

Señor Director de la Escuela de Postgrado, tengo el honor de dirigirme a Ud. a efecto de informar lo siguiente:

Revisado el proyecto de tesis de la bachiller ADA MARIÉ MOSCOSO TICONA, titulado "IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DE LA CONCEPCION SOBRE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE CERRO COLORADO Y CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017", encontramos que ha subsanado todas las observaciones realizadas, por lo que queda APROBADO y puede pasar a desarrollar la tesis.

Atentamente,



ROCIO AQUIZE CÁCERES

D.N.I. 29593836

DICTAMEN DE PROYECTO DE TESIS

Al: Dr. Hugo Tejada Pradel
Director de la escuela de Post Grado UCSM

De: Mag. Nelly Jessica Montenegro Beltrán

Asunto: Dictamen de Borrador de tesis "*Implicancias Jurídicas de la concepción de la identidad dinámica, en los procesos de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, 2014-2017- Arequipa*"

Presentado: Marie Ada Moscoso Ticona

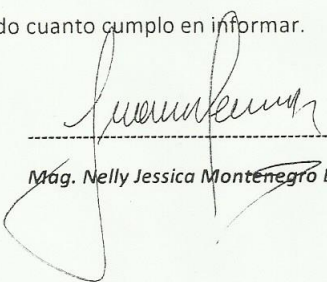
Expediente: 20180000016010

Fecha: 12 de septiembre 2018

Señor Director:

Es grato dirigirme para informarle que se ha procedido a efectuar la revisión del Borrador de Tesis de la investigación "*Implicancias Jurídicas de la concepción de la identidad dinámica, en los procesos de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, 2014-2017- Arequipa* ", habiendo la bachiller absuelto las observaciones por lo que corresponde **APROBAR EL BORRADOR**, estando en posibilidad de sustentar la tesis en el momento que sea solicitado.

Es todo cuanto cumpla en informar.



Mag. Nelly Jessica Montenegro Beltrán



DICTÁMEN

(Borrador de Tesis)

Al : **Doctor Hugo Tejada Pradell**
Director de la Escuela de Postgrado

Del : Dr. Eliseo Chávez Chávez

Asunto : Dictamen del borrador de Tesis: "IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN
SOBRE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
EN LOS JUZGAOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-12017"

Presentado : Por la Bachiller **Marié Ada Moscoso Ticona**, para optar el Grado
Académico de Maestro en DERECHO DE FAMILIA

Expediente : Nº 2018000016010

Fecha : 20 de Abril del 2018

.....


Es grato dirigirme a su persona, para saludarlo y en referencia al Borrador de tesis presentado por la Bachiller **Marié Ada, Moscoso Ticona**, el mismo que ha sido revisado y se le hace algunas observaciones, siendo las más importantes las siguientes.

- Tener cuidado en ajustar el proyecto a la estructura del Borrador de Tesis establecido por la Escuela de Postgrado.
- La compaginación en números reales debería anotarse desde el inicio del capítulo primero, teniendo en cuenta la sucesión desde la portada.
- Las tablas con sus gráficas presentadas y análisis correspondientes deberían anotarse en forma separada como se indica en el borrador de tesis.
- Se sugiere que antes de las conclusiones se presente una hoja de Discusión de Resultados.

Dada la naturaleza de las observaciones, Una vez subsanadas, puede pasar a la fase de la presentación de la tesis para su sustentación, no necesitando de un nuevo dictamen, salvo mejor parecer.

Es todo cuanto informo a Usted.

Atentamente.


Dr. Eliseo Chávez Chávez

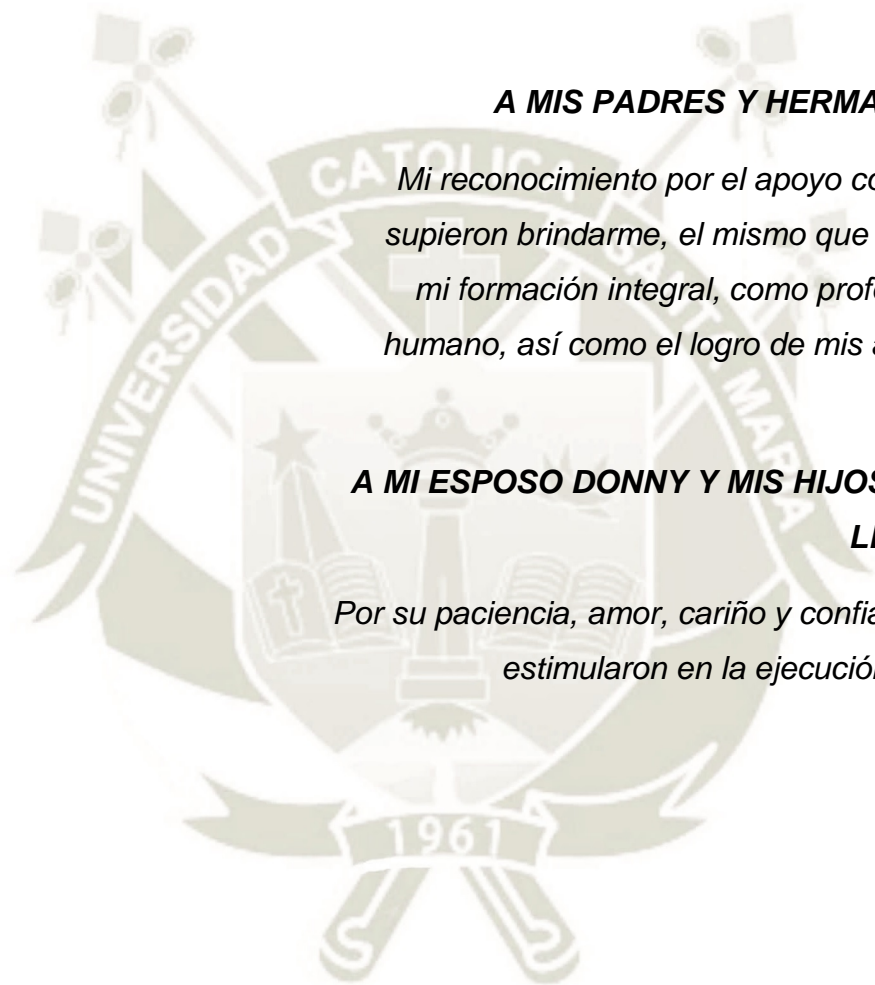


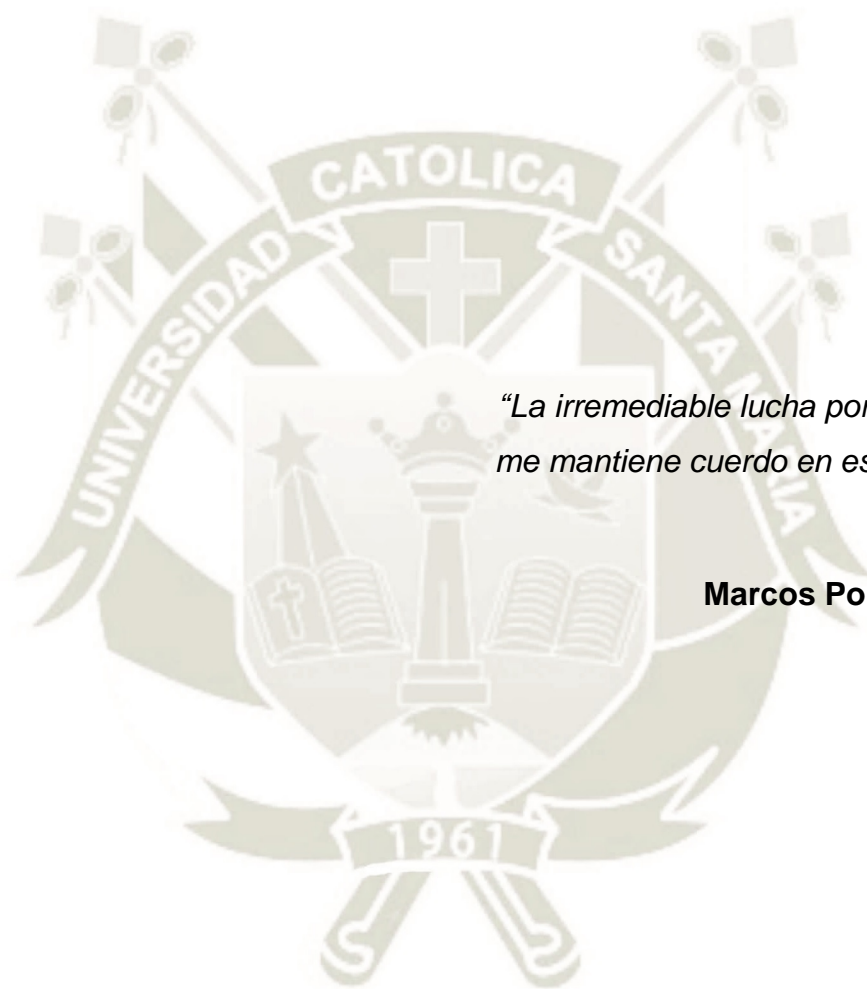
A MIS PADRES Y HERMANA MARIA:

*Mi reconocimiento por el apoyo constante que
supieron brindarme, el mismo que contribuyó a
mi formación integral, como profesional y ser
humano, así como el logro de mis aspiraciones*

**A MI ESPOSO DONNY Y MIS HIJOS YAFFET Y
LEONARDO :**

*Por su paciencia, amor, cariño y confianza que me
estimularon en la ejecución de la tesis.*





*“La irremediable lucha por la identidad,
me mantiene cuerdo en este mundo de
locos.”*

Marcos Ponce de León

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	
EPÍGRAFE	
ÍNDICE GENERAL	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	

CAPITULO I: BASES DOCTRINARIAS

I. FILIACIÓN	1
A. CONCEPTO	1
B. TIPOS DE FILIACIÓN	3
1. FILIACIÓN MATRIMONIAL	3
2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	4
C. EFECTOS DE LA FILIACIÓN	6
D. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD	7
II. IDENTIDAD	13
A. CONCEPTO	13
B. NATURALEZA	15
C. ALCANCES	15
D. DIMENSIONES	17
E. PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD	19
III. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	21
A. CONCEPTUALIZACIÓN	21
B. PARÁMETROS DE APLICACIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES	25
C. EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	26
1. OPINIÓN DEL NIÑO	28
2. IDENTIDAD DEL NIÑO	29
3. CUIDADO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DEL NIÑO	31
IV. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LOS JUECES	33
A. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN EL PERÚ	33
B. NORMA JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL	36
C. DEBER DE IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES	37

CAPITULO II: ANÁLISIS JURÍDICO

I. RESPECTO AL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	39
A. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	41

B. CALIFICACIÓN DE PROCESOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	44
C. EDADES DE LOS MENORES CUYA PATERNIDAD SE PRETENDE IMPUGNAR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.	47
D. REALIZACION DE LA PRUEBA PERICIAL DE ADN EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.	49
E. PROCESOS CON SENTENCIA DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	51
F. SITUACIÓN DE LOS PROCESOS SENTENCIADOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	53
G. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD DONDE EXISTENCIA DIVERGENCIA ENTRE LA IDENTIDAD DINÁMICA O ESTÁTICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.	56
H. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD DONDE SE PREFIRIÓ LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.	58
I. MOTIVACION PREDOMINANTE PARA DETERMINAR LA PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.	60
II. SOBRE LOS CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA.	63
A. PROCESOS CON SENTENCIA CONSULTADA A LA CORTE SUPREMA	63
1. CONSULTA N° 110-2012.	63
2. CONSULTA N° 1415-2012.	66
3. CONSULTA N° 1684-2012.	69
4. CONSULTA N° 2802-2012.	71
B. ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.	73
III. EN RELACIÓN CON LAS IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.	78
IV. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL 24 DE AGOSTO DEL 2018 92-DECRETO LEGISLATIVO N° 1377	81
V. POSICIÓN PERSONAL RESPECTO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA.	84

CONCLUSIONES.....	86
SUGERENCIAS.....	89
DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN	912
A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.....	912
B. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	923
C. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO	92
D. FÓRMULA LEGAL	923
BIBLIOGRAFÍA	956
ANEXOS.....	100
I. PROYECTO DE TESIS.....	100
II. CONSULTAS.....	117

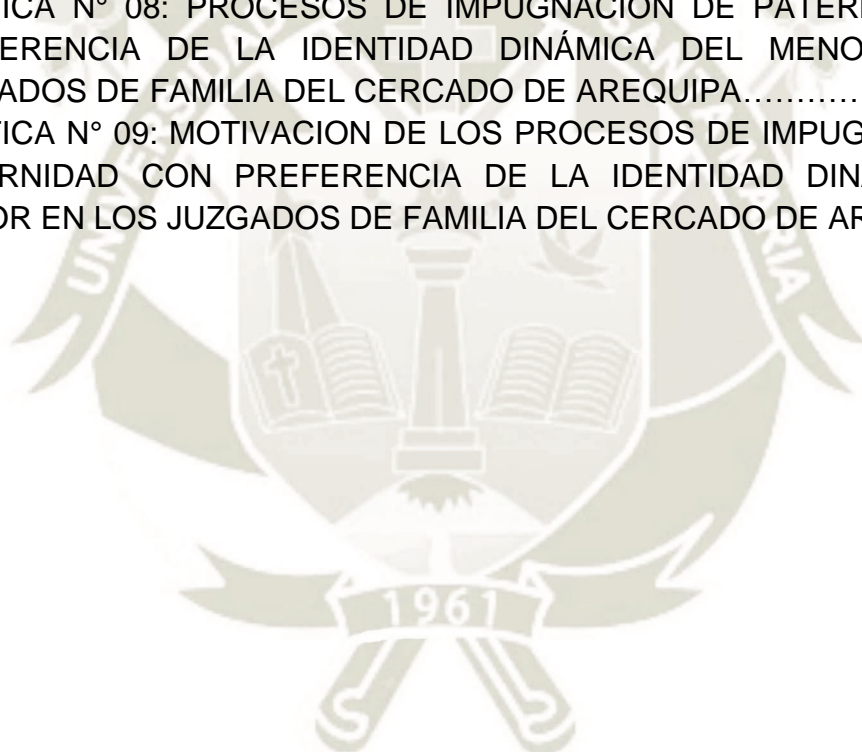
ÍNDICE DE TABLAS

TABLA N° 01: PROCESOS TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	40
TABLA N° 02: CALIFICACIÓN DE PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	43
TABLA N° 03: EDADES DE LOS MENORES CUYA PATERNIDAD SE PRETENDE IMPUGNAR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	46
TABLA N° 04: REALIZACION DE PRUEBA DE ADN EN PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	48
TABLA N° 05: PROCESOS CON SENTENCIA SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	50
TABLA N° 06: SITUACIÓN DE LOS PROCESOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	52
TABLA N° 07: PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON DIVERGENCIA ENTRE LA IDENTIDAD DINÁMICA O ESTÁTICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	55
TABLA N° 08: PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	57
TABLA N° 09: MOTIVACION DE LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA..	59

ÍNDICE DE GRÁFICAS

GRÁFICA N° 01: PROCESOS TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	40
GRÁFICA N° 02: CALIFICACIÓN DE PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	43

GRÁFICA N° 03: EDADES DE LOS MENORES CUYA PATERNIDAD SE PRETENDE IMPUGNAR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	46
GRÁFICA N° 04: REALIZACION DE PRUEBA DE ADN EN PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	48
GRÁFICA N° 05: PROCESOS CON SENTENCIA SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	50
GRÁFICA N° 06: SITUACIÓN DE LOS PROCESOS SENTENCIADOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA.....	52
GRÁFICA N° 07: PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON DIVERGENCIA ENTRE LA IDENTIDAD DINÁMICA O ESTÁTICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	55
GRÁFICA N° 08: PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA.....	57
GRÁFICA N° 09: MOTIVACION DE LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA..	59



RESUMEN

A lo largo de los años nuestro país ha publicado normas que orientan el accionar jurisdiccional hacia el respeto de los derechos de los niños, tomando en consideración el principio rector, interés superior del niño, mediante el cual todas las acciones del Estado, dentro de las que se incluyen las normas jurídicas deben ser orientadas al bienestar del menor. Es así que, jurisprudencia reciente ha variado notablemente la concepción del derecho de identidad de los menores, comprendiendo está dentro de dos dimensiones o facetas, la dimensión estática y la dimensión dinámica, que conllevan a la realidad biológica y emocional-afectiva respectivamente; dando en múltiples oportunidades mayor relevancia a la identidad dinámica, mediante la tan conocida “posesión notoria de estado de hijo”, preferencia que busca el bienestar de los menores para un desarrollo integral de los mismos.

La presente tesis abordó la temática antes descrita desde el aspecto de las consecuencias jurídicas que esta trae consigo, tal como la aplicación del control difuso, donde los jueces deciden inaplicar ciertas normas en beneficio de los menores, en los casos de impugnación de paternidad. Asimismo, la investigación ha permitido precisar la tendencia biológica del Código Civil, tendencia que en múltiples casos es contraria al interés del menor.

Es así como, se logró llegar a la conclusión de que existe la necesidad de realizar un cambio normativo que permita ajustar las normas que permiten la impugnación de paternidad a la concepción de identidad dinámica que los jueces de los Juzgados de Familia de Arequipa utilizan para la resolución de problemas de impugnación de paternidad.

PALABRAS CLAVE

IDENTIDAD- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO – ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

ABSTRACT

Over the years, our country has published norms that guide jurisdictional action towards the respect of children's rights, considering the guiding principle, the best interests of the child, through which all State actions, within the which include legal norms should be aimed at the welfare of the child. Thus, recent jurisprudence has greatly changed the conception of the right of identity of minors, understanding that it is within two dimensions or facets, the static dimension and the dynamic dimension, which lead to the biological and emotional-affective reality respectively; giving in multiple opportunities greater relevance to the dynamic identity, through the well-known "notorious possession of the state of the child", a preference that seeks the welfare of the minors for their integral development.

This thesis addresses the subject described above from the aspect of legal consequences that this brings, such as the application of fuzzy control, where judges decide to disregard certain rules for the benefit of minors, in cases of challenge of paternity; also, the investigation has allowed to determine the biologicistic tendency of the Civil Code, tendency that in multiple cases is contrary to the interest of the minor.

Thus, it was possible to reach the conclusion that there is a need to make a normative change that allows adjusting the norms that allow the challenge of paternity to the conception of dynamic identity that the judges of the Arequipa Family Courts use for the resolution of problems of challenge of paternity.

KEYWORDS

IDENTITY- SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD - JURISDICTIONAL
ACTIVITY

INTRODUCCIÓN

Corrientemente, se conoce a la identidad como el conjunto íntegramente relacionado de rasgos específicos de un individuo o de un grupo: hombre, 35 años, español, 1,75 m de altura, 70 Kg. de peso, cabellos castaños, católico, empleado de banca, casado, padre de familia, entre otros. Sin embargo, el concepto de identidad involucra otros factores emocionales, afectivos, biológicos, etc.; que normalmente no se toman en cuenta, estos otros factores salen a relucir cuando existe un conflicto jurídico para la determinación de la paternidad del menor.

¿Es posible determinar la paternidad de un menor basándonos únicamente en las pruebas biológicas? En este punto debe recordarse la tan utilizada frase “*padre no es que procrea, si no aquel que cría*”. No pudiendo, por lo tanto, establecer una relación paternofilial, sin antes evaluar los aspectos emocionales que esta pueda traer para los menores; quienes, en muchos casos de impugnación de paternidad, ya se encuentran íntimamente ligados con la figura paterna que se pretende impugnar. ¿Sería beneficioso modificar esta realidad preconcebida? La presente tesis abordara estas inquietudes, determinando si la norma jurídica vigente a la actualidad es la adecuada y si esta responde a la determinación de la identidad dinámica del menor o es necesario realizar una modificación de esta.

En el proyecto de investigación presentado con anterioridad, se delimitaron los parámetros a seguir en la presente investigación; donde se pretende dar solución a un problema jurídico; por lo tanto, el presente ha sido delimitado en dos grandes capítulos: Capítulo I: Bases Doctrinarias; y, Capítulo II, Análisis Jurídico:

En el Capítulo I, se tomaron en cuenta los conceptos: Filiación, Identidad, Interés Superior del Niño y Actividad Jurisdiccional, donde se abordaron los aspectos básicos de las mismas para un mejor entendimiento de las relaciones que estas conllevan para un adecuado acceso a la justicia, y sobre todo la determinación adecuada de la identidad de los menores en los procesos de impugnación de paternidad.

Durante el desarrollo del Capítulo II, denominado Análisis Jurídico, se analizó la doctrina ya reseñada en Capítulo precedente y se desarrollaron las técnicas planteadas en el proyecto de tesis; culminando con el respectivo aporte jurídico:

- Se analizó la realidad de los procesos de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, a fin de especificar el nivel de incidencia de los casos antes mencionados, así como el abordaje de los jueces frente a la problemática que estos traen consigo;
- Seguidamente, se analizaron los criterios doctrinarios-jurisprudenciales para la aplicación de la dimensión dinámica de la identidad, revisando expedientes con Consulta sobre la materia y jurisprudencia vinculante;
- A continuación, se estudiaron las implicancias jurídicas de la identidad dinámica aplicada a los casos de impugnación de paternidad; y,

En último lugar, en los dos siguientes capítulos se presentarán las conclusiones y sugerencias de la aplicación de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad, tomando en cuenta los aspectos jurídicos que esta contempla, para proponer así un Proyecto de Ley que modifique los artículos del Código Civil que se consideraron necesarios según los resultados de la investigación.

Dentro de las limitaciones presentadas para la realización del presente, se tuvo una falta de bibliografía significativa a nivel nacional para poder recabar información jurídica sobre el particular; empero, a nivel jurídico existen algunas sentencias que, debido a problemas jurídicos relacionados con la identidad de menores, generan interés en la comunidad jurídica.

LA AUTORA

CAPITULO I: BASES DOCTRINARIAS

I. FILIACIÓN

A. CONCEPTO

La filiación consiste en las relaciones de parentesco que son, según Cornejo:

Múltiples y de diversa naturaleza e intensidad. Hay una relación parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay, también, entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay, igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo del otro. La hay, en fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc. (Cornejo Chavez, Derecho Familiar Peruano, 1987, pág. 11)

Por su parte, Josserand establece que, la palabra filiación tiene dos acepciones, una más amplia y otra más precisa.

Genéricamente, la filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que liga a una persona con su antepasado, aún al más lejano; pero en la acepción más corriente, que es la nuestra, no se refiere más que a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, con su padre y su madre; esta relación toma el nombre de filiación cuando se la considera desde el lado del hijo y el de paternidad o maternidad si uno se coloca en el punto de vista y en el lado de los padres. (Josserand, 1950, pág. 258)

Asimismo, Suárez Franco enseña que:

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga contra otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. (Franco, 1979, pág. 69)

Por su parte, la doctrina nacional, a cargo de Varsi Rospigliosi, precisa que, *“La filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendientes*

y descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos” (Varsi Rosigliosi & Severino Bavio, 2003, pág. 660)

En el mismo sentido, Alex Plácido señala que, *“La filiación en términos amplios puede significar descendencia en línea directa, pero en términos jurídicos tiene un significado más restringido, equivalente a la relación inmediata del padre o madre con el hijo”.* (Plácido, 2003, pág. 87)

Siendo así, diremos que, la Filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres. Calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, surtiendo los mismos efectos.

Conocer nuestros orígenes, saber quién es nuestro progenitor, es un deseo natural y un derecho que se remonta a los inicios de la humanidad. Y desde sus orígenes también fue, en muchos casos, motivo de juicios de filiación, en cuyo tratamiento tuvo importante participación la ciencia médica. Es la relación que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente, la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).

De acuerdo con nuestro Código Civil Peruano, podemos considerar dos clases de filiación:

- La filiación matrimonial, deriva de las palabras latinas *filius* y *matrimonium* que significa hijo que procede de padres casados, es decir hijo nacido de padre y madre que están unidos por el vínculo matrimonial de acuerdo con las formalidades establecidas por nuestra ley civil, se le ha denominado también filiación legítima.
- La filiación legítima tiene su origen en el matrimonio, por lo que, solo tendrá la calidad de legítimo aquel cuya concepción sea obra de dos esposos. La filiación legítima es un vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. (Rojina Villegas, 2001, pág. 185)

B. TIPOS DE FILIACIÓN

1. FILIACIÓN MATRIMONIAL

La relación entre filiación y matrimonio ha sido entendida, al menos en los últimos dos mil años, como de auto implicación en el plano jurídico, el que siempre conlleva una cierta valoración axiológica de los fenómenos fácticos.

La filiación matrimonial es una de las formas en las que se realiza la filiación por naturaleza, por oposición a la adoptiva. Existirá filiación matrimonial cuando el vínculo filial está establecido o se establece simultáneamente respecto de padre y de madre, y media matrimonio entre estos, habiéndose producido el nacimiento en forma previa al matrimonio, durante éste o a más tardar en el plazo de trescientos días después de su disolución o divorcio.

El Código Civil no define lo que es la filiación matrimonial, no obstante, el art. 361 establece la presunción de paternidad cuando dice que: *“El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”*. (Codigo Civil, 1984)

Siguiendo esta misma línea, nuestros Tribunales señalan lo siguiente:

La presunción de paternidad en la Filiación matrimonial sólo es aplicable si es que cumple con los siguientes requisitos: a) el matrimonio de los progenitores y el nacimiento del hijo dentro del matrimonio y, b) que la cónyuge sea la madre biológica del menor, para que sea aplicable la presunción de paternidad es requisito necesario el parto de la mujer casada y la identidad del hijo en cuestión por su alumbramiento. (Casación N° 2657-98 Lima, 1998, pág. 3545)

Por su parte Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, precisan una definición sobre la presunción de paternidad, de la siguiente forma: *“La filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio”*. (Baqueiro Rojas & Buenrostro Baez , 2008, pág. 154)

Entonces, a través de esta presunción, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is set quem nupciatiae demonstrat*, donde básicamente, el padre es el que el matrimonio indica, presunción fundamentada en que la filiación legítima es el resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges sea el hijo de ambos.

En cuanto a las presunciones legales relacionados con la filiación matrimonial, el Código Civil, en su artículo 361, como ya se mencionó en párrafos anteriores, prevé la presunción de paternidad del marido. En este sentido el artículo 362 del Código Civil contempla la presunción de filiación matrimonial al establecer: *“El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*. (Codigo Civil, 1984) Esta presunción de filiación matrimonial respecto de la madre responde a la necesidad de establecer la identidad del menor dentro de un grupo familiar consolidado.

Claramente la ley muestra una preponderancia a la relación matrimonial, por sobre la identidad filiatoria y biológica del menor. En tal sentido nuestro ordenamiento en la materia permite la vulneración de derechos fundamentales del menor, no solo el ya mencionado derecho a la identidad, sino también el derecho a su libertad, igualdad, desarrollo personal y social, y en su conjunción se estaría violando la dignidad del menor.

2. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

La filiación extramatrimonial es aquella que se da fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre sin encontrarse unidos entre sí, es decir, sólo por el vínculo mas no por el matrimonio. Entonces, el derecho de filiación extramatrimonial se sustenta sobre la base del reconocimiento del vínculo que existe, biológico, y el que debe existir, legal, entre los padres del menor y este último. Respondiendo ello, a lo

dicho por la Convención de los Derechos del niño, quienes precisan que toda persona tiene derecho a su identidad filiatoria.

Para Puis Peña

(...) se entiende por tal (reconocimiento de hijo natural o extramatrimonial) aquella declaración hecha por ambos padres (o por uno de ellos aisladamente), por cuya virtud acreditan que una persona es hija suya, siempre que ellos se hagan en las condiciones y mediante las formas prescritas por las leyes (...) (Puig Peña, 1947, pág. 66)

Asimismo, Gatti define al reconocimiento expreso de hijo natural, extramatrimonial, como *“el acto jurídico solemne que contiene una declaración de paternidad o maternidad y que atribuye legalmente el estatus de hijo natural”* (Gatti, 1953, pág. 850).

La filiación extramatrimonial, ha pasado por una evolución legislativa, progresiva y paradigmática, donde el legislador y la normatividad, han tenido que enfrentar la difícil tarea de disolver lo regulado en la materia, por ser esta regulación arcaica en una forma ya evidente, no correspondiendo a una sociedad actual como la nuestra donde, lamentablemente, el formalismo no puede prevalecer por sobre la realidad ni los avances de la ciencia.

Autores de nuestro país, han conceptualizado a la filiación extramatrimonial de la siguiente forma:

La investigación de la paternidad tiene toda una evolución y, aún, no avizoramos su puerto final. Antiguamente no solo fue vedada- desde el punto de vista social- sino que de *iure condendo*, la legislación clásica, influenciada por la francesa, limitó y desterró el denominado reconocimiento forzado en aras del respeto al honor del varón y de la integridad de la familia matrimonial que este conformaba. (Varsi Rospigliosi, 2006, pág. 14)

Por su parte, el Código Civil contempla lo relacionado al reconocimiento de los hijos extramatrimoniales en el Capítulo Primero, del Título II, de la Sección Tercera, del Libro II de Derecho de Familia, en los artículos. 386

al 401, a maneras de ilustración, citamos solo algunos que contienen carácter descriptivo:

Artículo 386º.- Hijo extramatrimonial: Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

(...)

Artículo 388º.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial: El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos. (Codigo Civil, 1984)

C. EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Una vez determinada la filiación, es decir, una vez queda estipulado quienes son el padre y la madre de un sujeto, se producen una serie de efectos a nivel jurídico.

Como señala Arias, *“la filiación crea un estado civil, relaciones de familia, y, por consecuencia, derechos y obligaciones vinculadas a ellos; sobre todo, de alimentos y hereditarios”* (Arias, 1952, pág. 312)

La filiación impone al padre el ejercicio de todos los deberes y derechos de patria potestad conforme el ordenamiento jurídico señala, y al hijo le impone el ejercicio de todos los deberes y derechos que por ley le corresponde como hijo. A través de la filiación matrimonial o extramatrimonial, el hijo tiene derecho sobre todo a los alimentos. Sobre esto último, la prestación de alimentos, el Código Civil señala que tanto el padre como la madre, aunque no tengan la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos, y a la herencia.

La obligación más importante y que contraen los progenitores para con el reconocido, es la obligación de padre a hijo, atendiendo los primeros las necesidades de sostenimiento hasta que el hijo alcance la mayoría edad, o hasta cuando estos puedan valerse por sí mismos, conforme a ley.

Los artículos 472 al 487 del Código Civil Peruano mencionan los lineamientos de la obligación alimentaria, entre los cuales resaltan:

Artículo 472.- Noción de alimentos: Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y psicológica y recreación, según la situación y posibilidades de la familia. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto (...)

Artículo 481.- Criterios para fijar alimentos: Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones que se halle sujeto el deudor. El juez considera como un aporte económico el trabajo doméstico no remunerado realizado por alguno de los obligados para el cuidado y desarrollo del alimentista, de acuerdo con lo señalado en el párrafo precedente. No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos (Codigo Civil, 1984)

Posteriormente, a nivel procesal, encontramos los artículos 560 y siguientes del Código Procesal Civil, donde se menciona la regulación procedimental para hacer efectivo judicialmente la obligación alimentaria, que teóricamente es el más expedito y el sumario de todos los procesos civiles; aunque en la práctica, los plazos no sean tan sumarios como el espíritu de la norma procesal pretendía.

D. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

En cuanto a la impugnación, según Messineo:

(...) el reconocimiento (del hijo extramatrimonial es impugnabile, por defecto de veracidad (por ejemplo, por inexistencia del hecho del nacimiento o de la concepción), o base de la excepción *plurian concubebentium*, por cualquiera que tenga interés en ello (...), o por violencia sufrida por el autor del reconocimiento (...); y, finalmente, por incapacidad (de quien reconoce) consiguiente a interdicción judicial. (Messineo, 1953, pág. 541)

La negación de la paternidad:

Es la acción que se utiliza para rechazar la posición jurídica que no le corresponda a una persona, por ejemplo, si el marido quiere cuestionar la paternidad del hijo de su mujer, podrá negarlo o impugnarlo conforme a las causales previstas por el artículo 363° del Código Civil, ya que considera que el hijo de su mujer se encuentra gozando de una posición jurídica que no le pertenece; en ese sentido, el marido puede hacer uso de las acciones que la ley le concede para contestar (negar o impugnar) tal estado. (Peralta Andía, 2008, pág. 402)

Asimismo, el artículo 363° del Código Civil, consagra la acción de negación de paternidad e impugnación de paternidad:

Artículo 363.- Negación de la Paternidad

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza (Codigo Civil, 1984)

Entonces, se debe tener presente que, la ley peruana no distingue explícitamente entre casos de negación y de impugnación, al contrario, “*los supuestos de impugnación lo insumen dentro de los casos de negación*”, (Peralta Andía, 2008, pág. 402) realizando de forma indistinta la denominación tanto para los supuestos de negación de paternidad como para los casos de impugnación de paternidad. Sin embargo, en la doctrina si se distingue la negación o desconocimiento de paternidad de la impugnación de la paternidad.

Aguilar realiza una distinción entre negación e impugnación de la paternidad:

La primera ocurre cuando el hijo tenido por una mujer casada no está amparado por la presunción *pater is*, de tal manera que el padre se limita a expresar que no es suyo el hijo que alumbró su mujer, y es a la madre y al hijo a quienes corresponde probar lo contrario. La impugnación corresponde al marido, cuando el hijo tenido por su mujer y a quien no considera suyo, está amparado por la presunción *pater is*, recayendo la carga de la prueba en el marido. La diferencia está dada por quien soporta la prueba. (Aguilar Llanos, 2013, pág. 234)

Analizando, las causales que menciona el Código Civil, tenemos:

1. ***Negación de Paternidad:*** *Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio:*

Éste es el caso si el hijo nace antes de cumplidos ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el accionante, el supuesto padre, se limita a desconocer la paternidad, mediante una simple negación acreditando que el hijo ha sido concebido antes de la celebración del matrimonio, Es así que ese hijo no goza de la presunción *pater is*, por cuanto como ya lo hemos señalado, la ley no puede presumir relaciones extramatrimoniales, por lo tanto el marido, sólo probará la fecha del matrimonio y la del nacimiento del hijo, recayendo la carga de la prueba en la madre y el hijo, Este es un supuesto de la negación de paternidad.

Sin embargo, si el accionante antes del matrimonio ha tenido conocimiento del embarazo, no puede aplicarse esta causal; debido a que su conducta traducida casándose con la mujer embarazada, revela que él marido se considera responsable del embarazo, aunque no sea este el padre biológico del menor; De igual manera, si admite expresa o tácitamente que es su hijo; o, si éste está muerto; resulta también improcedente dicha acción, no obstante se permite igualmente

accionar, aun tratándose de un hijo muerto, si existe interés legítimo en esclarecer la relación paterna filial.

2. ***Impugnación de paternidad:*** *Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo:*

En este inciso se recoge un caso de impugnación de paternidad por el cual se invoca la imposibilidad de haber cohabitado con la madre en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al nacimiento del hijo del cónyuge. “*De acuerdo con las fechas señaladas, se toma en cuenta la fecha probable de la concepción del hijo cuya paternidad impugna*”. (Bustamante Oyaya, 2005, pág. 623)

Aguilar, sostiene que:

Esta causal está referida a los plazos mínimos y máximos de gestación, y en particular a la concepción, entonces, cuando el marido acredite que fue imposible tener trato íntimo con su mujer en el período de la concepción podrá resultar victorioso, ahora bien, esta imposibilidad podría ser ausencia, privación de libertad, enfermedad, accidente, separación de hecho, pero en cualquiera de estos casos, la prueba recae en el marido, pues en este supuesto la presunción *pater is* tiene plena vigencia. (Aguilar Llanos, 2013, págs. 235-236)

Refiriéndose a la prueba, para esta causal, Peralta señala que:

La prueba, en este caso, corresponde al marido cualesquiera que sean las circunstancias que imposibilitaron la cohabitación como es la ausencia, la privación de libertad, la enfermedad, el accidente, la separación de hecho, etc. Pero, no podrá incluirse la Imposibilidad moral derivadas de las desavenencias conyugales, pues entonces, la imposibilidad no sería manifiesta como quiere la ley, sino que suscitaría duda irresoluble. (Peralta Andía, 2008, pág. 403)

3. **Negación de Paternidad:** *Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.*

En opinión de Cornejo: “Durante la separación judicial no se presume el débito sexual entre marido y mujer, sino exactamente lo contrario, pues el efecto principal de la separación consiste en que suspende el deber de cohabitación entre los cónyuges” (Cornejo Chavez, Derecho Familiar Peruano, 1996, pág. 35)

Este inciso, se debe analizar en forma concordada con el Artículo 332° del Código Civil:

Artículo 332.- Efecto de la separación de cuerpos: La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial. (Codigo Civil, 1984)

Entonces, al marido le bastará probar con la resolución judicial de separación y la partida de nacimiento del pretendido hijo, con la cual estará acreditando que la concepción se dio cuando ya estaba separado judicialmente de su mujer.

Sin embargo:

Si la mujer alegara que no obstante la separación judicial, cohabitaron durante el período de la concepción, o que los cónyuges se reconciliaron después de la resolución de separación, sobre ella recaerá la obligación de probar tales hechos. Esta causal se extiende a los casos de separación provisional durante un juicio de invalidez de matrimonio, de separación de cuerpos o divorcio (Aguilar Llanos, 2013, pág. 236)

4. **Impugnación de Paternidad:** *Cuando adolezca de impotencia absoluta.*

Mediante esta acción, el marido podrá negar la paternidad del hijo de su esposa, al alegar la impotencia *coeundi* absoluta, que se hubiera presentado durante el periodo de la concepción.

Como afirma Aguilar, *“aquí la impotencia que se regula es la coeundi, esto es, la imposibilidad de realizar el coito. Esta impotencia absoluta debe haber existido durante el período de la concepción. La carga de la prueba recae en el marido”* (Aguilar Llanos, 2013, pág. 236).

Referente a la prueba, Peralta indica que, en este caso, *“le corresponde al marido, empero la impotencia que alude la ley no se refiere precisamente a que sea anterior a la celebración del matrimonio, sino que bastará que ésta haya existido durante el período de la concepción”* (Peralta Andía, 2008, pág. 404)

5. *Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.*

Mediante esta causal, nuestro Código sigue la tendencia actual adoptada en el Derecho comparado, de permitir la recurrencia a los procedimientos científicos que se utilicen para la investigación y determinación de la paternidad.

Éste es un supuesto nuevo que se incorpora a raíz de la modificación introducida a este artículo 363 por la Ley N° 27048, publicada el 06 de enero de 1999, por el cual se establece un nuevo elemento que permita desvirtuar la paternidad matrimonial y que sirve de apoyo a las cuatro causales comprendidas en este artículo 363, ya que el objetivo del ADN es de ser un medio de prueba que sustente la contestación de la paternidad. Así, la del ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal "pater is est".

Mediante esta causal, como señala Aguilar:

Recogiendo los últimos avances en genética, el legislador ha introducido una prueba científica para negar la paternidad, y ello nos parece oportuno y conveniente, en razón de que se daban muchos casos en que el marido no se encontraba en ninguno de los supuestos del artículo 363 por lo que quedaba sin posibilidad de acción, sin embargo ahora con esta prueba, y aun cuando no se presenten las causales ya estudiadas, podrá recurrirse a la prueba científica, pese a que la madre y el hijo gocen de la presunción *pater is*. (Aguilar Llanos, 2013, págs. 236-237)

Por su parte, la Ley N° 30628, publicada el 02 de agosto del 2017, establece algunas modificaciones a la ya mencionada Ley N° 27048, donde se tocan artículos relacionados a la demanda, acumulación de pretensiones, oposición, allanamiento, devolución de costos del examen de ADN, y requisitos de la demanda.

II. IDENTIDAD

A. CONCEPTO

Para muchos, la identidad en su forma más básica constituye un conjunto de símbolos y de valores que permiten identificar a los sujetos en diversas situaciones cotidianas de la vida, precisando diferencias de los demás sujetos de su círculo de desenvolvimiento. Este conjunto no solo explica los valores de las personas; sino también, su modo de pensar, de sentir y de actuar.

Por su parte, Fernández Sessarego indica que, *“la identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser uno mismo y no otro”* (Fernandez Sessarego, 1992, pág. 18)

A nivel nacional, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables establece que la identidad es:

La imagen de la persona que se proyecta a través de rasgos y signos característicos que son inherentes a ella y que la diferencian de las demás; estos rasgos son invariables en el tiempo y permiten a los demás conocer a la persona en sí misma, en lo que real y específicamente ella es. (Vulnerables, 2017, pág. 1)

Definición que guarda relación con la opinión del Tribunal Constitucional que señala que:

Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º 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, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, 2006, pág. 21)

A nivel internacional, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado como:

El conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. (Caso Gelman vs Uruguay, 2011, pág. 122)

Entonces, tanto nuestra Constitución como los Tratados Internacionales que nuestro país ha ratificado, otorgan especial importancia al derecho inherente de todo ser humano: su identidad, derecho que otorga a una persona el ser único, irrepetible y trascendente en la sociedad.

B. NATURALEZA

La jurisprudencia italiana recogida en la obra de Fernández Sessarego ha destacado tres características del Derecho a la Identidad:

Primero, la identidad personal abarca y comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección coexistencial. Engloba todos sus atributos, sean positivos o negativos. Es así como todas las notas de la personalidad, vinculadas esencialmente en la unidad del yo, determina la identidad personal de cada sujeto.

Segundo, la jurisprudencia destaca la objetividad de la identidad personal, “Entendido en el sentido de la correspondencia entre comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad”. Es decir, que la que merece tutela jurídica es la identidad real y no aquella aparente o simulada de que la persona pueda arbitraria y subjetivamente atribuirse.

Tercero, la identidad personal se caracteriza por su exterioridad, ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad; es la última característica, es consustancial al derecho, en cuanto este es primario y necesariamente coexistencial. (Fernandez Sessarego, 1992, pág. 181)

Entonces, la naturaleza de la identidad personal puede circunscribirse en las siguientes características: *omnicomprensividad*, *objetividad* y *exterioridad*, abarcando así la totalidad de su patrimonio personal de la persona, aspectos culturales de la persona, económicos, intelectuales y personales, hechos que se concretizan en la proyección hacia la sociedad; de lo contrario, no podrían ser alegada ante una eventual vulneración del derecho a la identidad.

C. ALCANCES

Al ser la identidad personal, un derecho humano que comprende derechos correlacionados como: derecho a un nombre, derecho a conocer la propia identidad, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y derecho a la nacionalidad.

En opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad personal o simplemente identidad, se desdobra en: i. Derecho a la propia herencia genética; y, ii. Derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio. Es así como, toda persona, tiene derecho a esta identidad como núcleo de su esencia como ser humano; si bien es cierto, la identidad de la persona está constituida por la carga genética que se encuentra en cada una de sus células, la interacción de esta carga con el entorno devendrá en un sistema de decodificación práctico de este material genético en base a los estímulos del ambiente, basada entonces, en instrucciones, que generan una forma de aprendizaje, una forma de vida.

En el año 2007, mediante una opinión emitida por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, sobre el Alcance del Derecho a la Identidad a fin de poder establecer una precisión que admita delimitar, enmarcar y examinar el radio de acción del derecho a la identidad el Comité indicó que:

El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Opinión OEA, 2013, pág. 13)

Por lo tanto, este derecho no puede nunca ser transgredido ni normalizado o reconocido parcial o discriminatoriamente. Igualmente, este derecho no surge ni del nombre, nacionalidad o vínculos familiares, sino que, de una parte, inmovible de la dignidad humana, el derecho de conocer y poseer la verdadera identidad.

Seguidamente, el derecho a la identidad tiene entre sus alcances el de componer un derecho autónomo cuyo contenido se ve afectado mas no subordinado por las normas del derecho internacional, como de los rasgos culturales propios de cada Estado. El derecho a la identidad, a su vez, tiene un alto valor instrumental para la actuación de ciertos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, fortaleciendo así, la

democracia y el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; por ende, estamos frente a un medio para el ejercicio de derechos en una sociedad democrática.

Finalmente, se dirá que, el derecho a la identidad es aquel que protege a la persona, comprendiendo diversos aspectos de la persona para brindar esta protección, que van desde lo físicos y biológicos hasta el grado de desarrollo espiritual; siguiendo en este punto lo precisado por el maestro peruano Fernández Sessarego que señala que, *“la identidad personal comprende dos facetas una estática y otra dinámica. La identidad estática está dada por el físico su nombre lo que sí ha merecido tradicionalmente tutela jurídica mientras que la identidad dinámica se manifiesta como un conjunto de atributos y calificaciones de la persona”* (Fernandez Sessarego, 1992, pág. 26)

D. DIMENSIONES

Tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, se suele diferenciar entre una dimensión estática y una dimensión dinámica:

La faceta estática comprende aquella realidad biológica o genética de la persona humana (verdad biológica), que inicia con la vida misma y no varía a lo largo del tiempo, como el nombre, realidad genética, fecha y lugar de nacimiento, etc.; no obstante, excepcionalmente, alguno podría llegar a variar mediante pronunciamiento judicial como el nombre, por ejemplo. La faceta dinámica es aquella que complementa a la faceta estática y es la que va variando con el paso del tiempo, como los caracteres físicos y los atributos de identificación de la persona, de índole político, religioso, psicológico, etc., que dan pie a los atributos de la personalidad. (Agurto Gonzales, Quequejana Mamani, & Ariano Deho, 2015, pág. 65)

Siendo así, *“la identidad estática responde a la concepción taxativa de identificación y se edifica, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, implica las relaciones sociales de la persona que comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.”* (Herrera, Manual de Derecho de Familia, 2015, pág. 403)

Por consiguiente, la identidad estática, estará constituida por la “identificación”, básicamente física, biológica o registral de un sujeto - tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros.

Por su parte, la identidad dinámica sobrepasa a la estática, refiriéndose a la verdad personal de cada sujeto; por lo tanto, la identidad personal que se proyecta socialmente es dinámica, misma se enriquece constantemente con todo aquello que el ser humano hace en y con su vida.

La amplia dimensión del derecho a la identidad - que, trascendiendo la esfera primaria, se refiere, nada más y nada menos, que al “proyecto de vida” de una persona - explica por qué este derecho es invocado en circunstancias y contextos diversos, que involucran relaciones y derechos de diferente índole entre seres humanos y entre éstos y diversos bienes materiales e inmateriales. (...) Se trata, pues, de un nuevo derecho personal que se caracteriza por ser multiforme y adaptable y lo suficientemente flexible como para brindar protección legal a las más diversas situaciones y relaciones. (Pino, 2006, pág. 231)

La habilidad de distinguir los elementos estáticos de los dinámicos es trascendente para evaluar la admisibilidad de las acciones de impugnación de la filiación matrimonial. Así, Levi Strauss, afirma que, en la faz dinámica, “*no debe pensarse solamente en las características de cada individuo sino en la determinación de su rol social.*” (Levi Strauss, 1969, pág. 559) denotando, la complejidad de la maraña de asuntos que encierra la identidad.

En cuanto a la identidad dinámica Días advierte: “*la posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos*” (Días, 2009, pág. 84)

Siendo así y siguiendo a Herrera, vemos que la socio afectividad es un lineamiento directriz de la interpretación de todas las relaciones interpersonales y su relación con la identidad dinámica. (Herrera,

Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?, 2015, pág. 980). La misma autora señala que, *“La socio afectividad es la conjunción de dos elementos que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social y como lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí”* (Herrera, La noción de socioefectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporaneo, 2015, pág. 201)

E. PROTECCIÓN AL DERECHO A LA IDENTIDAD

El Ordenamiento Jurídico protege el derecho a la identidad de toda persona, a través de diversos mecanismos legales, tanto nacionales como internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6 expresa que: *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. (ONU, 1966) Por su parte, el artículo 24 inciso 3 expresa que *“Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”*. (ONU, 1966) Siguiendo esta misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3 establece que: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.”* (CADH, 1969)

El reconocimiento a la identidad se encuentra expresamente, en el artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre Derechos del Niño donde precisa: *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos “*. (CDN, 1989)

Para el cumplimiento de lo anteriormente indicado, nuestro país debe comunicar sobre los mecanismos que se han realizado para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona, así:

El Comité considera útil que, en sus informes, los Estados Partes proporcionen información sobre las medidas especiales de protección que han adoptado para proteger a los niños abandonados o privados de su medio familiar, con el fin de permitir que se desarrollen en las condiciones

que más se asemejen a las que caracterizan al medio familiar. (Observación General N° 17, 1989)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha precisado:

(...) el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a las relaciones de familia. (...) el derecho a la protección de la familia, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades. (Caso Paraguay versus LM, 2011)

En el Perú, existen dos normas para la interpretación jurídica de los derechos humanos. i. La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; y por ii. El artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución expresa: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*. (Constitución Política del Perú, 1993) Aplicando la referida norma, cuando se requiera establecer los alcances de un derecho humano de carácter constitucional deberá ser explicado a la luz de las normas internacionales.

De la misma manera, el Código Procesal Constitucional en su artículo V del Título Preliminar señala:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos

según tratados de los que el Perú es parte. (Código Procesal Constitucional, 2004)

Analizando los precitados artículos, se puede concluir que, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos tienen el nivel constitucional y en consecuencia se debe observar como tal en las interpretaciones normativas que realicen los operadores del derecho.

En cuanto a las normas nacionales que regulan la identidad y su respectiva protección, tenemos el artículo 2 inciso 1 de la Carta Política que precisa: *“Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.”* (Constitución Política del Perú, 1993)

En lo que respecta a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, este ha indicado:

8. Asimismo, este Tribunal advierte que la denegatoria injustificada en la expedición del Documento Nacional de Identidad incide de manera negativa en el derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Caso Aliaga Gonzales, 2010, pág. 8)

En esta Sentencia, el Tribunal señala que un eventual estado de indefensión de los derechos civiles y políticos de las personas puede producir un inadecuado ejercicio del derecho a la identidad.

III. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A. CONCEPTUALIZACIÓN

En 1989 la Organización de las Naciones Unidas proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer tratado internacional de eficacia universal y con fuerza vinculante que regimienta los derechos humanos conexos a la infancia. El artículo 3° párrafo 1° de la Convención

que señala: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (CDN, 1989)

A lo largo de la Convención el término *interés superior del niño* se invoca en cinco disposiciones adicionales; sin embargo, en ninguna de ellas se presenta una definición de esta, originando una proliferación de teorías acerca de los atributos y límites del término, alimentando en la mayoría de las oportunidades la inseguridad jurídica en torno a la aplicación del interés superior del niño por parte de los tribunales de justicia.

La Convención por los Estados Parte, instauro el Comité de los Derechos del Niño, con el fin de resguardar el pleno respeto del interés superior del niño, esta entidad supervisa la aplicación de la Convención. En uso de estas facultades, en el año 2013, dicho Comité, emitió la Observación General Número 14° sobre “El Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial”.

El Comité indica que “el propósito general de la Observación es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos”. Para lo cual se establece en enseguida, como propósito, garantizar que los Estados partes den efecto al interés superior del niño y lo respeten. (Derecho al Interés Superior del Niño, 2013)

La identificación del concepto de *interés superior del niño* con una naturaleza jurídica determinada es de suma importancia ya que, su modo de operar obedecerá a ello. Siendo así, si el interés superior del niño funciona como un principio, su función será la ponderación de derechos en conflicto; mientras que, si es un derecho sustantivo, el interés superior tendrá aplicación directa y la prueba recaerá sobre él mismo.

Se debe entender al principio de interés superior del niño como el eje fundamental de los procesos donde interviene un niño, una niña o

adolescente, toda vez que este principio forma parte del sistema de protección de los derechos de la niñez, el cual goza de reconocimiento universal desde la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los niños, aprobada por la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Este principio regulador de los derechos de los niños y niñas tiene su fundamento en la dignidad misma de cada ser humano, en sus características inherentes, y en la necesidad de propiciar el desarrollo integral de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado:

Preservar el interés superior de los niños y niñas es una obligación primordial de la administración pública y de todo el Estado en general, tal y como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se genera una obligación insoslayable para proteger, fomentar y desarrollar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. (Caso niñas Yean y Bosico vs. república Dominicana, 2005, pág. 5)

En la esfera internacional, se hace necesario enfatizar lo establecido en Declaraciones y Tratados Internacionales que han originado el establecimiento del interés superior de los niños y niñas, como principio rector. Por otro lado, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de defensa que su situación de menor requiera, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Igualmente, y de manera técnica, lo ha tratado la Convención sobre los Derechos de los niños y niñas en sus artículos 4 y 5, y particularmente en el artículo 3º ya antedicho. Con referencia al continente americano, se puede establecer que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo VII que todo niño o niña tiene derecho a protección, cuidados y ayudas especiales. En ese sentido se contemplan en el artículo 3. 1. de la citada Convención Indica: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen*

las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". (CDN, 1989) el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los derechos de la niñez, destacando que todo niño o niña tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiera.

La Convención sobre los Derechos del Niño, incluye el interés superior del niño como un principio rector, correspondiendo entonces, al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo. Entonces, el interés superior del niño será un parámetro para que las niñas, niños y adolescentes sean considerados sujetos de derechos.

En nuestro país, el Artículo IX del Código del Niño y Adolescente declara el interés superior del niño y del adolescente de la siguiente manera:

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. (Código de los Derechos del Niño y Adolescente, 1992)

Por lo tanto, diremos que el interés superior del niño abarca tres grandes acepciones:

- Se trata del *derecho* del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses, siendo, por lo tanto, un derecho primordial y este se toma en cuenta para todo tipo de decisión o práctica que involucre al niño y adolescente.
- Es un *principio* porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga el interés superior del niño; el marco interpretativo se encuentra presente en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Protocolos Facultativos.

- Y, es una *norma de procedimiento*, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

B. PARÁMETROS DE APLICACIÓN Y GARANTÍAS PROCESALES

Actualmente, la Ley N°30466, publicada el 17 de junio de 2016, establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes; conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y su Observación General 14 y en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

La Observación General No.14 precisa que, interés superior debe ser una consideración primordial y los Estados miembros deben respetar y hacer efectivo el interés superior del niño en todas las acciones y prácticas que los involucren. Esta premisa tiene consecuencias en:

- Todas las medidas de aplicación tomadas por los Estados;
- Las decisiones individuales adoptadas por las autoridades por medio de sus agentes que puedan afectar al niño/adolescente;
- Las decisiones tomadas por el sector privado y la sociedad civil que brindan servicios a los niños o les afecta, y
- Las directrices que guardan relación con las medidas adoptadas por las personas cercanas a los niños/adolescentes, en especial los padres y cuidadores. (Interes Superior del Niño, 2013, pág. 10)

Los parámetros establecidos en la Ley N°30466 se basan en:

- El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño;
- El reconocimiento de los niños como titulares de derechos;
- La naturaleza y el alcance global de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño; y,
- v. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo. (Ley N° 30466, 2016)

En relación con las garantías procesales, se toman en cuenta las siguientes:

- i. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga;
- ii. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño;
- iii. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños;
- iv. La participación de profesionales cualificados;
- v. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda;
- vi. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño;
- vii. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños;
- viii. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. (Ley N° 30466, 2016)

Por consiguiente, seguiremos la opinión de la UNICEF, que precisa que, el interés superior del niño es *“un derecho, un principio y una norma de procedimiento basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta”*. (UNICEF & DIF, 2014)

C. EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Debido a la concepción tridimensional del interés superior del niño, derecho, principio y norma de procedimiento, al evaluar y determinar el interés superior del niño se han de seguir los pasos siguientes pasos:

- i. En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás;
- ii. En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. (Interes Superior del Niño, 2013)

La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. Valorando y sopesando todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto; siendo necesario para tal análisis un equipo multidisciplinario y sobre todo la participación del niño. La conclusión de este proceso de análisis estructurado devengará en garantías estrictas para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior.

La evaluación a que hacemos referencia es una actividad única que debe realizarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a:

Las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores. (Cardona Llorens, 2018)

La evaluación debe realizarse a partir de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único e irrepetible. Para cuyo fin, deberá elaborarse una lista de elementos que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño; esta lista debe seguir la línea del *numerus apertus*, no limitarse a determinadas formas de evaluación, sino otros que respondan a las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto.

La elaboración de la mencionada lista proporcionará orientación a los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, niñas o adolescentes, el añadir elementos a la lista, deberá buscar garantizar el disfrute pleno y efectivo de

los derechos reconocidos en la Convención a favor de los niños. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños.

Cabe destacar que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con del interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. El contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general.

1. OPINIÓN DEL NIÑO

El derecho a opinar y ser oído de niños y adolescentes se introduce en la Convención sobre los Derechos del Niño como un principio novedoso que apareja cambios en la interrelación con éstos como sujetos de derecho.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior.

El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La

adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permitan introducir ajustes razonables y prestar de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior.

La motivación para permitir escuchar la opinión del niño se fundamenta en los siguientes beneficios:

- i. **Aprenden a comunicarse:** Es importante que abramos los oídos a lo que los niños han de decir. Ya sea para contar una excusa y librarse de un castigo, explicar por qué no quieren comer verdura o que les parece su nuevo amigo. Además, el diálogo y la comunicación ha de ser bidireccional, es decir, no debemos ser los padres los únicos que hablan y opinan, sino también dejar que ellos lo hagan libremente.
- ii. **Aprenden a expresar sus emociones:** las opiniones o pareceres sobre un tema, ya sean absurdos, inteligentes, no certeros, poco concluyentes... son una manera de explicar cómo ven el mundo y de qué manera se relacionan con él. Es una forma de estimular su inteligencia emocional.
- iii. **Estimulan su sentido crítico:** les ayuda a formarse opiniones sobre las personas, cosas o hechos. Es una forma de madurar y crecer valorando los aspectos que creen oportunos.
- iv. **Aprenden a hablar:** la comunicación es fundamental en la vida y saber cómo transmitir ideas u opiniones también. Dejarles participar es estimular su vocabulario y sus habilidades lingüísticas.

2. IDENTIDAD DEL NIÑO

Los niños no son un grupo homogéneo, por lo que debe tenerse en cuenta la diversidad al evaluar su interés superior. La identidad del niño abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen

nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades.

El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño sostiene que: *“(...) 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.”* (CDN, 1989)

Para poder definir una identidad, ciertos aspectos resultan innegables: el derecho al nombre, a la nacionalidad, y a las relaciones familiares. necesarios para reconocer una identidad. La identidad se encuentra íntimamente vinculada con la idea de Ser. Las características identitarias resultan una condición indispensable para la propia existencia de la persona. Es la identidad la que permite a cada uno y cada una la especificidad de ser una persona única e irrepetible. Por tanto, el derecho a la identidad aparece como necesidad prioritaria para la definición del ser persona.

En cuanto a la identidad religiosa y cultural, por ejemplo, al considerar la colocación en hogares de guarda o de acogida, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (art. 20, párr. 3), y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. Lo mismo se aplica en los casos de adopción, separación con respecto a sus padres o divorcio de los padres. La debida consideración del interés superior del niño entraña que los niños tengan acceso a la cultura (y el idioma, si es posible) de su país y su familia de origen, y la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de

conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate.

Aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosos y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. La identidad cultural no puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño o los niños los derechos que les garantiza la Convención.

3. CUIDADO, PROTECCIÓN Y SEGURIDAD DEL NIÑO

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño o de los niños en general, debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3, párr. 2). Los términos "protección" y "cuidado" también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable.

La evaluación del interés superior del niño también debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental (art. 19), el acoso sexual, la presión ejercida por compañeros, la intimidación y los tratos degradantes, así como contra la explotación sexual y económica y otras formas de explotación, los estupefacientes, la explotación laboral, los conflictos armados, etc. (arts. 32 a 39).

Aplicar el enfoque del interés superior del niño en el proceso de toma de decisiones entraña evaluar la seguridad y la integridad del niño en ese preciso momento; sin embargo, el principio de precaución exige valorar también la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad del niño.

Finalmente, diremos que, se debe considerar lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, en lo que refiere a fundamentación jurídica de la evaluación del interés superior del niño:

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la

fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. (Interes Superior del Niño, 2013)

IV. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DE LOS JUECES

A. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN EL PERÚ

Según García Maynes la función jurisdiccional es:

La aplicación de normas jurídicas en casos concretos, aplicación que obliga a particulares y puede hacer efectiva aun contra su voluntad, mediante cuatro poderes los cuales son: i. Poder de decisión; ii. Poder de Coerción; iii. Poder de documentación; y, iv. Poder de ejecución (García Maynes, 2002, pág. 229)

Se trata entonces de una función pública

(...) por cuanto es el Estado el que mediante los órganos y personas especialmente considerados aptos por la Ley para ejercerla la lleva a efecto. Por regla general ese órgano es el jurisdiccional, aun cuando, otros casos especiales que por cierto tienen a aumentar, la jurisdicción se radica en la cabeza de ramas del poder público diferente como la legislativa y la ejecutiva. (Bernales, 1999, pág. 622)

La Constitución Política del Perú del 1979 anunciaba en su preámbulo que la justicia es el valor primario de la vida en la comunidad, y afirmaba su resuelto propósito de garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos sometiendo a todos a la Constitución y la Ley. Por su parte, la Constitución Política del Perú de 1993 elimina este preámbulo, desarrollando la estructura de administración de justicia, la misma que comprende tres campos: i. Composición y funciones principales del Poder Judicial; ii. Consejo Nacional de la Magistratura; y, iii. Tratamiento del Ministerio Público.

La teoría de separación de poderes que recoge nuestra Constitución Política ha aportado algunos elementos importantes para la función

jurisdiccional. Dicha conjetura busca desligar los dos poderes políticos de Montesquieu significando que, quienes toman las decisiones políticas no pueden ser los que decidan en última instancia sobre su aplicación. Del mismo modo, se establece un sistema de controles entre los diversos órganos estatales, a fin de que, los poderes políticos no puedan extralimitarse en sus funciones. Igualmente, se pretende dar al poder judicial funciones de alta calificación circunscribiendo en estas funciones, aspectos de técnica jurídica con carácter despolitizado.

Entonces, la actuación del Poder Judicial es fundamental para el resguardo de los derechos y soluciones de todo tipo de conflicto. Ello significa la garantía de que las personas están amparadas frente a los excesos del poder político siendo el poder judicial quien otorga el amparo bajo su carácter de independiente y no se encuentra sujeto a intereses políticos pudiendo respetar y hacer cumplir las sentencias que se dicten. En síntesis, diremos que, la independencia del poder judicial no solo exige la ausencia de representantes directos de los otros poderes: también requiere que no tenga vinculaciones en su origen con aquellos a quienes debe controlar en la constitucionalidad de sus actos y decisiones, así como la independencia adecuada y manejo propio en materia presupuestal que no impida sus iniciativas concretas por imposición de límites y su ejecución por las autoridades.

Siguiendo a Domingo García Belaunde, se sostiene que, el problema de la magistratura *“ha sido y es hasta ahora el problema de su independencia frente al poder político que es la garantía principal que tiene los ciudadanos frente a los excesos del poder”* (García Belaunde, 1996, pág. 50)

El artículo 139° de la Constitución Peruana establece el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional que desarrolla la teoría del juez natural como parte del derecho de defensa constitucionalmente reconocido y del debido proceso, derivando así las siguientes ideas:

- i. La función jurisdiccional, es solo una y se ejerce de manera univoca por el órgano facultado para ello El legislativo y el ejecutivo no pueden ejercer

función jurisdiccional están prohibido de abocarse al conocimiento de causa pendiente y tampoco pueden intervenir en el procedimiento ni mucho menos desconocer sus resoluciones.

ii. La exclusividad, contemplada el concepto de unidad en el sentido de que la administración de justicia es exclusiva del Poder Judicial y al mismo tiempo excluyente respecto a cualquier órgano u organismo.

iii. La función jurisdiccional, es orgánica y jerárquicamente establecida.
(Rubio Correa, 1994, pág. 119)

La efectividad de la protección jurisdiccional a los derechos fundamentales se consigue solamente a través de una absoluta independencia del Poder judicial y de sus componentes respecto de los demás poderes del Estado. Esta independencia política permite ejercer funciones sin injerencias directas o indirectas a su potestad jurisdiccional.

La constitución en su artículo 139, inciso 2 declara como garantía de la Administración de Justicia a la independencia en su ejercicio, que corresponde a la opinión de Monroy Gálvez Juan quien indica que, *“la única posibilidad de que un órgano jurisdiccional pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver conflictos de intereses y procurar la paz social”* (Monroy Galvez, 1996, pág. 81)

Se debe entender que la independencia del Poder Judicial no solamente debe ser redactada en el precepto constitucional. Antes bien, es en el ejercicio concreto de la función jurisdiccional, en el manejo autónomo de la estructura orgánica y fundamentalmente, en la autonomía de decisión de los magistrados donde se comprueba si efectivamente existe independencia. Por lo que, para preservar la independencia personal de los jueces, el artículo 146º de la Constitución declara la incompatibilidad de la función judicial con cualquier otra actividad pública o privada excepto la docencia universitaria.

B. NORMA JURÍDICA Y DECISIÓN JUDICIAL

No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, aplicadas. Ahora bien, las normas generales - Constitución, Leyes. Reglamentos - hablan del único modo que pueden hablar: en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, en la vida humana, en las realidades sociales en las cuales se debe cumplir y, en su caso, aplicar las leyes, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o aplicar una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos en preceptos concretos. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación.

Por otro lado, debemos tener presente que el orden jurídico positivo, no sólo consta de normas generales (Constitución, leyes, reglamentos), sino que también existen normas particulares (contratos, estatutos sociales, etc.) y normas individualizadas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas). De esto se concluye, que la existencia de las únicas normas jurídicas perfectas son las sentencias y resoluciones, por ser las únicas que pueden ser impuestas en forma inexorable, al ser individualizables, de allí que las leyes son siempre una obra inconclusa.

Otro aspecto por resaltar es la función del Juez la cual siempre debe de ser creadora en múltiples dimensiones por ser este "... una pieza esencial e indispensable del orden jurídico positivo, por cuanto este no solo consta de leyes sino también de la función jurisdiccional. El juez si bien es cierto debe obediencia a las leyes, pero las leyes no pueden operar por sí solas, sino únicamente a través de la interpretación que se las dé. Y, como se verá, el Juez debe interpretar las leyes siempre en un sentido de justicia, es decir razonablemente". (Castillo Calle, 2012)

Visto desde otra perspectiva, podemos afirmar que, según la concepción práctica del derecho, en cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta

definición se pone de relieve el carácter "bipolar" de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir en un resultado satisfactorio para ambas. El Intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra.

C. DEBER DE IMPARCIALIDAD DE LOS JUECES

La Real Academia de la Lengua Española define imparcialidad como la *"Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud."* (DRAE, 2001) La imparcialidad no sólo ha sido elevada a principio supremo del proceso. Esta cualidad estimada de la función jurisdiccional se ha encontrado presente en diferentes momentos históricos, desde las antiguas sociedades tradicionales, tomando un cariz de mayor racionalidad en la época moderna razón por la cual es menester presentarlas sucintamente a efectos de comprender su continuidad y particularidad en el actual contexto histórico de vigencia del Estado Constitucional.

La imparcialidad no sólo ha sido elevada a principio supremo del proceso, sino también ha sido normativamente conceptuada como deber en diferentes cartas internacionales como las de Bangalore e Iberoamericana. Asimismo, dentro de la filosofía política ocupa un lugar de cimiento del poder político en general de las sociedades actuales y no sólo de la Magistratura en el entendido que desde que se secularizó el fundamento del poder político, la imparcialidad se convirtió en el único fundamento razonable del poder político en general. Constituye entonces un concepto sumamente relevante y trascendental, que es menester aclarar, más aún cuando su definición en lo esencial resulta amorfa en sí misma al circunscribirse al propósito de la subjetividad del detentador del poder, no resultando tampoco pacífica sino por el contrario despertando encendidos debates entre "garantistas" y "publicistas", más aún cuando los efectos prácticos de la casuística de transgresión al deber de imparcialidad por el

detentador del poder el Magistrado específicamente ha determinado en nuestro país la separación provisional del cargo a través de medidas provisionales de “abstención” o “suspensión”, incluida la destitución de jueces, advirtiéndose asimismo que en materia de Nombramiento de Magistrados así como de Ratificaciones de los mismos, la apreciación de la ética de la persona bajo estos conceptos sucede en contornos no menos imprecisos.



CAPITULO II: ANÁLISIS JURÍDICO

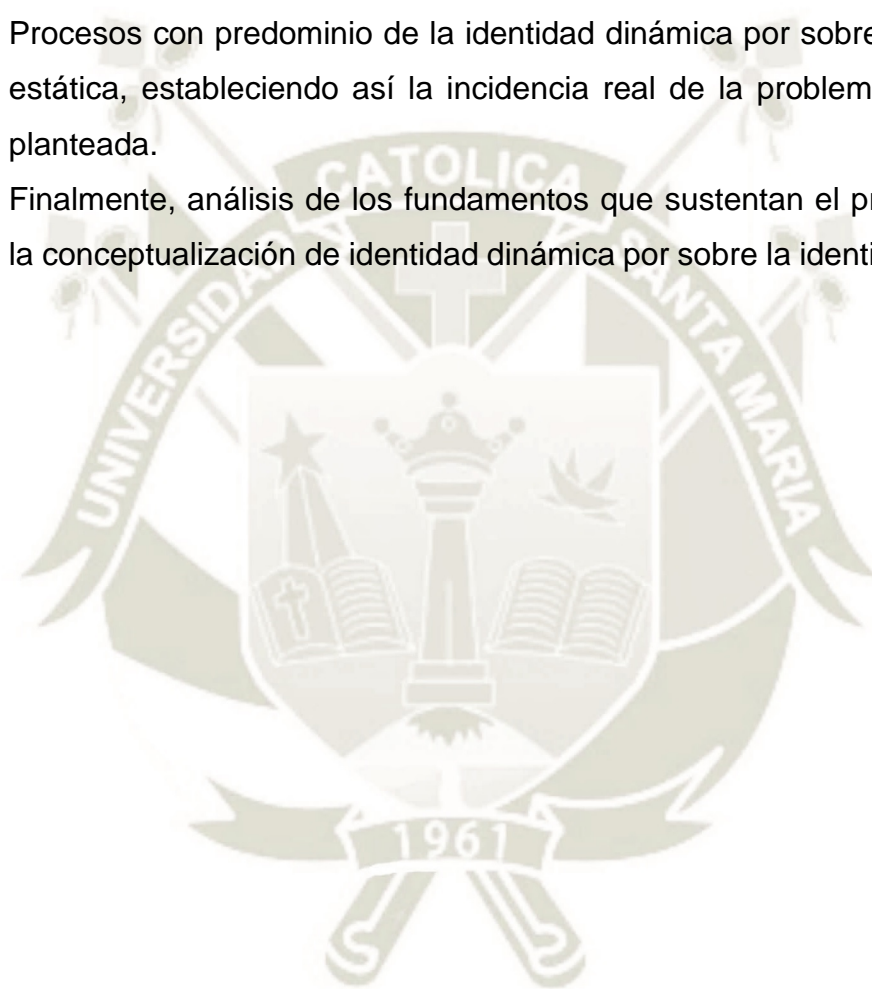
I. RESPECTO AL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

Para realizar una evaluación adecuada de los procesos de impugnación de paternidad en los Juzgados de Arequipa, deben analizarse primigeniamente cual es la incidencia de estos en la Actividad Jurisdiccional de los despachos de familia, durante los años que abarca la investigación: 2014-2017, abarcando en este punto de análisis a los procesos iniciados durante la delimitación temporal de la investigación, analizando los siguientes puntos trascendentales:

- A. Número de procesos tramitados durante el periodo de la investigación a fin de determinar la incidencia de dichos procesos y por ende la relevancia de la investigación.
- B. Calificación de las demandas de impugnación de paternidad, determinando los criterios de los jueces para su admisibilidad y pertinencia.
- C. Edades de los menores cuya paternidad se pretende impugnar, evaluando la incidencia de estas en la motivación de inicio de un proceso de impugnación de paternidad, así como un breve aproximamiento a la necesidad de incluir la opinión de los niños en los fallos de los jueces dependiendo de la edad de estos, tomando como punto de clasificación la edad escolar de los menores.
- D. Realización de pruebas de ADN en los procesos de impugnación de paternidad, determinando el porcentaje de relación de estos y su relación con la concepción de identidad dinámica.
- E. Estado de los procesos, a través del análisis de procesos con sentencia o sin sentenciar determinando en este punto posibles causas de tal realidad.
- F. Resultado de los procesos sentenciados, identificando si fueron declaradas fundadas o infundadas, aspecto que no necesariamente podrá coincidir con la determinación de la postura a tomar: identidad dinámica o

estáticamente, solamente sirviendo de referente para evaluar el resultado de los procesos.

- G. Procesos con divergencia en el proceso entre la conceptualización de la identidad dinámica y estática, es decir cuando exista un padre que solo lo es en razón a la identidad dinámica mas no en la estática o viceversa a fin de establecer cual es la incidencia de este problema que resulta básico para la presente investigación.
- H. Procesos con predominio de la identidad dinámica por sobre la identidad estática, estableciendo así la incidencia real de la problemática jurídica planteada.
- I. Finalmente, análisis de los fundamentos que sustentan el predominio de la conceptualización de identidad dinámica por sobre la identidad estática.



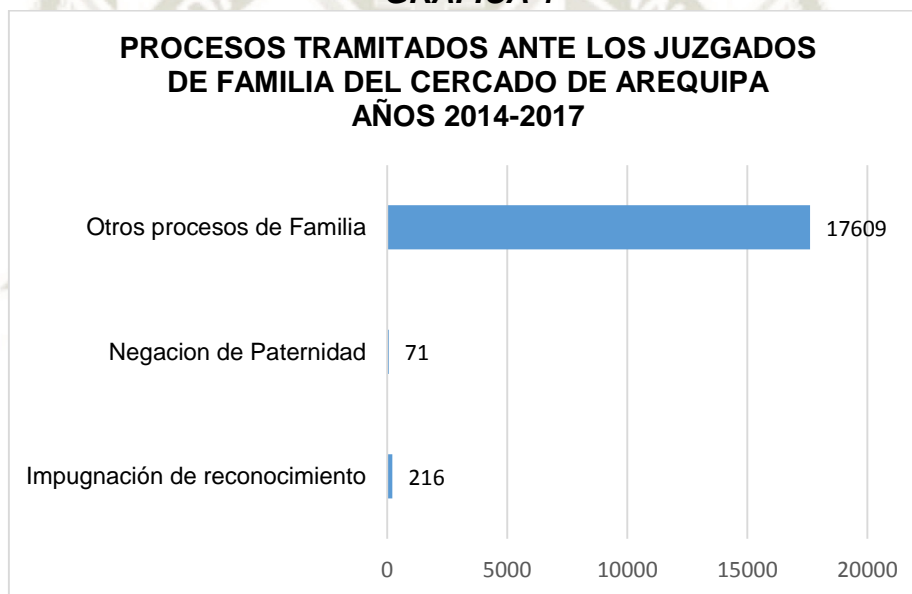
A. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 1
PROCESOS TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Impugnación de Reconocimiento	216	1.21%
Negación de Paternidad	71	0.40%
Otros procesos de Familia	17609	98.40%
TOTAL	17896	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 1



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

En los expedientes de los Juzgados de Familia que se analizaron para el presente estudio, se evaluó la incidencia de los casos de impugnación de paternidad y negación de la misma en comparación con los demás procesos tramitados ante estos juzgados, obteniendo que, el 1.61% de los casos planteados se refieren a la temática de impugnación de la paternidad; mientras que, el 98.40% son otros procesos relacionados con temas de familia, como son: tenencia, divorcio, régimen de visitas, violencia familiar, entre otros.

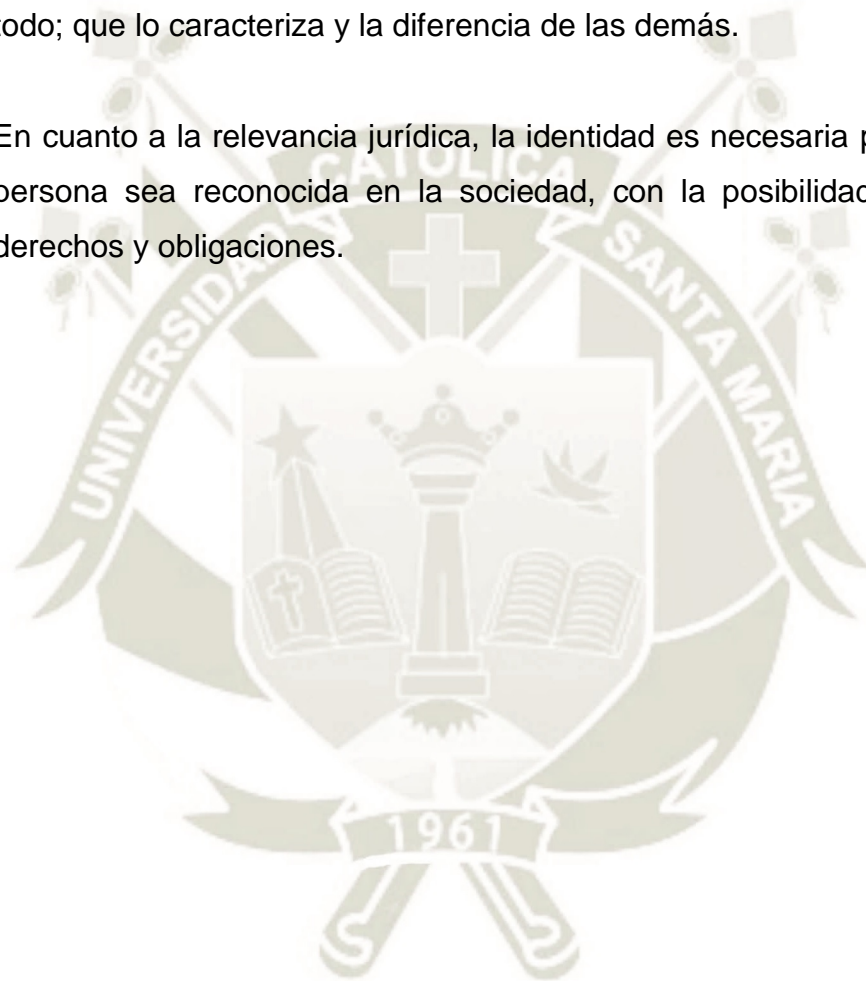
Dentro de los 1.61% casos encontrados, tenemos que, el 0.40% hace referencia expedientes de negación de la paternidad (cuando el padre estuvo separado judicialmente de la madre haciendo imposible la cohabitación entre los mismo, en los 121 primeros días de los 300 anteriores al nacimiento del menor) y el 1.21 a casos de impugnación de la paternidad (cuando el hijo haya nacido antes de 180 días de la celebración del matrimonio, cuando no haya existido cohabitación entre los padres en los 121 días de los 300 anteriores al nacimiento del menor, impotencia absoluta del padre y examen de ADN con resultados desfavorables para determinar la paternidad). Si bien es cierto, nos encontramos frente a un 1.61% de incidencia, estamos frente ante problemas jurídicos para determinar la identidad de un menor, un ser totalmente indefenso, que mediante el principio de interés superior del niño debe encontrarse por sobre cualquier decisión a tomarse respecto a menores.

Por lo tanto, podremos indicar que el tema es de vital importancia, más aún si tomamos en consideración que, la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, teniendo en cuenta que la familia, como célula básica de la sociedad y medio para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, por lo que, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Así, se reconoce que todo niño, debe crecer en el seno de una familia consolidada, rodeado de un ambiente de felicidad, amor y comprensión; ambiente que para que sea realidad debe contar primigeniamente con la identidad del menor adecuadamente establecida y asentada en la mente del menos, con la ya conocida *“Posesión de estado de hijo”*, de esta manera, el niño estará plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados necesarios para el país.

Finalmente, se debe precisar que, respecto a lo indicado por el interés superior del niño, se debe tener como tema principal cualquier asunto jurídico que involucre derechos inherentes a los menores como es el derecho a la identidad; pues, desde el momento de su nacimiento, toda persona tiene derecho a obtener una identidad, incluyendo está el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad, como prueba de la existencia de una persona, miembro de una sociedad, parte de un todo; que lo caracteriza y la diferencia de las demás.

En cuanto a la relevancia jurídica, la identidad es necesaria para que una persona sea reconocida en la sociedad, con la posibilidad de obtener derechos y obligaciones.



B. CALIFICACIÓN DE PROCESOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 2
CALIFICACIÓN DE PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

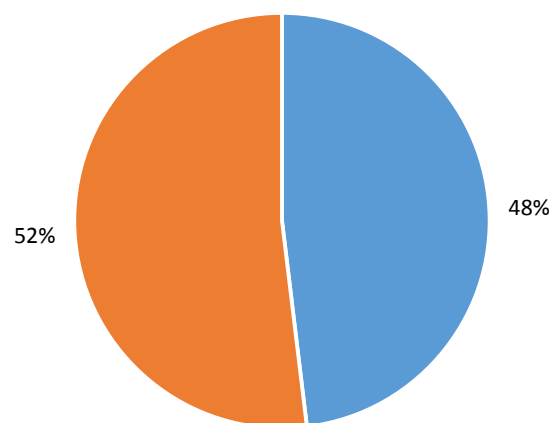
PROCESOS JUDICIALES	F	%
Admitidos	138	48.08%
Improcedentes y/o rechazados	149	51.92%
TOTAL	287	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 2

CALIFICACIÓN DE PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

■ Admitidos ■ Improcedentes y/o rechazados



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

De la Gráfica 2 y Tabla 2 se puede obtener que, el 52.00% de las acciones de impugnación de paternidad (entiéndase en este supuesto, tanto negación como impugnación de la paternidad) son declaradas improcedentes al evaluar los requisitos de admisibilidad y procedibilidad; encontrando entre las causales invocadas para tal declaración: la

caducidad del plazo, falta de legitimidad para obrar del demandante, incompetencia territorial, o que no se ha demandado al padre biológico, entre otras.

Al respecto, citaremos la Resolución N° 01 del Expediente N° 02281-2015-0-0401-JR-FC-01, emitida por el Primer Juzgado de Familia de Arequipa, misma que declara improcedente la demanda presentada, debido a que, es improcedente la acción por el tiempo transcurrido desde el reconocimiento hasta la fecha de impugnación:

“Sexto. - Llama poderosamente la atención que el demandante haya esperado casi **quince años** a fin de plantear esta acción, sin considerar que: 6.1. Toda persona tiene 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. Este derecho es reconocido en el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo 19 del Código Civil, así como también en la Constitución Política del Estado en el inciso 1 del artículo 2 y en la Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 7 y 8. (...)”

El juzgado ha resuelto la improcedencia de la demanda, basándose en el tiempo transcurrido desde que se produjo el reconocimiento de la niña por parte del demandante hasta la fecha de impugnación, donde han transcurrido 15 años, periodo en el que la menor ha construido su *identidad dinámica*; por lo que, en el supuesto de que hubiese admitido la demanda y se hubiera determinado que no existía vínculo biológico con el demandante, la consecuencia inmediata es que el juzgado ordene la expedición de una nueva partida en la cual tendría que excluirse los apellidos del demandante, en este supuesto ¿Qué pasaría con la identidad dinámica que ya construyó la menor? ¿Estaría primando el interés superior de la menor?

Se considera que, de realizarse la modificación de forma intempestiva, se estaría vulnerando la identidad personal de la menor, más aún si la menor

vivió durante toda su existencia en la creencia que el demandante era su padre biológico, identificando su rol como progenitor y determinando una pertenencia a un determinado grupo familiar.

Por otro lado, la causal de caducidad no es la única causal de improcedencia en los casos de impugnación de paternidad, como, por ejemplo, los casos, donde no se ha demandado al padre biológico; en estos supuestos, existen opiniones divergentes sobre la admisibilidad o no de los mismos; de admitirlos ¿Estaríamos protegiendo al menor? ¿Estaríamos acaso dejando sin identidad a los involucrados? Se considera que, a la luz del principio de interés superior no debería admitirse este tipo de acciones, teniendo en cuenta la construcción de la identidad dinámica del menor.

En cuanto a la causal de Incompetencia territorial, su aplicación es lógica al responder solamente a aspectos formales de alcance territorial de la función jurisdiccional de los jueces. Mientras que, en los casos de falta de legitimidad para obrar, estamos frente a la carencia de uno de los elementos indispensables para iniciar un proceso judicial.

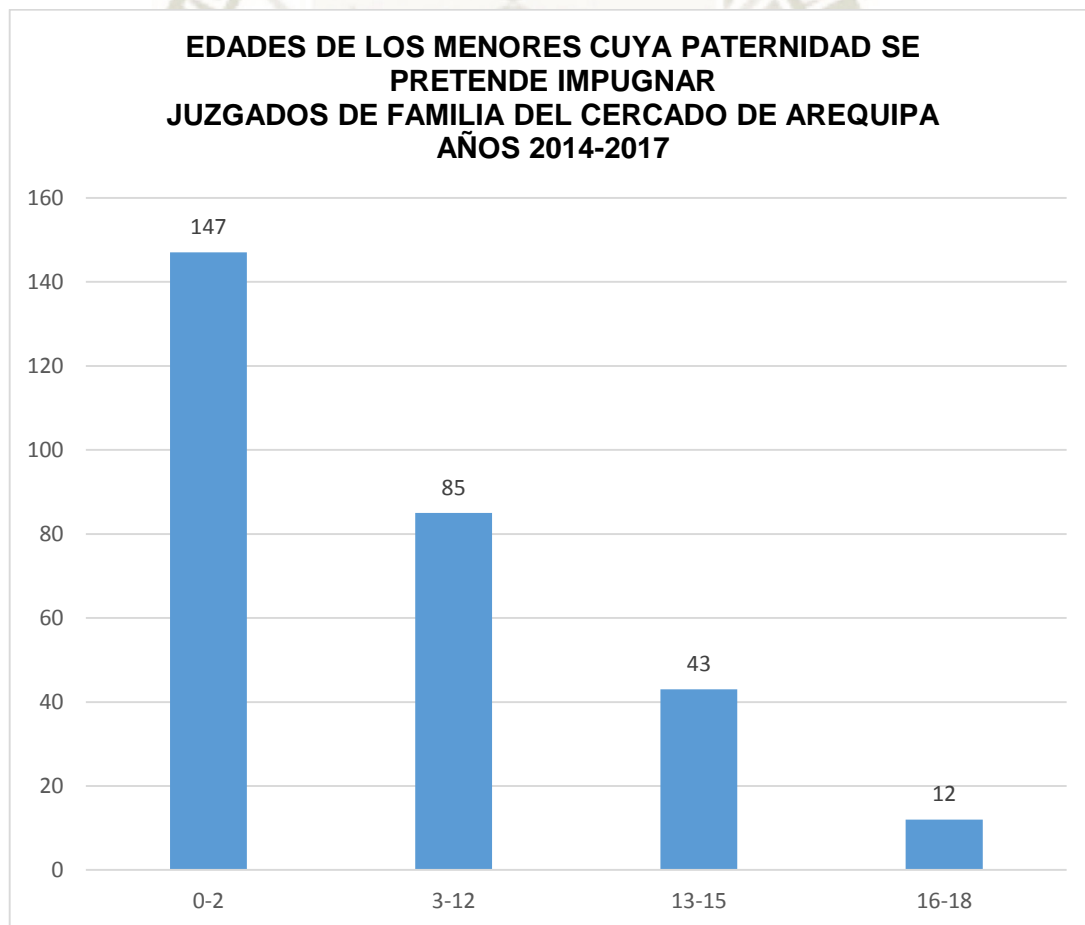
C. EDADES DE LOS MENORES CUYA PATERNIDAD SE PRETENDE IMPUGNAR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 3
EDADES DE LOS MENORES CUYA PATERNIDAD SE PRETENDE IMPUGNAR
JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
0-2	147	51.21%
3-12	85	29.61%
13-15	43	14.98%
16-18	12	4.2%
TOTAL	287	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 3



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

Analizando las edades de los menores cuya paternidad se pretende impugnar, hemos obtenido los siguientes resultados: i. el 51.41% de los procesos involucran a menores entre los 0-2 años; ii. El 29.61% representa a menores con edades entre 3-12 años; un 14.98% son procesos con menores entre 13-15 años; y, iv. Solamente el 4.2% de procesos se encuentran relacionados a procesos con menores de 16-18 años, de los resultados antes descritos podemos elucubrar algunas tentativas explicaciones a tal relación indirectamente proporcional entre la edad y el número de procesos de impugnación de paternidad:

- La relación inversamente proporcional podría estar sustentada en la edad escolar de los menores, ya que, los padres, quienes son los representantes de los menores y legitimados para iniciar esta acción de impugnación, en algunas oportunidades ponen en primer término sus intereses personales respecto a la manutención de los menores; siendo así es necesario e indispensable para ellos dilucidar el tema de la paternidad mientras el menor tenga una edad menor, evitando así futuros pagos de pensión alimenticia por un tiempo prolongado.
- Por otro lado, la respuesta podría a esta relación podría encontrarse en las propias necesidades de los menores que, cuando cuentan con una edad menor necesitan mas cuidados y por lo tanto mayor apoyo de ambos progenitores, necesitando así determinar la paternidad de los menores conforme a la Ley.

Otro aspecto por tomar en cuenta en este gráfico es la frecuencia de edades de los menores para que estos formen parte activa de los procesos de impugnación de paternidad a través de la consideración de la opinión del menor a fin de establecer la posesión de estado de hijo de determinada persona, determinando así el juez el fallo que pueda responder al interés superior del niño.

D. REALIZACION DE LA PRUEBA PERICIAL DE ADN EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.

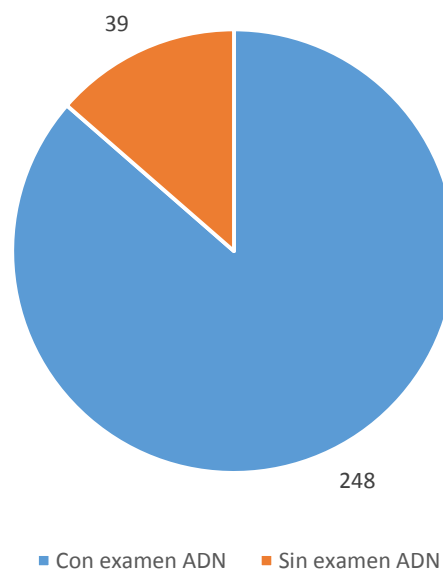
TABLA 4
REALIZACION DE PRUEBA DE ADN EN PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Con realización de prueba de ADN	248	86.41%
Sin realización de prueba de ADN	39	13.19%
TOTAL	287	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 4

REALIZACION DE PRUEBA DE ADN EN PROCESOS DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA AÑOS 2014-2017



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

Evaluando la frecuencia de realización de la prueba pericial de ADN en los procesos de impugnación de paternidad podemos concluir que, en el 86.41% de los procesos se realizó la prueba de ADN, mientras que, en el 13.19% de los procesos no se realizó dicha prueba.

Respecto a la prueba de ADN, debemos tener presente que la ciencia ha tenido avances en biología molecular y pruebas de ADN por las cuales se puede determinar que los hijos que presumíamos biológicos resulten no serlo y poder impugnar el reconocimiento.

El Código Civil ha establecido una de las formas de cuestionar el reconocimiento de un hijo, cuando esta filiación, es decir el reconocimiento, no cumpla con ser un acto jurídico de acuerdo con ley, cuando exista un vicio o se haya sido inducido a error. A esto se le llama, Demanda de Impugnación de Paternidad. De los casos que vemos en la práctica como Abogados de Derecho de Familia, podemos observar que se han realizado declaraciones de paternidad extramatrimoniales de hijos que no son biológicos.

Esta acción de impugnación podrá ser declarada procedente cuando la declaración de paternidad haya sido hecha por incapacidad de la persona que hace el reconocimiento, por vicios de la voluntad del reconocimiento, por simulación, por inobservancia de la forma prescrita o cuando la prueba del ADN pruebe la ausencia del vínculo biológico, considerando a la prueba biológica del ADN es un medio efectivo, seguro y preciso. La seguridad de los resultados genéticos que pueden obtenerse del ADN es al 99, 99% de su efectividad.

Sin embargo, debemos precisar que, la identidad no solo debe determinarse tomando en cuenta los aspectos biológicos de la misma, pues la identidad involucra también un aspecto psicosocial como es la posesión de estado de hijo a través de la conceptualización de la identidad dinámica, por lo que la realización de la prueba de ADN no debe ser considerada como una prueba imprescindible e irrefutable para la determinación de la paternidad en sede judicial.

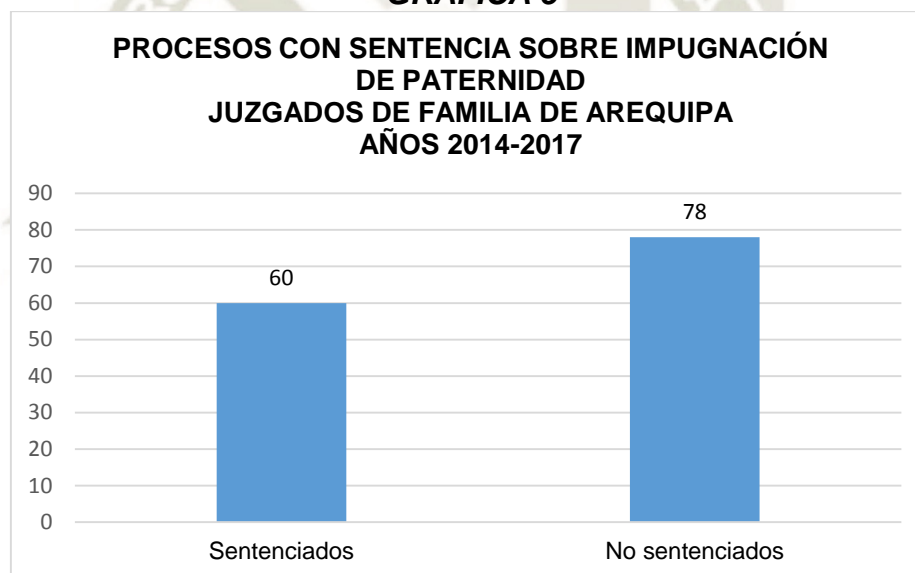
E. PROCESOS CON SENTENCIA DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 5
PROCESOS CON SENTENCIA SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Sentenciados	60	43.48%
No sentenciados	78	56.52%
TOTAL	138	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 5



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

De los expedientes analizados, obtuvimos tanto en la tabla como Gráfica número 5 que, el 56.52% de los expedientes se encuentra sin sentencia, por encontrarse aún en trámite; mientras que, sólo el 43.48% se encuentra con sentencia, situación que puede ser explicada por diversos factores, entre los que pueden destacar:

- Alta carga procesal, esta es una de las mayores problemáticas que afronta la administración de justicia en nuestro país, siendo un numero considerablemente alto de personas que desean alcanzar justicia en

problemas jurídicos o soluciones frente a incertidumbres jurídicas y los recursos y tiempo en múltiples oportunidades son insuficientes para poder resolver los expedientes en los plazos establecidos, convirtiéndose estos en plazos utópicos, que no se ajustan a la realidad.

- Complejidad de los expedientes, al tratarse de procesos donde se abordan temas referentes a los menores, se debe tener sumo cuidado con las resoluciones que se van a tomar en los mismos, fundamentando adecuadamente, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño como norma rectora para la resolución de casos donde los menores jueguen un papel importante, más aún al ser ellos las personas sobre las cuales se crearan, extinguir o modificar relaciones jurídicas.
- Los Factores laborales de los juzgados, son un componente que afecta, tanto de manera positiva o negativa en los expedientes judiciales, dependiendo de cómo estos se involucren en el desarrollo de los conflictos jurídicos o incertidumbres jurídicas, uno de los mayores problemas son las constantes huelgas que los trabajadores del poder judicial realicen, donde si bien es cierto en su mayoría son de trabajadores administrativos, impiden que, las personas puedan acceder adecuadamente a los servicios judiciales, demorando la resolución de los conflictos.

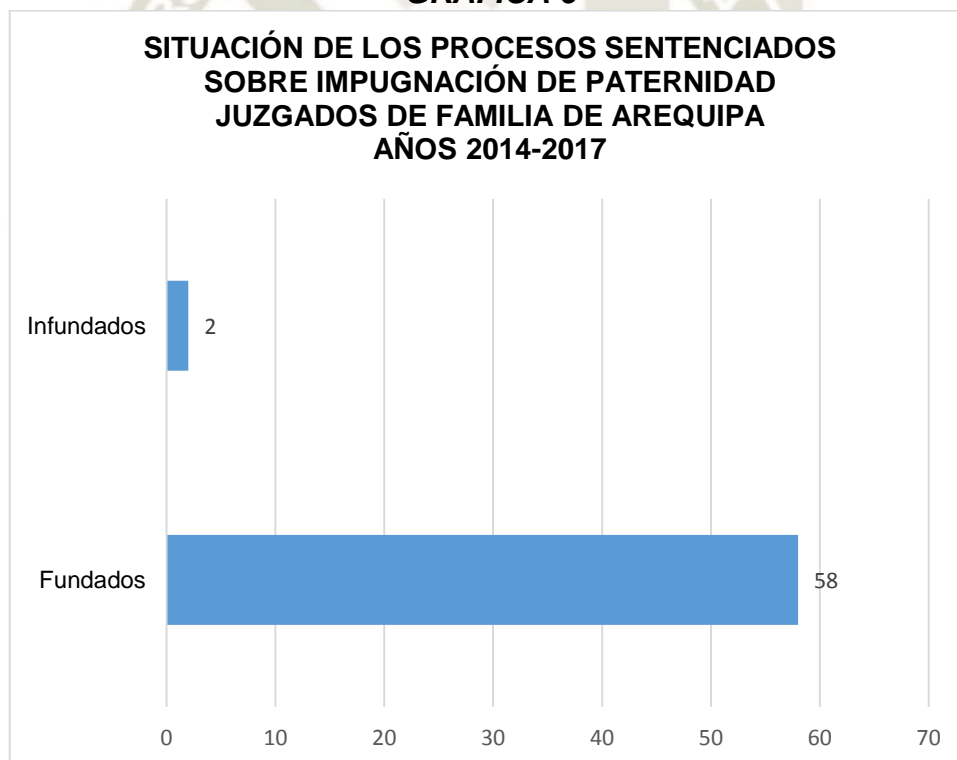
F. SITUACIÓN DE LOS PROCESOS SENTENCIADOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD TRAMITADOS ANTE LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 6
SITUACIÓN DE LOS PROCESOS SENTENCIADOS SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD JUZGADOS DE FAMILIA DE AREQUIPA AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Fundados	58	96.67%
Infundados	2	3.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 6



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

En la Tablas que preceden a este párrafo, podemos observar que, del total de sentencias expedidas por los Juzgados Especializados de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en los casos sobre impugnación de paternidad, el 6.67% han sido declaradas fundadas, mientras que, el 3.33% han sido declaradas infundadas.

Ahora bien, es preciso analizar los fundamentos de estas para establecer la orientación hacia la concepción de identidad estático o identidad dinámica.

Con relación a lo antes indicado, tenemos la Sentencia N° 0228 – 2015 de recaída en el Expediente N° 00566-2014-0-0401-JR-FC-02, cuyo considerando Tercero, indica:

(...) a fin de acreditar la inexistencia de filiación entre el demandante y la menor reconocida, de los resultados de ADN practicados a las partes y a la referida menor (acompañado a folio setenta y seis a setenta y siete), el mismo que concluye que el demandante no es padre biológico, documento que no ha sido cuestionado por la demandada, quien por el contrario, mediante escrito corriente de folio cuarenta y uno a cuarenta y dos, formuló allanamiento a la demanda, señalando: ‘... finalmente lo cierto es que el padre de mi menor hija no resulta ser el actor’. Por tanto, podemos concluir que la referida menor no es hija biológica del demandante.

Considerando este fundamento, la sentencia resolvió indicando:

FALLO: declarando FUNDADA la demanda interpuesta por don AOPL, en contra de doña CYJO; en consecuencia, DECLARO que el demandante don AOPL no es el padre de la menor CFPJ, nacida el siete de abril de dos mil once; por lo tanto, se deja sin efecto el reconocimiento de la niña realizado por éste; debiendo oficiarse a la Municipalidad Provincial de Arequipa, para que inscriba nueva partida de nacimiento de la niña en la cual no aparezca el reconocimiento realizado por el demandante, dando cumplimiento en forma estricta a lo establecido en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 29032; asimismo, se oficie al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) a efecto de la anotación pertinente.

Al realizar el análisis, surge la siguiente interrogante ¿Estamos priorizando la identidad del menor? ¿La identidad de un menor solamente puede ser establecida mediante el aspecto biológico? ¿Dónde queda el factor psicológico de la identidad? ¿Es acaso la prueba de ADN una prueba

infalible para determinar la identidad? Estas preguntas pueden ser respondidas con la concepción que se tiene respecto a identidad dinámica, conceptualización que se aborda en la presente tesis.



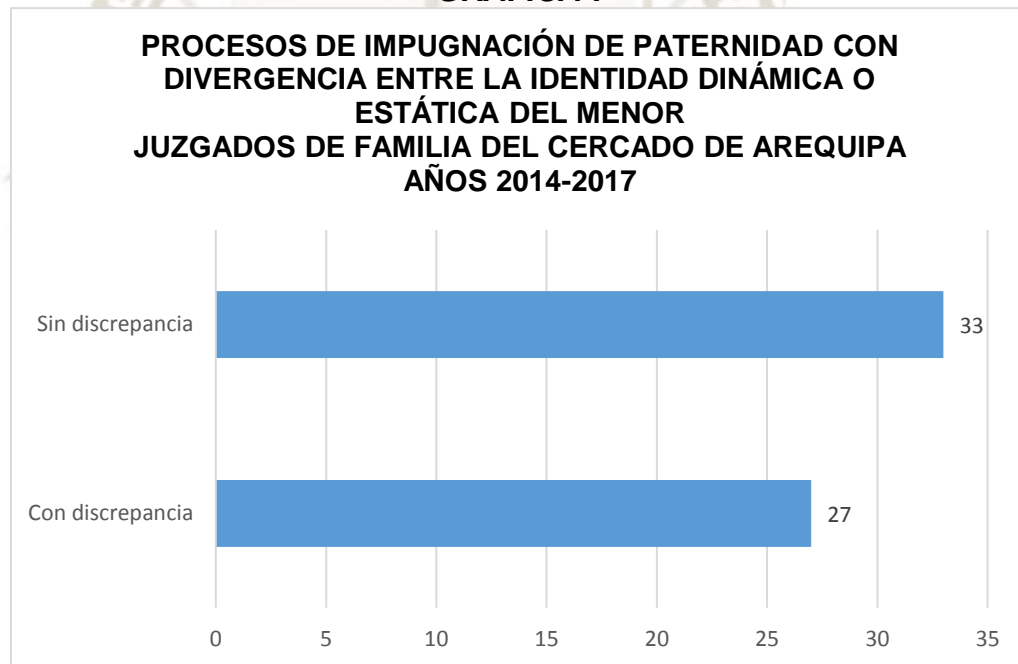
G. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD DONDE HAY EXISTENCIA DE DIVERGENCIA ENTRE LA IDENTIDAD DINÁMICA O ESTÁTICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 7
PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON DIVERGENCIA ENTRE LA IDENTIDAD DINÁMICA O ESTÁTICA DEL MENOR
JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

	F	%
Con Discrepancia I. Estática vs I. Dinámica	26	43.33%
Sin Discrepancia	34	56.67%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 7



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

Los procesos judiciales que se tramitan sobre impugnación de la paternidad conllevan en algunas oportunidades discrepancia entre la Identidad dinámica y la Identidad estática del menor no coincidiendo ambas concepciones en la misma figura del padre; es ante esta divergencia que surge la incógnita, ¿Existe algún orden de prelación o preferencia entre

ambos conceptos de identidad? ¿Cuál debe ser la solución del juez ante esta discrepancia? ¿Debe preferir la identidad dinámica o la identidad estática?

Diremos entonces, que, no se puede establecer una prevalencia de la llamada “verdad biológica” por sobre otros factores como la “posesión notoria de estado”, ni viceversa, ya que, en algunos supuestos, debe darse primacía a la “posesión notoria de estado” sobre el informe pericial biológico, salvo que se estime que hay graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de prescindir del dato biológico; mientras que, en otras situaciones se preferiría a la verdad biológica.

Asimismo, se debe precisar que, la acción de impugnación de paternidad debe darse en función de la existencia o no de la “posesión de estado de hijo”, de manera que, si el padre legal y el hijo mantuvieron una relación de familia estable, la filiación debe ser inatacable; más aún si en la figura del padre converge la de padre biológico. Asimismo, se debe tener en cuenta que, las pruebas biológicas no pueden entenderse como el mayor supuesto de procedencia para la impugnación de paternidad, sino solamente como medio probatorio de la propia acción a entablarse.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta la realidad biológica, afectiva y familiar conocida por el niño, mediante un análisis integral de la realidad del menor, según cada caso particular y donde en muchas oportunidades es necesario inaplicar ciertas normas de nuestro sistema normativo, como las que se ha venido aplicando en la jurisprudencia nacional; denotando así, la necesidad de un cambio de paradigma que responda a los principios de protección a los menores.

H. PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD DONDE SE PREFIRIÓ LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCAO DE AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 8
PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCAO DE AREQUIPA AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Con Preferencia de la Dinámica	24	92.31%
Sin preferencia	2	7.69%
TOTAL	26	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 8



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

En los casos donde existe discrepancia entre los conceptos de identidad dinámica e Identidad estática, se realizó un análisis de las orientaciones de las sentencias, encontrando que, en un 92.31% de expedientes existió preferencia por la Identidad dinámica del menor, mientras que, en un 7.69% no existió preferencia por este último concepto de identidad.

Surgen en este punto algunas inquietudes ¿Existe algún criterio por el cual deba preferirse la identidad dinámica por sobre la identidad estática? ¿Cómo precisar si una determinada identidad favorece o no al menor?

Para dar respuesta a estas inquietudes, podemos orientarnos a lo que indica el principio de interés superior del niño, el cual indica que, toda norma, proceso o procedimiento donde se vean involucrados menores o sus derechos deben de ser resueltos basándose en lo más favorable al menor, indicando entonces que, lo más favorable no coincide necesariamente con la identidad biológica; postura que lamentablemente nuestro código persigue, situación que genera que los jueces no apliquen normas del Código Civil, como más adelante se analizará en la presente investigación, buscando ante todo la aplicación correcta de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, entre los que se encuentra el Derecho a la Identidad.

La Carta Magna en su artículo 2° inciso 1°, consagra el derecho del niño a la identidad, derecho Constitucional que guarda consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 8 incisos 1° y 2°; derecho reconocido también en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes. Estas normas garantizan el derecho a la filiación, el derecho del padre y de la madre a que se les reconozca y ejerzan su paternidad, así como gozar del estado de familia, del nombre y la identidad.

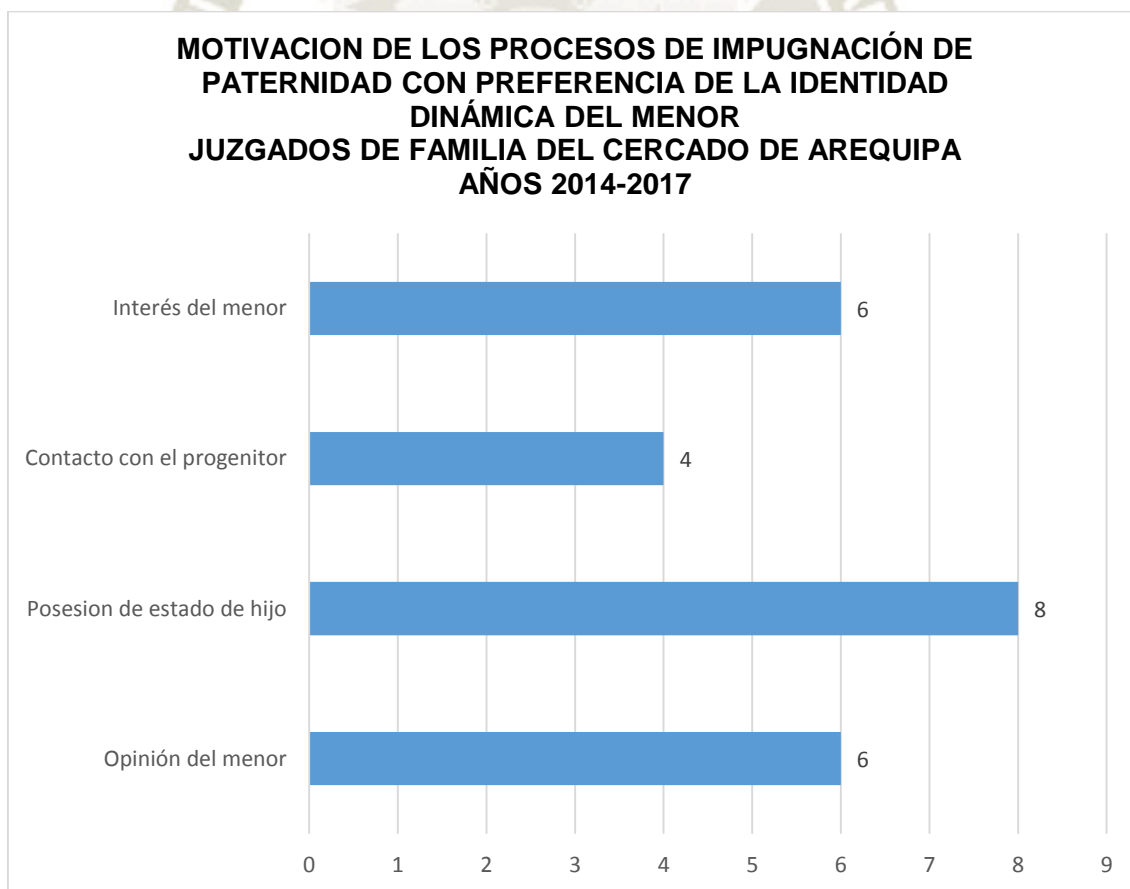
I. MOTIVACION PREDOMINANTE PARA DETERMINAR LA PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR - JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, 2014-2017.

TABLA 9
MOTIVACION DE LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD CON PREFERENCIA DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR
JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA
AÑOS 2014-2017

PROCESOS JUDICIALES	F	%
Opinión del menor	6	25.00%
Posesión del estado de hijo	8	33.33%
Contacto con el progenitor	4	16.67%
Interés del menor	6	25.00%
TOTAL	24	100.00%

Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

GRÁFICA 9



Fuente: Elaboración propia - La investigadora-2018

Para la presente tesis, es necesario analizar la motivación por la cual se prefiere la conceptualización de la identidad dinámica por sobre la identidad estática y sobre las pruebas de ADN; encontrándose que en los 24 procesos donde existió prevalencia de la identidad dinámica existieron diferentes fundamentos que motivaron tal decisión; sin embargo, los jueces en dicha motivación dieron mayor importancia a un determinado factor, teniendo así lo siguiente: i. existe un predominio del fundamento referido a la posesión de estado de menor con un 33.33%; ii. Un 25.00% de los procesos se sustentaron principalmente en la opinión del menor; iii. De igual manera, el 25% de los procesos fueron sustentados en el interés del reconocimiento para el menor; y, iv. Finalmente, un 16.67% de los fundamentos de los procesos analizados se encontraron basados en el contacto del menor con el progenitor.

Ante la realidad antes descrita debemos realizar algunas precisiones:

- La posesión de estado de menor es un criterio fundamental para la determinación de la identidad dinámica, pues en oportunidades, aunque el supuesto padre no comparte material biológico con el menor, este ha vivido bajo la condición de su hijo determinando de esta manera el sentido de pertenencia a una determinada familia a las características de esta y sobre todo al reconocimiento de la sociedad como miembro de un grupo familiar, en relación con la paternidad del menor
- La opinión del menor debe tomarse en cuenta siempre y cuando esta no contradiga los intereses del menor; sin embargo, no se ha determinado a partir de que comentario debe de escucharse la opinión del menor, consideramos que no debe de fijarse este parámetro de manera irrestricta pues cada menor tiene un desarrollo cognitivo diferente, no pudiendo evitar escuchar su opinión por un tema de límite de edad; asimismo, debemos tener muy presente que muchos padres de manera errónea tergiversan la realidad generando que los menores tengan una idea contraria a la realidad o a sus intereses.
- El Interés del menor en el reconocimiento de la paternidad es un factor importante que tomar en cuenta, ya que como hemos precisado en el

punto anterior, en algunas oportunidades los distintos componentes de la identidad biológica no convienen a los intereses de los menores; siendo necesario que el juez realice una valoración de lo mas conveniente para el desarrollo integral del menor.

- Últimamente, el contacto previo del menor con el progenitor contribuye a la configuración de la posesión de estado de menor, al no poder este realizarse si no existe una verdadera identificación del menor con el padre y viceversa, siendo considerado este aspecto fundamental para determinar la paternidad bajo la concepción de la identidad dinámica.



II. SOBRE LOS CRITERIOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA.

A. PROCESOS CON SENTENCIA CONSULTADA A LA CORTE SUPREMA

Para este acápite del análisis jurídico se precisaron los fundamentos de preferencia de la identidad dinámica de menores para establecer la identidad de niños con respecto a los adultos; tomando los fundamentos de los Juzgados Especializados de Familia y las sentencias más resaltantes, mismas que han sido sujetas de revisión por la Corte Suprema:

1. CONSULTA N° 110-2012

- **Expediente de Origen:**
00984-2011-0-0401-JR-FA-01.
- **Juzgado:**
Primer Juzgado de Familia de Arequipa.
- **Sentencia:**
Sentencia Nro. 125-2012 del 07/06/2012
- **Hechos:**
El Sr. Zamalloa en representación del Sr. Rosas interpone demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad en contra de los esposos Lázaro- Challa y de la niña de iniciales U.G.L.CH., afirmando que la menor es hija biológica de su poderdante producto de una relación extramatrimonial que este sostuvo con la madre de la menor, no pudiendo reconocer a su hija por haber salido del país con fecha anterior al nacimiento de la menor.

Por su parte, los codemandados aceptan los términos de la demanda, admitiendo en todos sus extremos la veracidad de los hechos expuestos y los fundamentos jurídicos.

- **Decisión del Juez:**

A través de doce considerandos, el despacho del Juez fundamenta la sentencia, fallando i. Declarando inaplicable al caso los artículos 367 y 376 del Código Civil por preferir los artículos 6,4 y 2 inciso uno de la Constitución Política del Perú; ii. Declarando fundada la demanda y declarando que el Sr. Lazaron no es el padre de la menor, por lo tanto, declarando padre de esta al Sr. Rosas; iii. Dejando sin efecto el reconocimiento realizado por el Sr. Lazaron; iv. Dejando, asimismo, sin efecto la presunción legal de paternidad; y, v. Remitiendo los actuados a la Fiscalía a fin de que investigasen si se cometió algún ilícito penal.

- **Análisis Jurídico:**

La filiación es aquella que configura el núcleo paterno-materno-filial; siendo esta matrimonial cuando es aquella que opera cuando el hijo nace de mujer casada, atribuyendo la paternidad al marido, sin necesidad de reconocimiento expreso por parte de este. La presunción de paternidad o es absoluta, entonces admite prueba en contrario.

Por su parte, el artículo 367 precisa que, *la acción para contestar la paternidad **corresponde al marido**. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el Artículo 364º, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado. Asimismo, el artículo 376 indica: *Cuando se reúnan en favor de la filiación matrimonial la **posesión constante del estado** y el título que dan las partidas de matrimonio y nacimiento, **no puede ser contestada por ninguno, ni aun por el mismo hijo**.**

En el proceso materia de análisis podemos apreciar que estos artículos colisionan con los hechos del proceso, ya que, al existir una prueba de ADN que demuestra que la menor no es hija biológica del menor, estaríamos frente a una concepción falsa de paternidad. Por otro lado, estos artículos indican que la acción para contestar la

paternidad corresponde solamente al marido, situación contraria al presente caso, donde es un tercero quien pretende contestar la paternidad de una menor, más aún que esta no podría ser contestada por persona alguna al estar frente a la posesión constante del estado, debido a la edad de la menor (tiempo transcurrido).

Sin embargo, se debe tener en consideración lo normado en la Constitución, en el artículo 2, inciso 1: *Toda persona tiene derecho:*
1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...), bajo la misma línea, el artículo 4 precisa: *La comunidad y el Estado **protegen especialmente al niño**, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...).* Finalmente, el artículo 6 indica: *La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables** (...).*

Entonces, al analizar los artículos del Código Civil en correlación con las disposiciones constitucionales, podremos decir que claramente, las normas contenidas en el Código Civil son contrarias al objeto y finalidades que el Estado debe perseguir conforme a nuestra Constitución.

Este tipo de conflictos han sido previstos por el Estado Peruano, al indicar en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que: *de conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera (...);* disponiendo así la facultad de todo Juez de aplicar el control difuso a fin de que las decisiones de estos sean

realizadas conforme los lineamientos constitucionales de nuestro país.

En el presente caso, es imposible admitir que un padre, que recién ha tenido conocimiento de tal hecho y desee asumir a plenitud su paternidad y que cuente con la aprobación del supuesto padre no pueda ejercer tal derecho por una prohibición que, con el avance de la ciencia y en ciertos casos no es aplicable.

Finalmente, al analizar casos donde se estén discutiendo derechos que puedan favorecer a los menores, se debe tener en cuenta el principio de interés superior del niño, principio que debe regir en toda decisión que los Estados parte tomen en cuanto a menores; por lo que, considerar debidamente fundamentada la sentencia analizada, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República aprobaron la inaplicación normativa realizada en la Sentencia.

2. CONSULTA N° 1415-2012

- **Expediente de Origen:**

03346-2010-0-0401-JR-FC-03

- **Juzgado:**

Tercer Juzgado de Familia de Arequipa

- **Sentencia:**

Sentencia Nro. 366-2011 del 22/11/2011

- **Hechos:**

El Sr. Moscoso demanda la impugnación de paternidad del menor de iniciales K.J.C.V.B, a fin de que se declare nulo el conocimiento realizado por el Sr. Valdivia y se tenga como padre del menor al demandante, este aduce que mantuvo una relación con la madre del menor, la Sra. Bejarano, desde épocas posteriores a la concepción del menor, pese a que ella aún se encontraba casada con el Sr. Valdivia, aduciendo asimismo que, los esposos Valdivia-Bejarano se

encontraban separados de hecho desde que comenzó una relación amorosa con la Sra., Bejarano; finalmente, el demandante indica que, recientemente tuvo la certeza de que el menor era hijo suyo, pues la codemandada recién le confesó que el menor era su hijo biológico.

El codemandado, el Sr. Valdivia, respondió la demanda precisando que el reconoció al menor porque no tenía duda de su paternidad, afirmando haber convivido con la madre del menor durante la época de la concepción; por lo que no acepta que se ponga en tela de juicio la paternidad que este ostenta.

- **Decisión del Juez:**

Durante un análisis en diez considerandos, el Juez dispuso fundada la pretensión principal y en consecuencia se declaró que el demandado no era padre del menor y se declaró padre del menor al demandante; dejando de aplicarse los artículos 396 y 404 del Código Civil al caso concreto, prefiriendo el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

- **Análisis Jurídico:**

De la Sentencia fluye que, lo que se pretende es la impugnación de filiación matrimonial; por lo que siendo así, existen disposiciones sustantivas dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico que inviabilizan la pretensión invocada por el demandante.

El artículo 396 del Código Civil prescribe que, *el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino **después de que el marido lo hubiese negado** y obtenido **sentencia favorable***, es aquí donde surge la interrogante. Si no existe negación ¿Se debe dejar de administrar justicia?; no es acaso una de las funciones del derecho el administrar justicia aun cuando existan vacíos o no haya norma; por lo que esta norma sería esta un impedimento al cabal cumplimiento de tal fin en el caso concreto.

Este artículo guarda relación con el artículo 404 del mismo cuerpo normativo que precisa: **Si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso de que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenida sentencia favorable**; y que sucedería ¿Si el reconocimiento que realice el marido tiene una motivación negativa? La Convención de los Derechos del Niño, como ya hemos precisado consagra el principio de interés superior del niño, principio que debe ser recogido y estudiado para responder la pregunta antes planteada. Si el niño se vería beneficiado con esta prohibición debe admitirse la misma, de lo contrario no debería ser aplicada.

Ahora bien, el Juez en el presente caso ha tomado en consideración lo estipulado en la Constitución, en el artículo 2, inciso 1: *Toda persona tiene derecho: (...) 1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...)*; entonces, las acciones y decisiones judiciales del derecho de familia no sólo deben sustentarse en lo científicamente cierto, pues existen otros factores que constituyen la unión familiar, las relaciones entre padres e hijos no sólo se constituyen en base al parentesco sanguíneo, sino a la posesión de estado que el menor tiene, siendo que en el presente caso, el menor vivió toda su vida con el demandante y lo reconoce como padre; esta situación aunada al resultado del ADN demuestran que en este caso la identidad dinámica y estática confluyen en la misma persona, el demandante.

Finalmente, el Juez fundamenta su decisión en la temprana edad del menor, edad en la cual necesita conocer y entender de donde provienen sus orígenes y quien es su padre biológico a fin de identificarse con el mismo y desarrollarse plenamente y a nivel integral.

Estos fueron los fundamentos que, llevaron a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República a aprobar la inaplicación normativa realizada en la Sentencia.

3. CONSULTA N° 1684-2012

- **Expediente de Origen:**

01079-2011-0-0401-JR-FC-03

- **Juzgado:**

Tercer Juzgado de Familia de Arequipa

- **Sentencia:**

Sentencia de fecha 15/03/2012

- **Hechos:**

La Sra. Quispe inicia proceso de impugnación de reconocimiento en contra su padre, el Sr. Quispe, a fin de que se declara que este no es padre de su hijo de iniciales Y.R.Q.M. sino su abuelo materno; ya que, si bien es cierto el reconocimiento fue realizado como producto de un acto de buena fe, este imposibilita que la madre del menor pueda obtener el DNI de este, al afirmar los funcionarios de la RENIEC, que el menor es producto de una relación incestuosa entre padre e hija.

La demanda es contestada por el demandado quien ratifica todo lo precisado por la demandante, aduciendo que realizó el reconocimiento del menor por haber sido fruto de una violación que sufrió su hija y no quería que el menor creciera con el estigma de ser el producto de un hecho tan deplorable y así pudiera crecer adecuadamente y convertirse en un hombre de bien.

- **Decisión del Juez:**

En la Sentencia analizada, se tomaron en cuenta fundamentos doctrinales y jurisprudenciales que llevaron al Juez a resolver declarando fundada la demanda y por ende reconocieron que el

demandado no era padre del menor, quedando el mismo reconocido solamente por la madre y a la vez demandante.

- **Análisis Jurídico:**

Nuevamente nos encontramos frente a una incompatibilidad normativa entre una norma estipulada en el Código Civil y la Constitución, donde, por un lado, el artículo 400 del Código Civil indica que, *el **plazo para negar el reconocimiento es de noventa días**, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto;* y el artículo 2 de la Constitución Peruana, inciso 1: *Toda persona tiene derecho: (...) 1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...);* aquí se debe analizar si el plazo que otorga la norma debe ser aplicado sin restricción alguna a todos los casos de negación de reconocimiento; ya que el demandante siempre tuvo conocimiento de que el menor no era hijo suyo sino su abuelo materno, ¿Debería dejar de aplicarse este plazo en beneficio del menor?, concordamos con la decisión adoptada por el despacho judicial, al indicar que el derecho de identidad del menor debe primar por sobre cualquier norma de inferior rango que pretenda limitarla.

Al analizar la decisión del juzgado, se toma en cuenta la identidad dinámica e identidad estática, pues en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva -verdadero padre es el que ama-; la biológica -los lazos sagrados-; la sociológica -posesión de estado-; la volitiva -para ser padre o madre es necesario quererlo- y la del tiempo - cada nuevo día refuerza el vínculo, encontrándonos en este punto frente a la ya conocida “posesión de estado de...”

Entonces, ¿estaríamos frente a una incongruencia normativa? ¿existen lineamientos o directrices establecidas al habar de identidad e impugnación de paternidad? ¿estamos vulnerando el interés superior del niño?; es por ello por lo que para casos concretos debe de analizarse la aplicación de las normas del Código Civil para la

impugnación de paternidad, determinando adecuadamente en el presente caso el apartamiento del artículo 400 del Código Civil.

4. CONSULTA N° 2802-2012

- **Expediente de Origen:**

07301-2012-0-0401-JR-FA-01

- **Juzgado:**

Primer Juzgado de Familia de Arequipa

- **Sentencia:**

Sentencia de fecha 05/03/2012

- **Hechos:**

El Sr. Quintanilla presenta demanda de impugnación de paternidad en contra de la Sra. Mercado y el Sr. Siveroni, respecto del reconocimiento de paternidad que hiciese del menor de iniciales M.M.Q.M.; indicando que este reconocimiento fue realizado a consecuencia del engaño de su entonces esposa, la Sra. Mercado; sin embargo, el codemandado, es el padre biológico del menor, de allí el motivo de la acción presentada.

Los hechos aducidos por el demandante fueron aceptados por los codemandados quienes reconocieron que el menor era hijo de ambos, de una relación extramatrimonial que tuvieron mientras el demandante y la codemandada se encontraban casados.

- **Decisión del Juez:**

En la sentencia se establece que no existen motivos por los cuales el demandante deba seguir siendo considerado padre del menor, más aún cuando existen los resultados de ADN que indican que el padre biológico del menor es el codemandado, por lo que la demanda fue declarada fundada en todos sus extremos.

- **Análisis Jurídico:**

El derecho, como parte de su labor de impartir justicia, se ocupa del aspecto científico de los hechos, para la ciencia la prueba de ADN determina si hay filiación o no, pero el derecho debe ir más allá del asunto biológico, teniendo en cuenta los diferentes aspectos de la identidad, identidad dinámica e identidad estática. Existe también otro aspecto relevante, que es el interés superior del niño, en el cual el juez deberá fundarse al momento de declarar la filiación o en su caso la impugnación de paternidad, esta última institución llega a crear lazos afectivos más fuertes que los sanguíneos y por tanto no debe ser declarada, si esto es perjudicial para el menor.

Cuando se habla de identidad, generalmente podemos estar haciendo referencia a esa serie de rasgos, atributos o características propias de una persona, sujeto o inclusive de un grupo de ellos que logran diferenciarlos de los demás. Por su parte, identidad también alude a aquella apreciación o percepción que cada individuo se tiene sobre sí mismo en comparación con otros, que puede incluir además la percepción de toda una colectividad; y es la identidad la que se encarga de forjar y dirigir a una comunidad definiendo así sus necesidades, acciones, gustos, prioridades o rasgos que los identifica y los distingue.

Entonces, para preservar el derecho de toda persona consagrada en el artículo 2 de la Constitución Peruana, inciso 1: *Toda persona tiene derecho: (...) 1. A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo y bienestar**. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. (...); se debe inaplicar lo dispuesto en el artículo 364 del Código Civil: **La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.***

B. ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Ya se ha establecido que, el Código Civil sigue una corriente biológica; dando mayor importancia a las pruebas periciales biológicas como el ADN; sin embargo, en temas de determinación de la identidad, debemos de realizar un análisis del beneficio que los menores podrán adquirir con el establecimiento de la identidad; tomando en cuenta que, la identidad aborda dos grandes aspectos o facetas, una biológica y una psicoafectiva.

Realizando un análisis de la diversa jurisprudencia, podemos precisar que existe jurisprudencia casatoria a tomar en cuenta al momento de realizar el análisis de temas relacionados a la identidad – paternidad.

Una de las primeras sentencias emitidas sobre el particular es la Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema vertida en la Casación N° 2112-2009-Callao, que señala:

Como puede advertirse nos encontramos ante una situación totalmente distinta, pues en autos no se persigue establecer quién es el verdadero padre del niño, sino establecer que el demandante no es el padre, lo cual de ninguna manera beneficiaría al niño sino, por el contrario, le perjudicaría, pues vería afectada su identidad con respecto a la rama paterna, sin que exista oportunidad de dilucidarse en este proceso quien es su verdadero progenitor. En consecuencia debe procederse en aplicación del artículo octavo de la Convención de los Derechos del Niño, según el cual los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas; razones por las cuales este Supremo Tribunal procede a aplicar irrestrictamente el artículo 400 del Código Civil y, siendo así coincide con la recurrida en el sentido de que a la fecha de interposición de la demanda el derecho que tenía el actor a impugnar su paternidad ya había caducado.

En la mencionada sentencia, en el considerando decimo se establecía el derecho a la identidad del niño:

Este Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y

apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial.

Este pronunciamiento, resulta beneficioso para el niño, ya que se establece que el derecho a la identidad de éste implica también el derecho que tiene el niño de conservar y preservar los nombres y apellidos de aquel que voluntariamente lo reconoció, con quien forjó un vínculo emocional, a quien reconoce como su padre y se identifica con él.

Años más tarde, la Casación N° 2726-2012 Del Santa precisa en el fundamento décimo cuarto:

DÉCIMO CUARTO.- Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia

mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal.

En la Casación se establecen algunos bosquejos de la interpretación de la faceta dinámica de la identidad, al analizar no solamente los resultados biológicos, sino la relación emocional de los menores con los padres, así como el desarrollo cotidiano y normal en familia que lleva la menor respecto a los padres, contrastando estas interpretaciones con la Constitución Política del Perú y el principio de interés superior del niño, consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

Por su parte, La Casación N 3797-2012 Arequipa, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se aparta de orientación del Código Civil Peruano, al tomar en consideración como un aspecto secundario la prueba científica que determina la filiación genética señalando que, *“cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental”*; por lo tanto, al impugnar la paternidad, el accionante no puede justificarse solo en el dato genético, al ser el ser humano un ser complejo que para su desenvolvimiento debe desarrollarse de forma integral.

A continuación, la Casación N° 1622-2015 Arequipa – precisa las consecuencias del desamparo en el que se pueden ver inmersos los menores cuando la impugnación de la paternidad no los favorece:

DÉCIMO TERCERO.- Y 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 esta controversia va ligada al de la manutención del menor, que 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.

Siguiendo la misma línea, la Jurisprudencia Casatoria de la Corte Suprema vertida en la Casación N° 950-2016-Arequipa, señala:

PRIMERO.- Procediendo al análisis de la infracción contenida en el numeral III de la presente resolución, referente al interés superior del niño y su derecho a la identidad, resulta menester precisar previamente que, en cuanto al interés superior del niño, el principio de protección especial del niño se erige en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un principio fundamental, que fue inicialmente enunciado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, que parte de la premisa de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, razón por la cual deben ser especialmente protegidos. De una manera más amplia y precisa fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2 en los siguientes términos: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, también reconoce este principio, al consagrar que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”. En sentido similar, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; que luego los desarrolla la propia Convención. Sin embargo, la diferencia entre la concepción de la Convención y de las anteriores es cualitativa, pues mientras aquéllas son meramente declarativas, ésta dota a dicho Principio de total efectividad, en primer lugar, tenemos, por reconocer al niño como sujeto pleno de derecho; y, en segundo lugar, por dotar a tales derechos de las garantías para su cumplimiento, y en ese marco considera dicho interés como principio vinculante para todos los poderes públicos y entes privados. Por consiguiente, atendiendo a tal principio, concebido como la búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, es que debe emitirse la presente decisión.

SEGUNDO. - Que, en esa misma perspectiva, respecto al derecho a la identidad del menor, se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor, y se garantice la vigencia de sus

derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. El derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; así, el conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás; en consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano.

En la casación citada líneas arriba, se especifica claramente las implicancias del interés superior del niño a nivel de aplicación de justicia en el Estado, indicando que, el menor en su calidad de sujeto de derechos debe ser objeto de interés para el establecimiento de las normas jurídicas de un país; asimismo, señala que el derecho a la identidad es de interés de los menores y no de los padres, motivo por el cual debe de buscarse que el mayor beneficiado con la determinación de la identidad sea el menor, asegurando de esta manera un desarrollo completo del ser humano, abarcando tanto las facetas físicas como emocionales.

III. EN RELACIÓN CON LAS IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA APLICACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.

La aplicación de la identidad dinámica en la actividad jurisdiccional de familia trae consigo diversas implicancias jurídicas que van desde el apartamiento de la norma jurídica en casos particulares a la necesidad de reformular la norma jurídica que se refiere a la impugnación de la paternidad.

Se debe considerar que, la posesión de estado de filiación, que se afianza en el tiempo, no debería ser contradicha por una investigación de la paternidad en base a la prueba genética; ya que, para el menor valen más las vivencias y los buenos momentos compartidos con los mayores y sus pares que los resultados biológicos. Si bien es cierto, los primeros van siendo “cosechados” día a día mientras que, los segundos son inmutables, pero no trascienden en la vida del hombre, sólo establecen una relación biológica y una genealogía, donde si los miembros de esta no mantienen una relación con el menor, solamente estaremos frente a una relación nominal mas no práctica.

Entonces, la posesión de estado ofrece los parámetros indispensables y necesarios para el reconocimiento de una filiación, haciendo resaltar la verdad socioafectiva o, como también se le conoce la verdad sociológica de la filiación, la que es construida sin dependencia alguna del aspecto genético; siendo; por lo tanto, necesario realizar un análisis metódico de las necesidades del menor, a través de mecanismos como: escuchar la opinión del niño, análisis de la realidad del menor por parte del equipo multidisciplinario, entre otros.

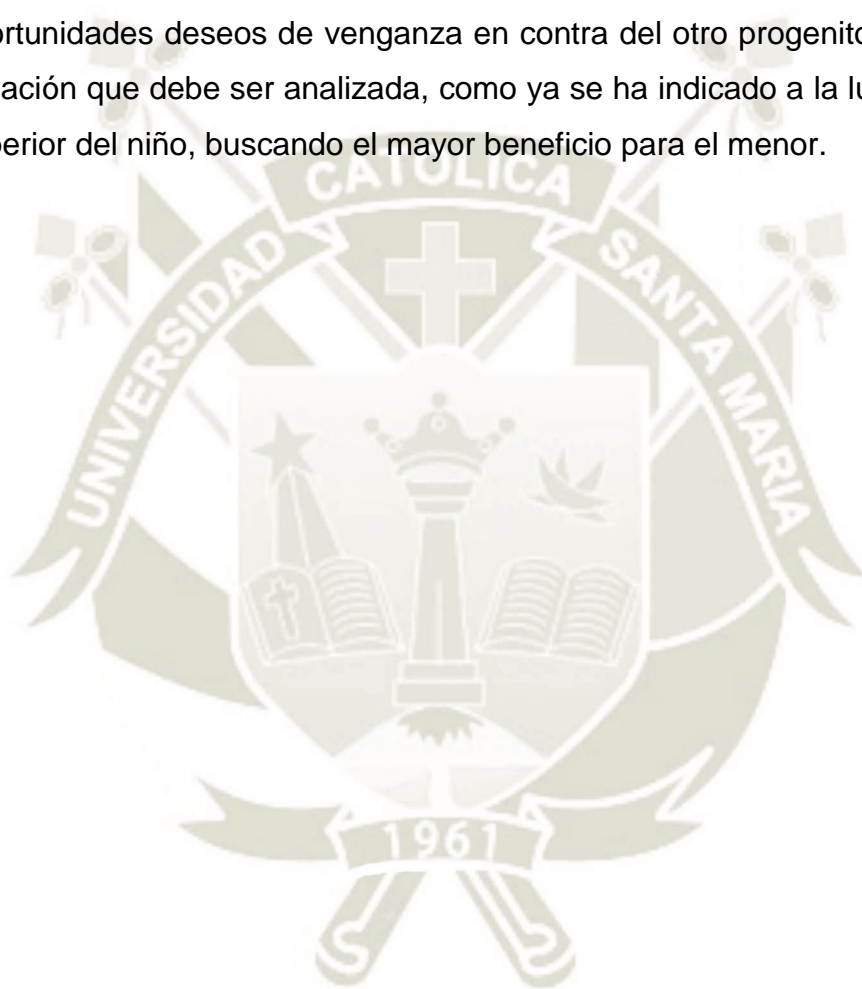
Una de las consecuencias de la aplicación de la identidad dinámica en los Juzgados de Arequipa es el control difuso que se ha empleado en casos sobre impugnación de la paternidad, figura que tiene presente que, toda norma que es promulgada en nuestro país se considera acorde a la Constitución, así como que no vulneran el ordenamiento jurídico, sin embargo, esta presunción no es absoluta al admitir prueba en contrario, mediante un análisis de esta

para cada caso en concreto. Si bien es cierto, se ha establecido el control difuso en sede judicial, este trae consigo una serie de requerimientos, como la motivación y la revisión posterior a la que debe someterse en la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que, valgan verdades, siempre tiene bastante carga procesal, generando sin intensión un retraso en los efectos de la sentencia que va en consulta, aún más cuando nos encontramos frente a un derecho no disponible, la identidad.

Este control implica una tarea complicada, ya que no se refiere a un simple cotejo entre lo que manda la norma y lo que fluye de la Constitución, sino que necesariamente requiere de una total evaluación de los propósitos constitucionales con referencia de toda la teoría de la interpretación constitucional y legal y adicionalmente se debe tener como referencia esencial la solución del caso específico y no perder de vista los efectos de la resolución, ya no solo circunscrito al caso específico, sino a la sociedad en su conjunto, de ahí que uno de los factores que influye en la escasísima ejecutoria de control difuso, resulta explicada.

Por otro lado, tenemos que, de no realizarse este apartamiento (en algunos casos específicos) se tendría que seguir la línea biológica del Código Civil, afectando significativamente al desarrollo del menor, ya que, las características de una familia representan más que la suma de las personalidades individuales, los psicólogos han reconocido al abordaje de la dinámica familiar como un tema significativo ya que se considera a la familia como la primera institución que ejerce su influencia en el infante mediante la transmisión de valores, costumbres y creencias por medio de la convivencia diaria; asimismo, es la primera institución educativa y socializadora del niño. Es imprescindible no olvidar que, al nacer el niño, su dependencia de los padres es total. Mucho tiempo después, afrontará la independencia y la separación de su familia, la autosuficiencia y la transferencia de valores, adquiridos en la niñez, a otras personas dentro y fuera de su familia.

Es preciso indicar que, las consecuencias irán más allá del ámbito emocional –afectivo, llegan a un ámbito económico, afectando los derechos y obligaciones que el padre primigenio asumió respecto al menor. ¿Qué sucede si la motivación para iniciar un proceso de impugnación de paternidad no persigue fines de protección para el menor? Nuestra realidad ha demostrado que en múltiples oportunidades la motivación para iniciar un proceso de impugnación son intereses personales de los accionantes, o en algunas oportunidades deseos de venganza en contra del otro progenitor del menor; situación que debe ser analizada, como ya se ha indicado a la luz del interés superior del niño, buscando el mayor beneficio para el menor.



IV. RESPECTO A LA MODIFICACIÓN DEL 24 DE AGOSTO DEL 2018 – DECRETO LEGISLATIVO N° 1377

Mediante Decreto Legislativo N° 1377, publicado con fecha 24 de agosto se establecieron ciertas modificaciones al Código Civil con el objeto de fortalecer la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, si bien es cierto, estas modificaciones pretenden establecer un sistema de protección, no consideran a la identidad dinámica como aspectos preponderante para determinar la paternidad; siendo así debemos analizar el contenido de la mencionada norma:

DECRETO LEGISLATIVO QUE FORTALECE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto **fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos**, priorizando las medidas de protección a su favor en situaciones de desprotección familiar, la optimización de servicios en situaciones de riesgo por desprotección familiar, su **derecho a la identidad** y al nombre, la reserva de su identidad y la de sus familiares ante casos de violencia, así como la priorización en el pago de las pensiones alimenticias determinadas a su favor en sentencias judiciales.

Artículo 2.- Modificación del Código Civil

Modifíquense los artículos 46, 361, 362, 396 y 402, inciso 6, del Código Civil, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, en los siguientes términos:

“Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

- 1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.*
- 2. Demandar por gastos de embarazo y parto.*
- 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.*
- 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.*
- 5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.*

6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.

7. Impugnar judicialmente la paternidad.

Artículo 361.- Presunción de paternidad

El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.

Artículo 362.- Presunción de filiación matrimonial.

El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.

Artículo 396.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial de mujer casada.

El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido.

Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor.

Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.»

Artículo 402.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial

*La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...)
(...)*

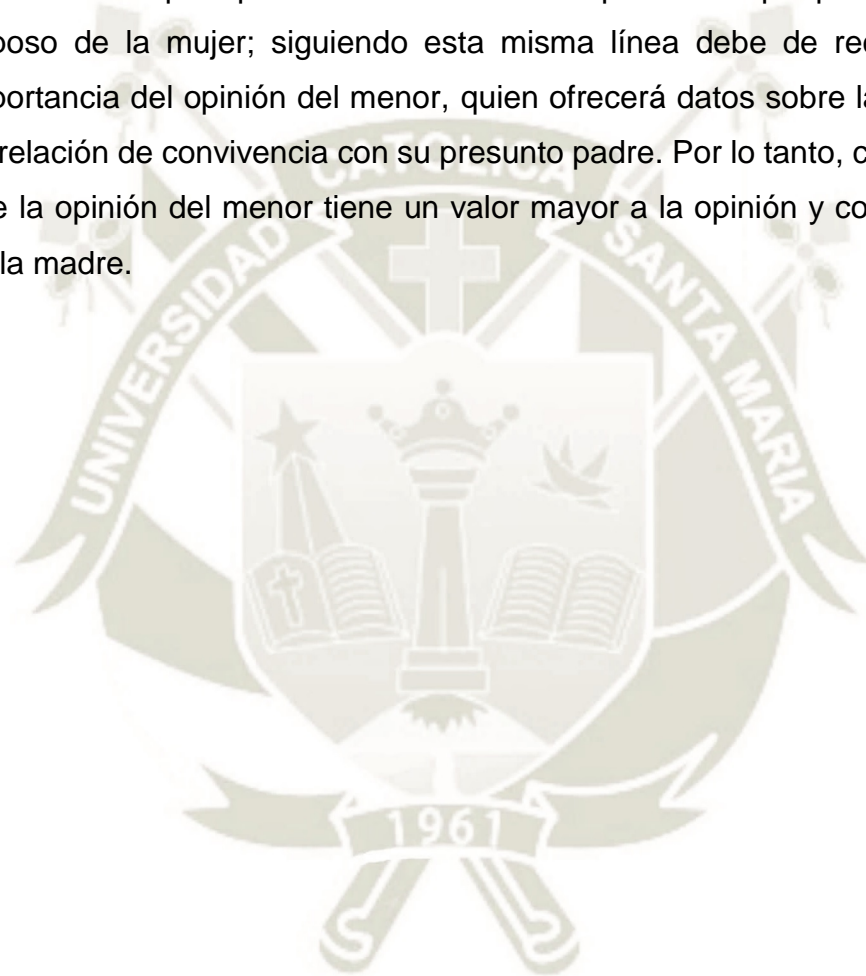
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo o hija a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. El juez desestimaré las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.”

Como podemos apreciar, el objeto de la ley es asegurar la identidad de los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, la modificación del artículo 402 aún considera una posición netamente biológica al otorgar mayor importancia a la prueba de ADN u otras pruebas genéticas como determinantes para establecer la identidad, sin considerar la posesión de estado de hijo como aspecto determinante de la identidad.

Resulta contradictorio afirmar que se protege el derecho de identidad amparándonos en un aspecto biológico, cuando ya en el desarrollo de la presente tesis hemos precisado la importancia de aspectos subjetivos

relacionados con la identidad. La norma analizada busca facilitar el reconocimiento de hijos de mujeres casadas, consideramos que este punto es un avance en el reconocimiento de los derechos de los menores a la luz del interés superior del niño, sin embargo, la norma no ha abordado todos los aspectos que puedan vulnerar el derecho a la identidad.

De la misma forma, la norma otorga gran importancia a la declaración de la madre casada para permitir la declaración de paternidad por persona ajena al esposo de la mujer; siguiendo esta misma línea debe de reconocerse la importancia del opinión del menor, quien ofrecerá datos sobre la realidad de su relación de convivencia con su presunto padre. Por lo tanto, consideramos que la opinión del menor tiene un valor mayor a la opinión y consentimiento de la madre.



V. POSICIÓN PERSONAL RESPECTO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA

La conceptualización de identidad dinámica responde al principio del interés superior del niño y a la evolución de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; sin embargo, hemos de tener en cuenta que la protección de la familia como principio constitucional colisiona con el derecho a la identidad de la persona menor de edad y a ser integrado en su familia biológica, sin embargo, de una análisis del artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que *“el compromiso de los Estados de respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares”* (CDN, 1989) podemos apreciar que el artículo solamente menciona a la identidad, aspecto que a lo largo de los años y con el devenir de los avances jurídicos ha ido evolucionando en su concepción.

Como ya hemos establecido, las normas del Código Civil se contraponen a las nuevas concepciones de la identidad, por lo que, se ha optado por acudir a la técnica de ponderación de principios, mediante el test de proporcionalidad, aplicando el control difuso; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el control constitucional es excepcional y no puede aplicarse como regla a todos los casos.

Cuando se tiene una pretensión de impugnación de paternidad, debemos partir de que los artículos 395 y 400 del Código Civil son constitucionales, y que su finalidad es proteger a la familia y al ser el control constitucional excepcional debe existir una justificación razonable que haga posible inaplicar tales artículos, como es el caso de los fundamentos de la identidad dinámica. En cuanto a la acreditación de la identidad dinámica esta tarea es más compleja que en la identidad estática, porque la identidad dinámica es un elemento subjetivo. Para ello, es necesario que las partes procesales o de oficio, incorporen como medio de prueba un informe del equipo interdisciplinario del Poder Judicial; asimismo, se cumpla con lo establecido en el artículo 85 del Código de los Niños y Adolescentes, es decir, escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente.

Debemos tener presente que habrá casos en que se podrá resolver la controversia sin mayor inconveniente probatorio, pues primará la realidad biológica. Por ejemplo, cuando el menor de edad no ha desarrollado una identidad familiar con el padre legal, sea por abandono de este, por motivos de violencia u otros; asimismo, aquellos que a pesar de que han desarrollado afinidad parental con el padre legal también conocen su origen biológico y logran desarrollar afinidad paterno filial con su progenitor, superando el pasado con ayuda profesional especializada. De ahí la importancia de lo señalado por la Corte Suprema cuando indica que, dentro del proceso de impugnación de paternidad de un hijo, se debe identificar al supuesto padre biológico e incorporarlo como litisconsorte, de esta forma respetando el derecho de defensa se podrá establecer la real identidad del niño al momento de sentenciar.

No obstante, existirán casos mucho más complejos, donde el niño, niña o adolescente han desarrollado realmente una identidad dinámica. Es el caso de los hijos reconocidos dentro del matrimonio y que han sido formados dentro del hogar conyugal, arraigados a la familia paterna legal y que, luego de muchos años, por alguna circunstancia, se le informa que su identidad biológica es otra. Pueden existir casos en que la identidad dinámica se encuentra arraigada en una persona menor de edad y para resolver la controversia no bastará la prueba biológica de ADN.



CONCLUSIONES

- PRIMERA. -** La identidad dinámica es establecida en las sentencias de los Juzgados de Familia de Arequipa, mediante el análisis de cada caso en concreto, tomando en consideración la “posesión notoria de hijo de...”, mediante la cual, el menor se encuentra identificado con la figura paterna que tuvo desde que nació, independientemente de si este comparte carga genética con el menor, estableciéndose que en el 92.31% de los casos donde existió divergencia entre la identidad dinámica y estática se prefirió a la identidad dinámica, resultando así de gran importancia los vínculos emocionales por sobre los resultados netamente biológicos.
- SEGUNDA. -** En cuanto al proceso propiamente dicho de impugnación de paternidad, nuestro Código Civil contiene una tendencia biológica que se contrapone al principio de interés superior del niño, que busca el bienestar de este, obligando a los jueces a inaplicar las normas del Código Civil referentes a la presunción de paternidad (artículo 361), presunción de hijo matrimonial (artículo 362), plazo de la acción contestatoria (artículo 364), reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada (artículo 396), plazo para negar el reconocimiento (artículo 400) y declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada (artículo 404) cuando estas no guardan relación con el interés superior del menor recurriendo así a la figura del control difuso tal y como se desprenden de la Consulta N° 110-2012 (inaplicación del Art. 367), Consulta N° 1415-2012 (inaplicación del Art. 396 y Art. 404), Consulta N° 1684-2012 (inaplicación del Art. 400) y Consulta N° 2802-2012 (inaplicación del Art. 364).
- TERCERA. -** A través del trabajo de investigación realizado, podemos concluir que el proceso de impugnación de paternidad

representa un pequeño porcentaje de los casos que los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa conocen (2.61% de los casos); sin embargo, este tipo de procesos se resuelven en base a derechos fundamentales de menores de edad como son el derecho a la identidad, derecho al libre desarrollo y el derecho a la protección integral, que deben ser protegidos por el Estado, a través de la puesta práctica de políticas estatales así como de normas jurídicas que permitan tal desarrollo.

CUARTA. - La identidad dinámica que es aplicada en los Juzgados de Familia, conforme a lo arrojado por la investigación, conlleva la revaloración de las normas del Código Civil, específicamente los artículos 361, 362, 364, 396, 400 y 404 al ser considerados estos desfasados por no estar acorde a los avances del pensamiento jurídico, es decir a la conceptualización de la identidad, donde no solo debemos evaluar a la identidad como un aspecto biológico sino como una compleja figura que involucra aspectos de la psiquis y el comportamiento humano para un adecuado desarrollo especialmente de los menores quienes se encuentran en formación constante; siendo así concluimos que los artículos mencionados necesitan ser adecuados a la nueva conceptualización de la identidad para que el derecho pueda brindar una solución que se adecue al interés superior del niño.

QUINTA. - En cuanto a la hipótesis planteada al inicio de la investigación, hemos podido concluir que efectivamente nuestro código tiene una tendencia biologista originando que en los procesos que resuelven los Jueces de los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, donde el 2.61% de los mismos, son procesos relacionados con la determinación de paternidad de menores, en el 43.33% de estos casos exista discrepancia entre las concepciones de identidad estática y dinámica, optando los jueces por diversas figuras jurídicas, al preferir en el 92.31% de

las oportunidades dar preferencia a la identidad dinámica de los menores evaluando aspectos como: la posesión de estado de hijo (33.33%); interés y opinión del menor (25% cada uno) y el contacto con el progenitor (16.67%); siendo así, esta preferencia acarrea ciertas implicancias jurídicas como son: i. La aplicación del control difuso, como una forma de apartamiento de las normas del Código Civil; ii. Sensación de inseguridad jurídica en la población; y iii. Necesidad de reformulación legislativa, mismas que fueron analizadas a lo largo de la presente tesis.



SUGERENCIAS

- PRIMERA. -** En la presente tesis se sugiere, a lo largo de la misma, cambiar de paradigma y reformular el Código Civil, buscando que este se ajuste a los cambios doctrinarios y jurisprudenciales que el desarrollo de la identidad han perfeccionado, buscando realizar un examen pormenorizado de las normas vetustas que no se ajustan a los cambios de realidad del país a través de una modificación normativa como la que se presenta a continuación de las sugerencias, donde se plantea realizar un cambio de la concepción de paternidad donde la concepción de la identidad dinámica sea la predominante en los casos de impugnación de paternidad
- SEGUNDA. -** Asimismo, se sugiere mejorar la eficacia y eficiencia de la actividad jurisdiccional en los Juzgados de Familia, a través de mejores y mayores formas de agilizar los procesos: tales como la modernización del software con el que cuenta el poder judicial a través de una plataforma virtual que no solo permita la notificación vía electrónica sino la realización de los procesos en forma virtual, desde las demandas, contestaciones, audiencias, en forma más rápida y simplificada tanto para las partes de un proceso como para los jueces; asimismo, debería implementarse un subsistema de especialización entre los jueces de familia, donde se determine quienes atenderán casos relativos a determinación de la identidad de menores, otros que verán procesos de divorcio, etc.
- TERCERA. -** Se sugiere la realización de cursos de capacitación y especialización a cargo de especialista en derecho de familia sobre temas de actualidad procesal y jurisprudencia internacional relevante en temas de familia que permitan brindar nuevos horizontes a la labor jurisdiccional de los jueces, teniendo en cuenta que los temas de familia son una realidad

en constante cambio, sugiriendo que estos cursos se encuentren a cargo del Ministerio de Justicia o específicamente del Poder Judicial en alianza con centro académicos de educación universitaria que puedan acreditar la capacitación desarrollada; siendo, asimismo, estas capacitaciones requisito indispensable para la ratificación o nombramiento de jueces en el área familiar (capacitaciones específicas sobre procesos familiares y sus nuevos acercamientos y soluciones)



DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN

A consecuencia de la investigación realizada, es preciso reformular parte de nuestro articulado en el tema civil (Impugnación de la paternidad), para poder implementar algunas modificaciones mediante un proyecto de Ley, el mismo que se ha elaborado, tomando en consideración la realidad del país y las orientaciones jurisprudenciales analizadas durante la investigación ya expuesta.

“PROPUESTA LEGISLATIVA QUE REGULA LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD”

A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente propuesta legislativa tiene como fin la incorporación de articulado especial para la impugnación de la paternidad, aplicando el interés superior del niño como norma rectora para tal acción.

La concepción de la identidad se ha desarrollado notablemente en los últimos años, considerando que esta se encuentra determinada por dos facetas: identidad dinámica e identidad estática, siendo que la primera involucra los aspectos emocionales, afectivos y psicológicos que el derecho de identidad puede traer consigo; mientras que, la segunda faceta se refiera a aspectos biológicos.

Ahora bien, como parte de la responsabilidad del Estado este debe regular, vigilar y promover el bienestar de los menores, diseñando un sistema normativo que permita que los menores desarrollen una adecuada identidad, donde si bien es cierto el factor biológico es importante, el factor emocional-afectivo es aquel que permitirá el desenvolvimiento del menor en la sociedad una vez alcanzada la mayoría de edad, contribuyendo activamente al desarrollo y progreso del país; por lo que, es necesario precisar algunos términos relacionados con el particular.

B. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta legislativa no modifica ni altera el marco constitucional existente en nuestro país, pues solo persigue incorporar y derogar articulado específico para la impugnación de la paternidad, siguiendo las normas, Tratados internacionales ratificados por el Estado e interés superior del niño; fortaleciendo las normas ya existentes.

C. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El proyecto, lejos de irrogar algún costo al tesoro nacional, trascenderá favorablemente, beneficiando a los menores en la determinación de su identidad, teniendo en cuenta la orientación jurisprudencial de los jueces en el país; brindando de esta manera, protección y seguridad a los menores.

D. FÓRMULA LEGAL

Libro III: Derecho de Familia

Sección Tercera: Sociedad paterno – filial

Título II: Filiación matrimonial

Capítulo I: Hijos matrimoniales

(...)

Artículo 363º.- Negación de la Paternidad matrimonial.

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.

2. Cuando esta judicialmente separado los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.

Si se prueba que el marido tenía conocimiento del embarazo antes del matrimonio o que ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, el

juez deberá tener cuidado al momento de ponderar la identidad estática y dinámica buscando no vulnerar el interés superior del menor, no pudiendo en ningún caso impugnarse la identidad si el menor tiene una identidad dinámica forjada con el padre que pretende negar la paternidad, salvo que el menor viva con el padre biológico. Asimismo, el juez tomará en consideración la opinión del menor previo examen psicológico del mismo.

Artículo 364º.- Plazo para interposición de acción contestatoria.

La acción debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. **Si se prueba que el marido tenía conocimiento del embarazo antes del matrimonio o que ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo, se procederá conforme al último párrafo del artículo 363º del Código Civil.**

(...)

**Artículo 366º.- Causales que impiden acción contestatoria
DEROGADO.**

(...)

**Artículo 370º.- Carga de la prueba en la acción contestatoria
DEROGADO.**

(...)

Artículo 376-Aº. - Posesión constante de estado

La posesión notoria de estado de hijo respecto de determinada persona consiste en que éste lo haya tratado como tal, proveyendo a su manutención y educación y presentándolo con ese carácter a terceros; y que éstos lo hayan considerado como tal.

(...)

**Artículo 400.- Plazo para negar el reconocimiento
-DEROGADO-**

(...)

**Artículo 402º.- Procedencia de la declaración judicial de paternidad
extramatrimonial**

La paternidad podrá ser declarada judicialmente de conformidad con las pruebas que la acrediten, conforme al interés superior del menor, debiendo

el Juez valorar la posesión constante de estado del menor, el vínculo entre el padre que pretende reconocer al menor y este, así como todo aspecto que involucre un bienestar para el menor.

(...)

Artículo 404º.- Declaración judicial de paternidad del hijo de mujer casada -DEROGADO-

(...)

Artículo 413º.- Prueba de grupos sanguíneos y otras de validez científica

En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza, **siempre y cuando estas no sean contrarias al interés del menor.**

También son admisibles estas pruebas a petición de la parte demandante en el caso del Artículo 402, inciso 4), cuando fueren varios los autores del delito. La paternidad de uno de los demandados será declarada sólo si alguna de las pruebas descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se niega a someterse a alguna de las pruebas, será declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás, **siempre que esta declaración favorezca a los intereses del menor.**

La obligación alimentaria es solidaria respecto de quienes se nieguen a someterse a alguna de las pruebas

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Aguilar, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial Ediciones Legales.
- Arias, J. (1952). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Kraft Limitada.
- Baqueiro, E., & Buenrostro, R. (2008). *Derecho de Familia*. Mexico: Edltorial Oxford.
- Bernales, E. (1999). *La Constitución de 1993 - Análisis Comparado*. Lima: Editorial Rao.
- Bustamante, E. (2005). *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas - Contestación de la paternidad*, Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Cornejo, H. (1987). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Editorial Studium Ediciones.
- Cornejo, H. (1996). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Editorial Studium Editores.
- DRAE. (2001). *Diccionario de la Real Academia Española*. España: Editorial Espasa.
- Fernandez, C. (1992). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma.
- Franco, S. (1979). *Derecho de Familia*. Lima: Editorial Themis.
- Garcia, E. (2002). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Herrera, M. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Herrera, M. (2015). *Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?* Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Jossierand, L. (1950). *Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosh y Cia.
- Levi, C. (1969). *Las estructuras sociales del parentesco*. Buenos Aires: Editorial Paidós.
- Messineo, F. (1953). *Manual de Derecho Comercial y Civil*. Milán: Universidad de Milán.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Santa Fé de Bogota: Editorial De Belaunde & Monroy.

- Peralta, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Plácido, A. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojina, R. (2001). *Compendio de Derecho Civil: Introducción, personas y familia*. Lima: Editorial Porrúa.
- Rubio, M. (1994). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Editorial Desco.
- Varsi Rosigliosi, E., & Severino Bavio, P. (2003). *Determinación de la Paternidad Matrimonial (Vol. Tomo II)*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.

REVISTAS

- Agurto, C. A., Quequejana, S. L., & Ariano, E. (2015). Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano. *Actualidad Civil*(N° 08), 64-70.
- Castillo, M.(2012). La norma jurídica en el sistema legislativo peruano. *Derecho y Cambio Social*, 1-18.
- Dias, M. (2009). *Filiación socioactiva: nuevo paradigma de los círculos parentales*. *Revista Jurídica UCES*. 82-95.
- Garcia, D. (1996). La nueva constitución del Perú :Poder judicial y las garantías constitucionales. *Desafíos constitucionales Contemporáneos*, 49-63.
- Gatti, H. (1953). Modalidad de la voluntad testamentaria. *Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 849-999.
- Herrera, M. (2015). La noción de socioefectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporaneo. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 196-207.
- Pino, G. (2006). The Right to personal Identity in Italian Private Law. *The Harmonization of private law in Europe*, 225-237.
- Puig Peña, F. (1947). Tratado de Derecho Civil Español. *Revista de Derecho Privado*, 64-85.

NORMAS JURIDICAS

- Corte Americana de Derechos Humanos (1969). *Pacto de San Jose de Costa Rica*.
- Gobierno del Perú (1984). *Código Civil, D.L. N° 295*.
- Gobierno del Perú (1992). *Código de los Derechos del Niño y Adolescente, D.L. N° 26102*.
- Gobierno del Perú (1993) *Constitución Política del Perú*.
- Gobierno del Perú (2004) *Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237*.
- Gobierno del Perú (2016) *Ley que fija parametros para la aplicación del interes superior del niño Ley N° 30466*.
- Organización de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.

INFORMES JURIDICOS

- Casación N° 2657-98 Lima, N° 2657-98-Lima (Corte Suprema de Justicia del Perú 24 de Noviembre de 1998).
- Caso Aliaga Gonzales, Exp. 01999-2009-PHC/TC LIMA (Tribunal Constitucional 06 de Abril de 2010).
- Caso Gelman vs Uruguay, Caso Gelman vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).
- Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, EXP. N.° 2273-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2006).
- Caso niñas Yean y Bosico vs. república Dominicana, OC-17/02 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 08 de septiembre de 2005).
- Caso Paraguay versus LM (Corte Interamericana de Derechos Humanos 01 de julio de 2011).
- Observación N°14 (Comite de la Convención de los derechos del niño 2013).
- Observación General N° 17 (Comité de Derechos Humanos 1989).
- Opinión de la Organización de Estados Americanos (Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad agosto de 2013).

- Observación del Comité de Derechos del Niño (UNICEF 2014).

DOCUMENTOS WEB

- Cardona Llorens, J. (01 de mayo de 2018). *Ararteko.net*. Obtenido de http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf
- Vulnerables, M. d. (26 de Diciembre de 2017). *Portal del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables*. Obtenido de https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm



ANEXOS

I. PROYECTO DE TESIS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA



***IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN SOBRE
IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN
DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL
CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017.***

Proyecto de Tesis presentado por la
Bachiller: MARIE ADA MOSCOSO TICONA

Para optar el Grado Académico de:
Maestro en Derecho de Familia

AREQUIPA – PERÚ

2018

CONTENIDO

Preámbulo

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de Investigación
 - 1.1. Enunciado del Problema
 - 1.2. Descripción del Problema
 - 1.1.1. Área del Conocimiento
 - 1.1.2. Análisis de variables
 - 1.1.3. Interrogantes Básicas
 - 1.1.4. Tipo y Nivel de Investigación
 - 1.3. Justificación
2. Marco Conceptual
3. Antecedentes Investigativos
4. Objetivos
5. Hipótesis

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. Técnicas e Instrumentos
2. Campo de Verificación
 - 2.1. Ubicación espacial
 - 2.2. Ubicación temporal
 - 2.3. Unidades de estudio
3. Estrategias de recolección de datos
4. Cronograma de trabajo
5. Bibliografía básica.

ANEXOS: Instrumentos de recolección de información

PREÁMBULO

La tecnología y el avance de la ciencia han traído consigo nuevas situaciones con relevancia jurídica, prueba de ello son las pruebas de ADN, que determina si un hombre, en los casos de paternidad, es o no el padre biológico de un niño, ya que todos heredamos nuestro ADN de nuestros padres biológicos, un test de paternidad compara el patrón de ADN de un niño con el del presunto padre, confirmando o desestimando esta relación biológica; este tipo de pruebas genéticas influyen y son en algunos casos determinantes en los procesos de filiación, específicamente impugnación de la paternidad.

En esta línea de ideas, el interés superior del niño consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes, así como en la Convención de los Derechos del Niño y Adolescente, indica que, este principio puede ser vulnerado al momento de administrar justicia, cuando la ley indique fríamente que debe otorgarse preferencia al lazo biológico sobre el lazo afectivo.

Sin embargo, las acciones y decisiones judiciales del derecho de familia no sólo deben sustentarse en lo científicamente cierto, pues existen otros factores que constituyen la unión familiar, las relaciones entre padres e hijos no sólo se constituyen en base al parentesco sanguíneo, es posible que el reconocimiento de un hijo no biológico cree muchos más compromisos y lazos afectivos que los que se otorgan genéticamente y en ocasiones sin ningún compromiso.

Estos últimos fundamentos han sido considerados a lo largo de los años por la Corte Suprema, donde se ha hablado de identidad dinámica e identidad estática, pues en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva -verdadero padre es el que ama-; la biológica -los lazos sagrados-; la sociológica -posesión de estado-; la volitiva -para ser padre o madre es necesario quererlo- y la del tiempo - cada nuevo día refuerza el vínculo, encontrándonos en este punto frente a la ya conocida “posesión de estado de...”.

Entonces, ¿estaríamos frente a una incongruencia normativa? ¿existen lineamientos o directrices establecidas al habar de identidad e impugnación de paternidad? ¿estamos

vulnerando el interés superior del niño?; estas interrogantes pretenden ser dilucidadas en el presente proyecto.



I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

“IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA DE LA CONCEPCIÓN SOBRE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017”

1.2. Descripción del problema

1.2.1. Área del conocimiento

El problema de investigación se encuentra ubicado en:

- a) Campo : Ciencias Jurídicas
- b) Área : Derecho de Familia
- c) Línea : Identidad y filiación

1.2.2. Análisis de las variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES
a) VARIABLE INDEPENDIENTE	IDENTIDAD DINÁMICA	Criterio doctrinario
		Criterio jurisprudencial
		Criterio psicosocial
b) VARIABLE DEPENDIENTE	PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD	Incidencias
		Motivación en la resolución

1.2.3. Interrogantes básicas

- a) ¿Cuáles son las implicancias jurídicas de la concepción sobre identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad en los juzgados de familia del cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017?
- b) ¿Cómo se realiza el proceso de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017?
- c) ¿Cuáles son los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para el establecimiento de la identidad dinámica en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017?

1.2.4. Tipo y nivel de investigación

La investigación será:

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------------|
| a) Por su finalidad | : Aplicada |
| b) Por el tiempo que comprende | : Diacrónica |
| c) Por el nivel de profundización | : Descriptiva y explicativa |
| d) Por el ámbito | : Documental |

1.3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tiene gran importancia en las diferentes ramas de la ciencia, al ser un problema actual, jurídico y social:

Existe una *relevancia jurídica*; el derecho, como parte de su labor de impartir justicia, se ocupa del aspecto científico de los hechos, para la ciencia la prueba de ADN determina si hay filiación o no, pero el derecho debe ir más allá del asunto biológico, teniendo en cuenta los diferentes aspectos de la identidad, identidad dinámica e identidad estática. Existe también otro aspecto relevante, que es el interés superior del niño, en el cual el juez deberá fundarse al momento de declarar la filiación o en su caso la impugnación de paternidad, esta última institución llega a crear lazos afectivos más fuertes que los sanguíneos y por tanto no debe ser declarada, si esto es perjudicial para el menor.

En cuanto al aspecto *socio jurídico*, estará dado en función al grado de satisfacción que la conclusión y el aporte jurídico brinden a la comunidad, para que, de esta forma, las personas se encuentren respaldadas jurídicamente.

Finalmente, este estudio es *actual* al relacionarse con asuntos de nueva generación como las pruebas de ADN, que son un instrumento científico para demostrar, la relación biológica paternofilial.

2. MARCO CONCEPTUAL

Los conceptos básicos que han de emplearse en la investigación a efectuar son los siguientes:

2.1. FILIACION

Se ha dicho incansablemente que la familia es la célula básica de la sociedad, respondiendo a la Definición de la Real Academia Española: *“La familia es el grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”* (Española, 1992).

Pese a la denominación común, no existe una denominación adecuada del término familia, es por ello por lo que el Dr. Varsi Rospigliosi conceptualiza a la familia de la siguiente forma: *“La familia es más que un componente jurídico, la familia es una institución reconocida por el derecho como un requerimiento social del hombre, en la que satisface sus necesidades a través de la convivencia”* (Varsi Rospigliosi E. , Divorcio, filiación y patria potestad, 2004).

Por su parte, el parentesco según el Dr. Cornejo Chávez es definido como: *“La relación o conexión familiar entre dos o más personas en virtud de la naturaleza, la ley o la religión”* (Cornejo Chavez, 1985). Asimismo, la Filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, siendo la calidad que el hijo tiene con respecto de su padre o madre. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial, surtiendo los mismos efectos.

Suárez Franco enseña que:

La filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga contra otra. Es un estado social en cuanto se tiene con respecto a otra u otras personas; es un estado civil, por cuanto implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad, lo cual determina su capacidad para el ejercicio de ciertos derechos y el cumplimiento de determinadas obligaciones. (Suarez, 1987)

2.2. PATERNIDAD

Es aquel vínculo que existe del padre con respecto al hijo, se puede considerar dos casos de paternidad: i. *Paternidad Biológica*, relación existente entre un padre o progenitor masculino y sus hijos, refiriéndonos en este punto a los hijos biológicos; ii. *Paternidad Jurídica*, relación jurídica que se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de los hijos, de manera que aquella realidad biológica es recogida por el ordenamiento distribuyendo derechos y obligaciones entre ellos.

Zicavo menciona (Zicavo, 2006):

La paternidad y la maternidad sencillamente se aprenden como un producto necesario de las vivencias acontecidas a lo largo de la vida, o sea, no es un bien genético hereditario instintivo, es un atributo construido a través de relaciones sociales dependientes de la época histórica y la influencia de la cultura de un grupo determinado. Se aprende a amar a una pareja o a un hijo y esa es una tarea de la sociedad, de la familia y de la pareja.

Paternidad entonces no referida al aspecto biológico sino a la unión emocional de dos personas, que se ven y consideran como padre e hijo.

2.3. IDENTIDAD

Es importante conocer nuestros orígenes, ya que saber quién es nuestro progenitor, es un deseo natural y un derecho que se remonta a los inicios de la humanidad, más aún al ser reconocido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al tener todo niño el derecho de la identidad. El derecho a conocer la identidad de los progenitores, “es un

derecho inherente a la persona, dentro de las esferas de acción de la propia persona” (Robles Morchon, 1995)

Cuando se habla de identidad, generalmente podemos estar haciendo referencia a esa serie de rasgos, atributos o características propias de una persona, sujeto o inclusive de un grupo de ellos que logran diferenciarlos de los demás. Por su parte, identidad también alude a aquella apreciación o percepción que cada individuo se tiene sobre sí mismo en comparación con otros, que puede incluir además la percepción de toda una colectividad; y es la identidad la que se encarga de forjar y dirigir a una comunidad definiendo así sus necesidades, acciones, gustos, prioridades o rasgos que los identifica y los distingue.

A nivel Internacional, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en el artículo 19 ¹, se reconoce implícitamente el derecho de los menores de conocer a sus respectivos padres: asimismo, en el artículo 2.1,² de la Constitución Peruana de 1993, se hace referencia a la igualdad ante la ley, que también es considerado un fundamento del derecho de los niños de conocer la identidad de los padres; sin embargo, pese a que se hace referencia tácitamente a la filiación, no existe una definición específica de la institución de filiación.

Entonces, se debe indicar que *“el derecho de conocer a sus padres por parte de los hijos se centra en la determinación jurídica del vínculo filial, que tiene origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y maternidad”* (Placido V., 2005). En lo que respecta a la naturaleza de este derecho *“no es sólo un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo unas obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales”* (Fernandez Segado, 1994).

¹ Artículo 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*

² Artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”*

2.4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala (ONU, 1989):

- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
- 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.
- Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: *“El interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”* (ONU, 1989), pues *“El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”* (ONU, 1989).

En términos generales, puede considerárselo como un principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que a su vez está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Conforme lo indica Miguel Cillero:

Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En

consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. (Cillero Bruñol, 2015)

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

- **Toro Pujol Abogados. Nota Legal (2010) “FILIACIÓN: IMPUGNACIÓN RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD”** Nota Jurídica del Bufete catalán que comenta el código Civil de Cataluña en cuanto a los supuestos de reconocimiento de Paternidad en la que se incluye un apartado sobre las pruebas biológicas de ADN, y los casos de filiación matrimonial y extramatrimonial; *se relaciona con la presente investigación para uno de los indicadores, que es la filiación, si bien no es el mismo enfoque sirve como referencia.*
- **Eduardo Arandazi. Blog Jurídico (2009). “LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD BIOLÓGICA: LA POLÉMICA CREADA ALREDEDOR DE LA PRUEBA DE PATERNIDAD”**, Ensayo sobre las acciones de Filiación en el derecho español, estableciendo que la prueba biológica de ADN se constituye en una Pericia como medio de prueba, pero la valoración probatoria del órgano judicial debe darse en forma conjunta y no únicamente basándose en la verdad biológica. *La relación está en los lineamientos seguidos por la presente investigación al tener en cuenta algo más que el mero aspecto legal.*

Realizada la búsqueda de antecedentes investigativos en los últimos cinco años, en la Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María, se encontró la tesis titulada “IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016”, presentada por la bachiller Rosa Rondón Arrendo, donde se arribó a distintas conclusiones en las que se enunciaba las características de la identidad dinámica, la presente tesis pretende abordar solamente la concepción de identidad dinámica y los alcances jurídicos que esta tiene a la luz del principio de interés superior del niño, así como su aplicación en nuestro sistema normativo y la necesidad de incorporación del mismo en una determinada norma jurídica.

4. OBJETIVOS

- a) Identificar las implicancias jurídicas de la concepción sobre identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad en los juzgados de familia del cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017.
- b) Determinar cómo es el proceso de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017.
- c) Precisar los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para el establecimiento de la identidad dinámica en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa, Arequipa, 2014-2017.

5. HIPÓTESIS

Dado que, la identidad dinámica involucra aspectos divergentes a la identidad estática (pruebas de ADN) y esta dimensión de la identidad ha ido evolucionando en la actualidad. Es probable que, las implicancias jurídicas de la concepción sobre identidad en los procesos de impugnación de paternidad en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa sean negativas, al no considerar nuestro cuerpo normativo esta forma de identidad, recurriendo por ende los jueces a figuras jurídicas diversas para que se pueda alcanzar los fines que establece el interés superior del niño.

II PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	TÉCNICAS	INTRUMENTOS
a) VARIABLE INDEPENDIENTE	IDENTIDAD DINÁMICA	Criterio doctrinario	OBSERVACION DOCUMENTAL	FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL
		Criterio jurisprudencial		
		Criterio psicosocial		
b) VARIABLE DEPENDIENTE	PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD	Incidencias	OBSERVACION DOCUMENTAL	FICHA DE OBSERVACION DOCUMENTAL
		Motivación en la resolución		

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Para la variable IDENTIDAD DINAMICA y PROCESO DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD se utilizará la técnica de observación documental a través del instrumento de observación documental, analizando: i. Los procesos de impugnación de paternidad de los Juzgados de Familia de Arequipa; y, ii. Las consultas originadas por sentencias donde se analizó la identidad dinámica.

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación Espacial

El estudio se realizará en los Juzgados de Familia del Cercado de Arequipa.

2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido a las sentencias en su totalidad comprendidas entre los años 2014-2017.

2.3. Unidades de Estudio

Las principales unidades de estudio son: i. Los procesos de impugnación de paternidad de los Juzgados de Familia de Arequipa; ii. Las demandas sobre procesos de impugnación de paternidad de los Juzgados de Familia de Arequipa y, iii. Las consultas originadas por sentencias donde se analizó la identidad dinámica.; asimismo, se tendrá supletoriamente como unidades de estudio a todos los dispositivos nacionales e internacionales que tratan sobre la materia.

3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCION DE DATOS

Para efectos de la recolección de datos, se realizará un análisis documental de diversas normas jurídicas vigentes, en bibliotecas de la ciudad de Arequipa y bases de datos jurídicas a nivel nacional; así como un análisis de: i. Los procesos de impugnación de paternidad de los Juzgados de Familia de Arequipa; y, ii. Las consultas originadas por sentencias donde se analizó la identidad dinámica.

4.- CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo Actividad	Octubre				Noviembre				Diciembre			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
1. Elaboración del Proyecto	X	X	X									
2. Desarrollo del Proyecto												
Recolección de datos				X	X	X	X					
Sistematización								X	X			
Conclusiones y Sugerencias									X	X		
3. Elaboración del Informe											X	X

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Cillero Bruñol, M. (2015). El Interes Superior del Niño en el marco de la Convencion de los Derechos del Niño. *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes*, 16.
- Cornejo Chavez, H. (1985). *Derecho Familiar Peruano*. Lima: Studium ediciones.
- Española, R. A. (1992). *Diccionario de la lengua española*. Madrid.
- Fernandez Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos*. Lima: Ediciones Juridica.
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. ONU.
- Placido V., A. (2005). "Creditur virgini pregnanti..." volviendo al ancient droit. *Actualidad Civil*, 12.
- Robles Morchon, G. (1995). *El libre desarrollo de la personalidad*. España: Universidad de Alcalá de Henares.
- Suarez, F. (1987). *Derecho de Familia* (Vol. II Volumen). Lima: Editorial Temis.
- Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Editoria Jurídica Grijley.
- Zicavo, N. (2006). *¿Para qué sirve ser padre?* Chile: Universidad de Bio-Bio.

INTERNET:

- Arandazi, Eduardo. Blog Jurídico. "LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD BIOLÓGICA: LA POLÉMICA CREADA ALREDEDOR DE LA PRUEBA DE PATERNIDAD" 2009. www.legaltoday.com
- Centro De Investigación Jurídica en Línea, Universidad de Costa Rica "IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN, EL RECONOCIMIENTO E IMPUGNACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE MUJER CASADA" (1999) www.juridicas.unam.mx/navjus/instit
- Observatorio de Sentencias Judiciales, Articulación regional feminista: "IDENTIDAD Y DESARROLLO DE LA LIBRE PERSONALIDAD" (2008) www.avdaserver.com/a2/index
- Toro Pujol Abogados. Nota Legal (2010) "FILIACIÓN: IMPUGNACIÓN RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD" www.bufetetoro.com/derecho-de-familia/filiacion/htm.

ANEXOS

ANEXO Nº 01

FICHA BIBLIOGRÁFICA

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL
(Documentos Doctrinales)

Autor (es) : _____

DATOS DEL LIBRO

Título : _____

Edición : _____

Editorial : _____

Año : _____

Página : _____

CONTENIDO:

FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL
(Documentos Jurídicos)

Tipo de Normativa: Constitución () Ley () Código () Reglamento ()

Artículo(s) : _____

Artículo(s) : _____

II. CONSULTAS

CONSULTA N° 110-2012

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

CONSULTA N° 110 - 2012 AREQUIPA

Lima, cinco de junio
del dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Viene en consulta la sentencia de fecha veintiuno de noviembre del dos mil once, obrante a fojas ciento seis, en el extremo que inaplica los artículos 361¹ y 362² del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por doña Judi Antonieta Segovia Coaguila contra Hipólito Luque Sullcarana, sobre filiación extramatrimonial.

SEGUNDO: En principio, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber al órgano jurisdiccional de elevar el expediente al Superior, y a éste efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO: En tal sentido tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la

¹ CODIGO CIVIL

Artículo 361.-

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

² CODIGO CIVIL

Artículo 362

El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera.

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 110 - 2012
AREQUIPA**

causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

CUARTO: Que, con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el Juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo 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 éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la constitución Política del estado; por ésta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Perú.

QUINTO: Hecha la anterior precisión, para dilucidar el tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable al caso de autos en torno a la filiación judicial de paternidad extramatrimonial, en principio, el artículo 361 del Código Civil establece que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido; por su parte el artículo 362 del Código Civil, señala que el hijo se presume

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 110 - 2012
AREQUIPA**

matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera. Lo dispuesto en dichas normas que consideran establecer la presunción de paternidad como una presunción absoluta y determinan que la madre no puede declarar quién es el verdadero padre en los casos en que haya imposibilidad física de haber tenido relaciones sexuales como el marido y este no haya reconocido al hijo, contraviene los derechos sustanciales de la menor.

SEXTO: En efecto el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

SETIMO: Con relación al tema del derecho a la identidad, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños el artículo 1 de la "Convención Sobre los Derechos del Niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú, el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto según sus artículos 7 y 8, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 110 - 2012
AREQUIPA**

derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

OCTAVO: Con relación al tema que motiva la consulta, debe tenerse en cuenta que, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en éste sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y aún estado civil) y el dinámico, es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cual es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; El conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás.

NOVENO: Que, en consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quienes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales.

DECIMO: Por tanto, ésta Sala Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables, de un lado la norma constitucional (artículo 2 inciso 1 de la

4

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

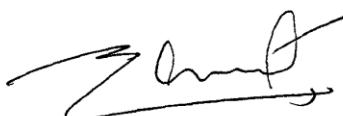
**CONSULTA N° 110 - 2012
AREQUIPA**

Constitución Política del Estado) que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro lado las normas legales materia de consulta que supeditan ello, en el caso que el hijo de la mujer casada se le repúta como padre al marido de esta y que la madre no pueda declarar quien es el verdadero padre; sin que de la interpretación conjunta de ellas se factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política del Estado; por ésta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre normas de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la primera y aplicarse preferentemente la segunda; pues no existe razón objetiva y razonable que las justifique, razón por la cual corresponde aprobar la resolución de fecha veintiuno de noviembre del dos mil once.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la sentencia de vista de fojas ciento seis, su fecha veintiuno de noviembre del dos mil once, en el extremo que declaró **INAPLICABLES al caso de autos lo dispuesto en los artículos 361 y 362** del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por doña Judi Antonieta Segovia Coaguila contra don Hipólito Luque Sullcarana, sobre filiación extramatrimonial; y los devolvieron.- *Vocal Ponente: Torres Vega.*

S.S.

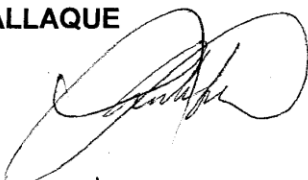
CHUMPITAZ RIVERA



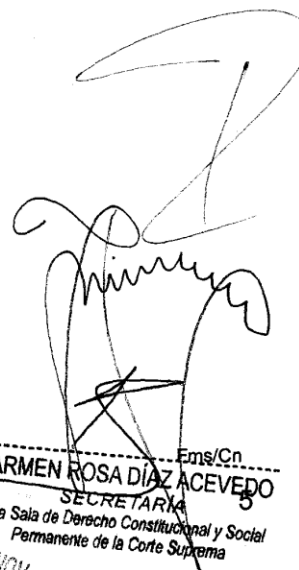
VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA



CHAVES ZAPATER

Ems/Cn.
CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema
07 NOV. 2012

CONSULTA N° 1415-2012

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 1415 - 2012
AREQUIPA**

Lima, treinta y uno de mayo
de dos mil doce.-

VISTOS; Con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Viene en consulta la resolución emitida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, del veintidós de noviembre de dos mil once, de fojas ciento sesenta y siete que declara fundada la demanda de impugnación de paternidad; en consecuencia: declara que don **James Antonio Valdivia Manrique no es padre** del menor Kevin Jahn Carlo Valdivia Bejarano y **DECLÁRESE como padre** del menor Kevin Jahn Carlo Valdivia Bejarano a don **JHON GEORGE MOSCOSO GARCIA**, debiendo aquél llamarse **Kevin Jahn Carlo Moscoso Bejarano**, -por tanto- así deberá aparecer en su partida de nacimiento; elevándose los autos en consulta a esta Sala Suprema, por haberse inaplicado al presente caso los artículos 396 y 404 del Código Civil.

SEGUNDO: Que, la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior y a éste el de efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO: Que, en tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 1415 - 2012
AREQUIPA

Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema si no fueran impugnadas.

CUARTO: Que, con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última *ratio*, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; 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 éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

QUINTO: Que, hecha la anterior precisión, para dilucidar el tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la impugnación del reconocimiento de paternidad: en principio, el artículo 396 del Código Civil establece que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable; en tal sentido, el artículo 404 del Código sustantivo ha previsto que si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 1415 - 2012

AREQUIPA

SEXTO: De otro lado, con relación al tema del derecho fundamental a la identidad, el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho a la vida, **a su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños el artículo 1 de la "Convención Sobre los Derechos del niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú, el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto, según sus artículos 7 y 8 el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, **a conocer a sus padres** y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el derecho del niño a **preservar su Identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

SÉPTIMO: Con relación al tema que motiva la consulta, debe tenerse en cuenta que el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y a un estado civil) y el dinámico, es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural,

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 1415 - 2012
AREQUIPA**

ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; El conjunto de éstos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, diferente a los demás.

OCTAVO: En consecuencia, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza, sean éstos temporales o materiales.

NOVENO: Por tanto, esta Sala Suprema considera que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables, de un lado la norma constitucional contenida en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado que reconoce como un derecho fundamental de la persona el derecho a la identidad y de otro lado las normas legales materia de consulta que supeditan ello, en el caso del hijo de mujer casada, a que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, y si la madre estaba casada en la época de la concepción, sólo puede admitirse la acción en caso que el marido hubiera contestado su paternidad y obtenido sentencia favorable, según el artículo 404 del citado Código; sin que de la interpretación conjunta de ellas sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución; por esta razón, al advertirse que la antinomia se presenta entre normas de carácter legal y otra de carácter constitucional, deben inaplicarse las primeras y aplicarse preferentemente las segundas; pues no existe razón objetiva y razonable que las justifique, además que la impugnación de paternidad de quien no participó en el reconocimiento no puede quedar supeditada a la voluntad del demandado (quien efectuó indebido reconocimiento), conforme lo estipula el artículo 396 del Código Civil, por lo tanto,

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

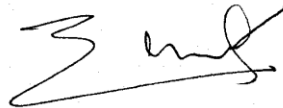
**CONSULTA N° 1415 - 2012
AREQUIPA**

corresponde aprobar la sentencia en el extremo que es materia de consulta.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la resolución de fecha veintidós de noviembre de dos mil once, de fojas ciento sesenta y siete, emitida por el Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que inaplica al presente caso los artículos 396 y 404 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por don Jhon George Moscoso Garcia contra doña Evelyn Liliana Bejarano Ballon y otros, sobre Impugnación de reconocimiento de paternidad; y, los devolvieron.- Vocal Ponente: Vinatea Medina. ¡

S.S.

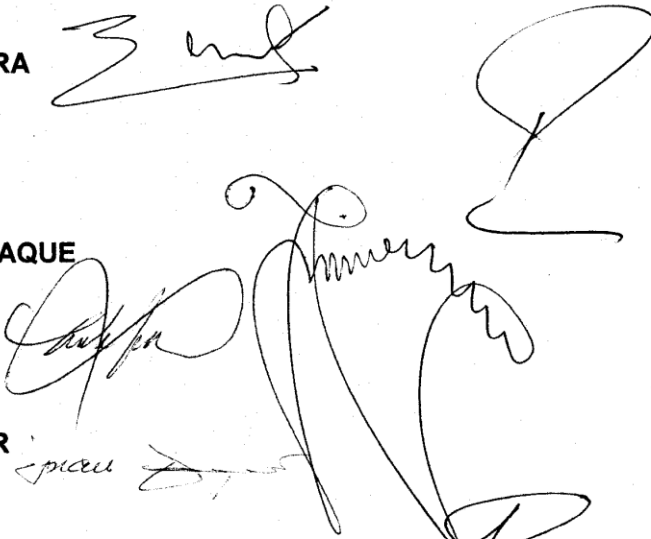
CHUMPITAZ RIVERA



VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA



CHAVES ZAPATER



Aepr/Mcc.

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

19 SET. 2012

CONSULTA N° 1684-2012

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 1684 - 2012
AREQUIPA

Lima, catorce de agosto
de dos mil doce.-

VISTOS; Con el acompañado y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Que viene en consulta la sentencia emitida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, su fecha quince de marzo de dos mil doce, obrante a fojas noventa y uno, en el extremo que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, declara inaplicable al presente caso el artículo 400 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado.

SEGUNDO.- Que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público impuesta por la Ley y que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior y a éste, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO.- En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

CUARTO.- En el caso de autos, de lo que aparece expuesto en los considerandos de la sentencia consultada, se advierte que el *A quo* en el proceso seguido por doña Flautina Quispe Mamani contra don Nazario Quispe Coila sobre impugnación de reconocimiento, al momento de

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 1684 - 2012
AREQUIPA**


resolver el asunto controvertido ha aplicado el control constitucional difuso de las Leyes, resolviendo inaplicar el artículo 400 del Código Civil, debido a que, analizando lo que aparece en la partida de nacimiento del menor Y.R.Q.M. no corresponde a la realidad, porque el reconocimiento efectuado por el abuelo del menor, como si fuese su hijo, aún dada la buena fe, representa un conflicto con el derecho a la identidad, porque la pruebas actuadas determinan que el citado menor no es hijo biológico del demandado, entonces su reconocimiento como tal es imposible.

QUINTO.- Con relación al control constitucional, se debe precisar que la inaplicación de una norma legal que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de *última ratio*, por lo tanto no puede ser invocada indiscriminadamente en la actividad jurisdiccional, sino, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, por ello el Juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo 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 éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política.


SEXTO.- Efectuada tal precisión, para dilucidar el tema que es materia de consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable al caso de autos, primero en torno al reconocimiento de paternidad, y luego con relación al derecho a la identidad, así, el artículo 400 del Código Civil establece que el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto; y el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado prevé

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*


**CONSULTA N° 1684 - 2012
AREQUIPA**



que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños el artículo 1 de la "Convención Sobre los Derechos del niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú, el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto según sus artículos 7 y 8, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.



SÉPTIMO.- Asimismo, el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo, y a ser reconocido como tal; por ello, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos: el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido y a un estado civil) y el dinámico que es más amplio y más importante ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; el conjunto de estos múltiples



Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 1684 - 2012
AREQUIPA

elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, que lo hace diferente a los demás.

OCTAVO.- En ese orden de ideas, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es sino la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales.

NOVENO.- En el presente proceso de impugnación de reconocimiento, se han actuados pruebas que con grado de certeza acreditan que el demandado no es el padre biológico del menor Y.R.Q.M. a quien reconoció como su hijo, declaración de paternidad que el demandado efectuó por proteger a su hija, la madre del menor, quien fue ultrajada sexualmente por un desconocido y producto de esa violación nació el citado menor, por ello, el abuelo actuando de buena fe reconoció a su nieto como hijo suyo, pero es el caso que el menor no puede tramitar su Documento Nacional de Identidad, color amarillo porque le han señalado ser producto de un incesto.

DÉCIMO.- Expuesto así los hechos, este Supremo Tribunal advierte que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional (artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado) que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro la norma legal (artículo 400 del Código Civil) que prescribe el plazo para negar el reconocimiento; sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución; siendo así, toda vez que la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la segunda y aplicarse preferentemente la primera, pues no existe razón objetiva y razonable que justifique en el caso *sub examine*, que subsista el

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 1684 - 2012
AREQUIPA**

reconocimiento efectuado por el demandado como padre del menor Y.R.Q.M. en la partida de nacimiento que aparece inscrita en la Municipalidad Provincial de Arequipa con fecha treinta de octubre de dos mil seis; consecuentemente se concluye que el Juzgador ha procedido en estricto cumplimiento de lo dispuesto por la norma material y del texto Constitucional.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la sentencia de fojas noventa y uno, su fecha quince de marzo de dos mil doce, expedida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que **INAPLICA** el artículo 400 del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por doña Flautina Quispe Mamani contra don Nazario Quispe Coila, sobre Impugnación de reconocimiento; y, los devolvieron.- Vocal Ponente: Vinatea Medina.-

S.S.

ACEVEDO MENA

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA


CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

Aepr/Cge.

05 DIC. 2012

CONSULTA N° 2802-2012

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

CONSULTA N° 2802 - 2012
AREQUIPA

Lima, dieciséis de agosto
de dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que viene en consulta la sentencia emitida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, su fecha cinco de marzo de dos mil doce, obrante a fojas ciento ochenta y cuatro, integrada a fojas doscientos tres, en el extremo que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, declara inaplicable al presente caso el artículo 364 del Código Civil, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado.

SEGUNDO.- Que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público impuesta por la Ley y que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior y a éste, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO.- En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

CUARTO.- En el caso de autos, de lo que aparece expuesto en los considerandos de la sentencia consultada, se advierte que el *A quo* en el proceso seguido por don Martín Patricio Quintanilla Rodríguez contra

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 2802 - 2012
AREQUIPA**

doña Adriana Mercado Valcárcel y Juan José Alfredo Siveroni Sánchez sobre impugnación de paternidad, al momento de resolver el asunto controvertido ha aplicado el control constitucional difuso de las Leyes, resolviendo inaplicar el artículo 364 del Código Civil, debido a que, analizando lo que aparece en la partida de nacimiento del menor M.M.Q.M. y el resultado de la prueba de ADN, se presenta un conflicto con el derecho a la identidad, porque la prueba científica, entre otras pruebas, como la declaración de la codemandada madre del menor y la declaración del supuesto padre biológico el codemandado Juan José Alfredo Siveroni Sánchez, determina que el citado menor no es hijo biológico del demandante, entonces su reconocimiento como tal es imposible.

QUINTO.- Con relación al control constitucional, se debe precisar que la inaplicación de una norma legal que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por lo tanto no puede ser invocada indiscriminadamente en la actividad jurisdiccional, sino, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, por ello 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 éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por esta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política.

SEXTO.- Efectuada tal precisión, para dilucidar el tema que es materia de consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable al caso de autos, primero en torno al reconocimiento de

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 2802 - 2012
AREQUIPA**

paternidad, y luego con relación al derecho a la identidad, así, el artículo 364 del Código Civil establece que la acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto; y el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado prevé que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física, y a su libre desarrollo y bienestar; en tanto que, el artículo 1 del Código Civil prevé que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento; por su parte con relación a los derechos de los niños el artículo 1 de la "Convención Sobre los Derechos del niño" adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, suscrita por el Perú, el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 25278 del cuatro de agosto de mil novecientos noventa y ratificada el catorce de agosto del mismo año, ha previsto que para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto según sus artículos 7 y 8, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su Identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

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

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

CONSULTA N° 2802 - 2012

AREQUIPA

somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos, que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto; el conjunto de estos múltiples elementos caracterizan y perfilan el ser uno mismo, que lo hace diferente a los demás.

OCTAVO.- En ese orden de ideas, el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres, y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es sino la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado, como un derecho fundamental de la persona, derecho que por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter inalienable, perpetuo y oponible *erga omnes*, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales.

NOVENO.- En el presente proceso de impugnación de paternidad, se ha efectuado la prueba biológica del ADN, prueba científica que con grado de certeza acredita que el actor no es el padre biológico del menor M.M.Q.M. a quien reconoció como su hijo declaración de paternidad que el demandante efectuó bajo engaño porque la madre del menor, entonces su cónyuge, la demandada Adriana Mercado Valcárcel, le hizo creer que el menor (nacido dentro del matrimonio) era su hijo biológico.

DÉCIMO.- Expuesto así los hechos, este Supremo Tribunal advierte que en el presente caso se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional (artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política del Estado) que reconoce como un derecho fundamental de la persona al derecho a la identidad, y de otro la norma legal (artículo 364 del Código Civil) que prescribe el plazo de acción contestatoria; sin que de su interpretación conjunta sea factible obtener una conforme a la Constitución; siendo así, toda vez que, la antinomia se presenta entre una norma de carácter legal y otra de carácter constitucional, debe inaplicarse la segunda y aplicarse preferentemente la primera, pues no existe razón objetiva y razonable que justifique en el caso *sub examine*, que subsista el

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**CONSULTA N° 2802 - 2012
AREQUIPA**

reconocimiento efectuado por el demandante como padre del menor M.M.Q.M. en la partida de nacimiento que aparece inscrita en la Municipalidad Distrital de Yanahuara, Arequipa con fecha veintidós de enero de dos mil diez; consecuentemente se concluye que el Juzgador ha procedido en estricto cumplimiento de lo dispuesto por la norma material y del texto Constitucional.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la sentencia, de fecha cinco de marzo de dos mil doce, a fojas ciento ochenta y cuatro, integrada a fojas doscientos tres, expedida por el Primer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el extremo que **INAPLICA** el artículo 364 del Código Civil por incompatibilidad constitucional, sin afectar su vigencia; en los seguidos por don Martín Patricio Quintanilla Rodríguez contra doña Adriana Mercado Valcárcel y otro, sobre Impugnación de paternidad; y, los devolvieron.- Vocal Ponente: Vinatea Medina.-

S.S.

ACEVEDO MENA

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

Aepr/Cge.

CARMEN ROSA DÍAZ ASEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

08 ENE. 2013