

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Postgrado
Maestría en Derecho de Familia



**CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA GARANTIZAR SU DERECHO A
LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL, AREQUIPA 2017**

Tesis presentada por el Bachiller:

Vásquez Rodríguez, Elio Duval

Para optar el Grado Académico de:

Maestro en Derecho de Familia

Asesor:

Fernández Dávila Mercado, Javier

AREQUIPA - PERÚ

2018

DICTÁMEN

(Borrador de Tesis)

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

Del : Dr. Eliseo Chávez Chávez

Asunto : Dictamen del Proyecto de Tesis: "CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA
GARANTIZAR SU DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS PROCESOS DE
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL, AREQUIPA, 2017".

Presentado : Por el Bachiller, Elio Duval, Vásquez Rodríguez, para optar el Grado
Académico de MAESTRO EN DERECHO DE FAMILIA.

Expediente : 20180000004103

Fecha : 16 de Marzo del 2018

.....

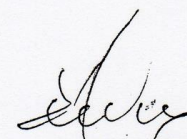
Es grato dirigirme a su persona, para saludarlo y en referencia al Borrador de Tesis presentado por el Bachiller Elio Duval, Vásquez Rodríguez, al que se le hace las siguientes observaciones y sugerencias:

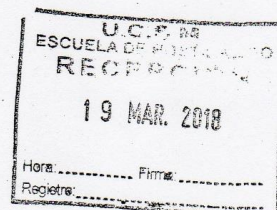
- Tener cuidado en la compaginación de las primeras páginas en números romanos.
- En la interpretación de las Tablas pareciera sólo se hacen en la mayoría de ellas, simples descripciones, siendo importante dar una explicación breve del porqué se observan dichos datos.

Una vez resueltas las sugerencias u observaciones, puede pasar a la fase de la sustentación de la Tesis, salvo mejor parecer.

Es todo cuanto informo a Usted.

Atentamente.


Dr. Eliseo Chávez Chávez



Arequipa, 30 de enero de 2018

Señor Doctor

HUGO TEJADA PRADELL

Director de la Escuela de Post Grado de la
Universidad Católica de Santa María de Arequipa

CIUDAD.

Referencia: Dictamen de borrador de tesis

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con la finalidad de hacer de vuestro conocimiento el Dictamen recaído en el borrador de Tesis para optar el grado de magister en Derecho de Familia titulado: "Consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial"; presentado por el bachiller Elio Vásquez Rodríguez..

Revisado el borrador, reúne los requisitos exigidos para su aprobación y posterior sustentación oral, siendo un problema actual y de interés jurídico y social.

Es cuanto, tengo a bien informar a Ud.

Atentamente;



DR. EDUARDO J. MEZA FLORES



Arequipa, 12 de Abril del 2018

Señor Doctor
Hugo Tejada Pradell.
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María
Ciudad.-

Referencia: Dictamen de Borrador de Tesis

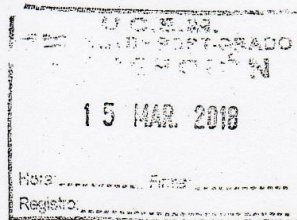
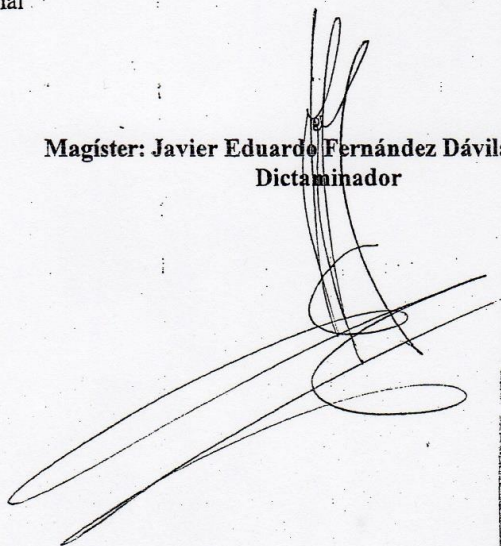
Previo un cordial, saludo, me dirijo a Ud., con la finalidad de hacer de vuestro conocimiento sobre el Borrador de Tesis lo siguientes términos:

Que mediante “Boleta de Nombramiento de Jurado Dictaminador”, del expediente nro. 201800003594, he sido designado Jurado Dictaminador para el Borrador de Tesis presentado por la Bachiller **VASQUEZ RODRIGUEZ, Elio Duval**; titulado “**Consentimiento del menor para garantizar su Derecho a la Identidad Personal en los Procesos de Filiación Extramatrimonial, Arequipa 2017**”, a efectos de optar el grado de Magister en Derecho Procesal y Administración de Justicia -

Al respecto, salvo mejor, habiéndose revisado el proyecto presentado, mi dictamen es por que **SE APRUEBE**, el Borrador de Tesis para su respectiva sustentación.

Sin otro particular es propicia la oportunidad para reiterarle los sentimientos de mi especial estima personal

Magister: Javier Eduardo Fernández Dávila Mercado
Dictaminador





EPÍGRAFE

Una de las trampas de la infancia es que no hace falta comprender algo para sentirlo. Para cuando la razón es capaz de entender lo sucedido, las heridas en el corazón ya son demasiado profundas.

CARLOS RUIZ ZAFÓN



DEDICATORIA

Para mi familia quienes con su amor, han impulsado mis realizaciones y para los niños para que aprehendan el mensaje y destierren de sus actos todo rasgo de indiferencia en contra de ellos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

RESUMEN

ABSTRACT

CAPITULO I1

EL DERECHO A LA IDENTIDAD1

1. CONTENIDO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.....1
2. IDENTIDAD Y LIBERTAD6
3. ASPECTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD.....9
4. LA IDENTIFICACIÓN12
5. LA IDENTIFICACIÓN COMO NEXO SOCIAL Y EL DERECHO AL NOMBRE14
6. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO15
7. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DERECHO A LA IDENTIDAD17
8. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD PERSONAL20

CAPITULO II27

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ.....27

1. ASPECTOS GENERALES DE LA FILIACIÓN.....27
2. FILIACIÓN MATRIMONIAL30
3. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL34
4. EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL37
5. ACCIONES DE FILIACIÓN39
6. EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES EN EL SISTEMA INTERNACIONAL
40
7. EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVAR LA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES
FAMILIARES50
8. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA Y EL DERECHO DEL
NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA54

CAPITULO III62

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS62

1. PRESENTACIÓN.....62
2. METODOLOGIA DE RECOLECCION DE INFORMACION62
3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS63

TABLA N° 1	63
GRAFICA N° 1	64
TABLA N° 2	65
GRAFICA N° 2	66
TABLA N° 3	67
GRAFICA N° 3	68
TABLA N° 4	69
GRAFICA N° 4	70
TABLA N° 5	71
GRAFICA N° 5	72
TABLA N° 6	73
GRAFICA N° 6	74
TABLA N° 7	75
GRAFICA N° 7	76
TABLA N° 8	77
GRAFICA N° 8	78
TABLA N° 9	79
GRAFICA N° 9	80
TABLA N° 10	81
GRAFICA N° 10	82
TABLA N° 11	83
GRAFICA N° 11	84
TABLA N° 12	85
GRAFICA N° 12	86
TABLA N° 13	87
GRAFICA N° 13	88
TABLA N° 14	89
GRAFICA N° 14	90
TABLA N° 15	91
GRAFICA N° 15	92
TABLA N° 16	93
GRAFICA N° 16	94

CONCLUSIONES PARCIALES	105
CONCLUSION GENERAL	106
SUGERENCIAS	107
PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL TERCER PARRAFO EN EL ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL	108
BIBLIOGRAFÍA.....	111
PROYECTO DE INVESTIGACIÓN	114



INTRODUCCIÓN

La identidad personal es un derecho fundamental de nuestro sistema constitucional, por lo tanto es un derecho de los hijos conocer a sus padres. Pero es importante que en dicho conocimiento deba reflejarse el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio favor filii; como también el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables, que faculta al Estado la obligación de adoptar acciones para afianzar el vínculo filial.

Es así que esta nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor filii).¹

Según la Convención sobre los Derechos del Niños, toda persona tiene derecho a investigar quiénes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares. Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria.

Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados

¹ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. En Blog de Alex Plácido. 2008. S/P (Consultado el 30-09-2017). Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido>.

por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).²

De lo expuesto resulta de vital importancia la controversia de la paternidad extramatrimonial de un hijo de mujer casada, buscando una solución a la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la que se refleje la identidad personal del niño, a través del consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial.

Es innegable que el niño tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, lo cual se encuentra amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Las actuales valoraciones jurídicas exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, excluyendo para ello de las circunstancias en las que se desarrolló el acto procreativo, primando para ello el interés superior del niño.

² Idem. S/P

RESUMEN

El presente estudio responde a la necesidad de determinar la importancia de la opinión del menor en los procesos de filiación extramatrimonial que permitan garantizar su derecho a la identidad personal, toda vez que el Código Civil no permite que el menor de edad intervenga en dichos procesos, para poder verter su opinión si desea mantener su identidad personal, sin perjuicio de la declaración de filiación extramatrimonial.

La tesis está dividida en tres capítulos: El primer capítulo está dedicado a exponer aspectos esenciales sobre el derecho a la identidad. El segundo capítulo está dedicado a desarrollar los mecanismos legales sobre la filiación extramatrimonial en el Perú, como asimismo sus aciertos y desaciertos. El tercer capítulo desarrolla el análisis de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados en la especialidad del derecho de familia de la ciudad de Arequipa quienes opinaran sobre los argumentos jurídicos que pueden sustentar el consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial durante los meses de enero a diciembre del año 2017.

Finalmente nuestra investigación termina con la exposición de las conclusiones y recomendaciones sobre los argumentos jurídicos que sustentan que el consentimiento del menor podrá garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial. No debemos olvidar que se hace necesario establecer mecanismos legales más adecuados que permitan implementar una adecuado protección del derecho a la identidad de los menores no reconocidos por sus padres.

PALABRAS CLAVE: Identidad, derecho, filiación, matrimonial, extramatrimonial, consentimiento, menor, filiatoria, personal.

ABSTRACT

This study responds to the need to determine the importance of the opinion of the minor in extramarital filiation processes that guarantee their right to personal identity, since the Civil Code does not allow the minor to intervene in said processes, to be able to express your opinion if you wish to maintain your personal identity, without prejudice to the declaration of extramarital filiation.

The thesis is divided into three chapters: The first chapter is devoted to exposing essential aspects about the right to identity. The second chapter is dedicated to developing the legal mechanisms on extramarital filiation in Peru, as well as its successes and failures. The third chapter develops the analysis of the survey applied to magistrates and lawyers in the family law specialty of the city of Arequipa who gave their opinion on the legal arguments that can support the child's consent to guarantee their right to personal identity in the Extramarital filiation processes during the months of January to December of the year 2017.

Finally, our investigation ends with the exposition of the conclusions and recommendations on the legal arguments that support that the consent of the minor will be able to guarantee his right to the personal identity in the processes of extramarital filiation. We must not forget that it is necessary to establish more adequate legal mechanisms that allow implementing an adequate protection of the right to identity of minors not recognized by their parents.

KEYWORDS: Identity, right, filiation, marriage, extramarital, consent, minor, filiatoria, personal.

CAPITULO I

EL DERECHO A LA IDENTIDAD

1. CONTENIDO DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Toda persona natural o individual, es decir, todo ser humano una vez nacido, tiene derechos fundamentales que se le atribuyen de manera absoluta, personal y única por el sólo hecho de ser persona, los mismos que son inajenables, irrenunciables e imprescriptibles.³

Nuestro ordenamiento civil regula sólo algunos derechos de las personas en el artículo 5° de dicho cuerpo normativo, empero, esto no implica el

³ FRANCISKOVIC B. El Derecho A La Intimidad - Protección De Los Derechos Fundamentales. 2011. En Revista Jurídica del Diario Oficial El Peruano. Marzo 2011. s/p (Consultado 01-10-2017) Disponible en: https://works.bepress.com/beatriz_franciskovicingunza/9/

reconocimiento limitado de estos derechos, sino, por el contrario se reconoce, regula y admite un sistema abierto - numerus apertus - o ilimitados de derechos personales, es decir, toda persona natural o individual tiene una gama de derechos fundamentales y personales reconocidos de manera dispersa por nuestra Constitución Política como por el Código Civil así como por los Tratados Internacionales, teniendo en cuenta la dignidad de la persona como otros de naturaleza análoga que tienden a proteger y tutelar a todo ser humano.⁴

Citando al maestro, Carlos Fernández Sessarego,⁵ no podemos dejar de señalar que “el ser humano, es un ser en libertad y, precisamente por serlo, es idéntico a sí mismo. Todos los seres humanos son iguales pero, como está científicamente comprobado, no hay dos seres humanos idénticos. A lo más, pueden ser muy parecidos, como es el caso de los gemelos. No hay dos proyectos de vida idénticos” Nuestra Constitución Política, a diferencia de las anteriores, reconoce por primera vez, el derecho que tiene toda persona a la identidad.

El derecho a la identidad se basa en el derecho a la libertad que nos permite desarrollarnos como únicas personas; cómo uno quiere o haya elegido ser y proyectarse en la vida realizando actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico. Esta libertad nos posibilita a cada quien tener un proyecto de vida, de ser y tener una singular “manera de ser”, como lo afirma Carlos Fernández Sessarego,⁶ es decir, nos permite ser únicos y tener una historia personal y por ende que se nos reconozca, acepte y admita tal cómo uno es sin que se nos confunda con el otro o con otros.

⁴ Idem. s/p

⁵ FERNÁNDEZ C. Sexualidad y bioética. La problemática del transexualismo. En Revista Observatorio del Derecho Civil. Volumen IV La Persona. Lima. Editora Jurídica Motivensa; 2010. Pág. 183

⁶ Idem. Pág. 183

Según la Real Academia de la Lengua Española se entiende por identidad a la “Cualidad de idéntico” a aquel “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás” viene hacer la “Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. El derecho a la identidad responde a la pregunta quién soy, qué debo ser o hacer, sin duda, significa el poder elegirse y auto determinarse en ser uno, distinto y diferente a los demás; por ello se requiere que se nos reconozca por lo que uno es sin confundírseos con nadie; por ese nombre que me individualiza y distingue de los demás, que no se distorsione mi procedencia o historia de vida, todo ese conjunto de vivencias personales únicas, irrepetibles e inconfundibles con los otros o con los demás que genera mi esencia así como todo aquello que me hace ser lo que soy hoy y ahora constituyendo mi ser único, inconfundible e ubicable sólo por lo que soy, por lo que he logrado y alcanzado en mi vida.⁷

Para Juan Espinoza Espinoza,⁸ el derecho a la identidad “Es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática) en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer” No podemos dejar de señalar que la Dignidad se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento constitucional al prescribir expresamente que la defensa de la persona y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Es así que el derecho a la identidad significa el reconocimiento por nuestra dignidad.

Según la Real Academia de la Lengua Española, dignidad viene de “Cualidad de digno. Excelencia, realce.” Significa la “Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse”. El hecho que se nos reconozca

⁷ FRANCISKOVIC B. El Derecho A La Intimidad. Ob. Cit. s/p

⁸ ESPINOZA J. Derecho de las Personas. Lima: Editorial Rodhas; 2006. Pág. 279

cómo uno es, conlleva el derecho que se nos respete nuestra dignidad, pues, de lo contrario al no protegerse nuestra identidad se nos estaría mellando nuestra calidad de ser humano, de seres dignos; entendiendo a esta como aquella cualidad de tener un valor especial, único y superior.⁹

El artículo 1º de nuestra Constitución Política del Perú de 1993 señala que:

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Siendo esto así, cabe hacer la precisión que el respeto sobre la persona humana implica el respeto sobre sus derechos, y en el presente caso su derecho a la identidad. Lo señalado anteriormente se concreta con la protección nuclear que se le otorga a este derecho fundamental en el artículo 2º, inciso 1 de nuestra Carta Magna que señala que “Toda persona tiene derecho a su identidad”.

No debemos olvidar que este derecho fundamental a la identidad no es exclusivo de los niños, sino que es propio de toda persona, tanto que este derecho fundamental está estrechamente vinculado con el derecho a la vida, porque desde el inicio de la vida, nace el derecho de toda persona a ser reconocido como tal.¹⁰

Como señala GONZÁLEZ: *“En efecto: hablar de identidad es hablar de la conciencia que tenemos de nosotros mismos, y es conveniente advertir que esa conciencia de uno mismo no es algo irrelevante para el ser humano: el hombre necesita saber quién es él, para serlo de manera plena. Esto es así en todos los órdenes de la vida”.*¹¹

⁹ FRANCISKOVIC B. El Derecho A La Intimidad. Ob. Cit.

¹⁰ MOSCOL M. Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00550-2008-PA/TC. Tesis. Piura: Universidad de Piura. Facultad de Derecho; 2016. Pág. 30.

¹¹ GONZÁLEZ A. Ficción e Identidad: Ensayos de cultura postmoderna. Madrid: Rialp; 2009. Pág. 136.

Este derecho fundamental lleva implícito el derecho de todas las personas a una identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana. Este derecho a la identidad biológica tiene como referente material mediato a las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elemento básico para su realización y sin las cuales no es posible su completo desarrollo como persona. Este derecho se expresa en la imagen y en las circunstancias que determinan qué y quién es una persona. Este derecho se hace efectivo a través de un nombre, una identificación, el conocer a los padres y llevar sus apellidos. El ser humano, por el hecho de su dignidad y por ser libre, constantemente se crea, se define, se vuelve único e irrepetible; es decir, se vuelve un ser y, por tanto, una identidad.¹²

Sobre esto, SIVERINO, señala que:

*“El derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es...Por eso entendemos que el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal...Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales”.*¹³

Sobre este derecho fundamental a la identidad, en el derecho comparado y en el derecho nacional, se suele distinguir entre una faceta estática y una

¹² MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 30.

¹³ SIVERINO P. Los derechos fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica; 2010. Pág. 59-60.

faceta dinámica.¹⁴ 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.¹⁵

Este derecho fundamental se constituye, *per se*, como un derecho personalísimo, que implica el derecho de cada uno de ser uno mismo y no otro, diferenciado de los demás, que lo hacen único en la especie y en la sociedad, lo que conlleva el derecho a su verdad histórica; por lo tanto, para una correcta protección de este derecho, desde mi punto de vista se deberá tomar en cuenta ambas facetas, tanto la estática como la dinámica.¹⁶

Este derecho fundamental a la identidad de origen involucra el derecho a una identidad psicológica, social, cultural y sobretodo biológica e histórica, ya que toda persona tiene derecho a construir su única historia personal, esta identidad que es necesaria para conocer su procedencia, la búsqueda de sus raíces que den razón al presente que les toca vivir, a través del reencuentro con su historia individual y grupal irrepetible, que debe ser respetado y protegido de modo especial, toda vez que es esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse.¹⁷

2. IDENTIDAD Y LIBERTAD

¹⁴ AGURTO C. QUEQUEJANA S. ARIANO E. Instituto Pacífico: Actualidad Civil – Nro. 8: Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano. Lima: Instituto Pacífico; 2015. Pág. 64-70.

¹⁵ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 31

¹⁶ Idem. Pág. 31.

¹⁷ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 32.

La libertad es el tipo de inserción del hombre en el mundo, lo que lo diferencia de las cosas, los animales.¹⁸ Siguiendo a Fernández Sessarego, el hombre no tiene ni deja de tener libertad sino que es libertad; ésta resulta de la situación ontológica de quien existe desde el ser ya que la existencia implica libertad. El hombre como ser libre que elige estimando adquiere el rango de persona humana. La persona es existencia desplegada en el tiempo, que desarrolla su vida en comunidad para, utilizando cosas del mundo, realizar su intransferible y único proyecto personal. La persona es un sujeto proyectivo que hace su vida a cada instante. En definitiva, el hombre es libertad que se proyecta.¹⁹

Y en este permanente devenir se crea se limita y delimita, se define, se vuelve visible, histórico, único e irreplicable; se vuelve quien es, sí mismo y no otro. Un ser y por tanto una identidad. El hombre está destinado a ser libre y valorativo y el producto que se sigue de su libertad es su identidad en cuanto expresión de su devenir. Es esta capacidad del hombre de autoconstruirse estimando lo que lo define como ser verdaderamente humano, el basamento de su dignidad, valor fundante de todos sus derechos. Así lo reconocen las declaraciones universales, los pactos regionales, las constituciones de los estados, sus códigos civiles. La particularidad del ser de la especie humana consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal, sólo la muerte es el límite de la existencia, porque ésta acaba donde no hay más posibilidad de proyección.²⁰

La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, o somático, mientras que otros

¹⁸ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas. En AAVV Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica; 2010. Pág. 57-81

¹⁹ FERNÁNDEZ C. El derecho como libertad. 2a ed. Lima: Universidad de Lima; 1994. Pág. 73 y Derecho y persona. 3a ed. Lima: Grijley; 1998. Pág. 99.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 73.

son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser uno mismo. La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir yo al referirse a un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales, la que se va forjando en el tiempo.²¹ Identidad es la calidad de lo idéntico, la relación entre cosas idénticas y la circunstancia de ser efectivamente la persona que se dice ser; lo que está en juego en la constitución de la identidad es una diferenciación ante un diferente.²²

Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es, porque así como toda la vida del ser humano está dirigida a autoconstruirse, configurando en el proceso una identidad, no es una identidad a puertas cerradas, así como la libertad de pensamiento, perdería su sentido de quedar limitada al fuero íntimo.²³

Tal como señala De Cupis, “la identidad personal, cabe decir el ser en sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede en sí y de por sí ser destruida, porque la verdad, por ser la verdad, no puede ser eliminada”. Ser sí mismo significa serlo también aparentemente, también en el conocimiento y opinión de los demás; significa serlo socialmente”. Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Como se señalaba, el elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción; la identidad emana, es conformada por las características de una persona,

²¹ FERNÁNDEZ C. Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual. JA; 1999. Pág. 889.

²² LAMAS M. Cuerpo e identidad en Género e Identidad. Bogotá: Comp. TM editores; 1995. Pág. 63

²³ FIGUEROA Y. Información genética y derecho a la identidad personal, en Bioética y Genética. Buenos Aires: BERGEL- CANTÚ; 2000.

todas y cada una de ellas no como una simple sumatoria, sino como un todo inseparable que da vida al individuo, lo hace visible, real y lo integra al mundo. Nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, trabajo que ocupa toda la vida. Esto excluye la posibilidad que una identidad pueda forzarse o imponerse, ya que al reflejar un proceso „interno“ aquello que no emane del propio individuo no formará parte de él y será la exclusión de lo que el sujeto considera extraño a sí lo que delimitará su identidad. Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación a sus derechos más elementales.²⁴

En este sentido, ilustra con claridad el rango primerísimo del derecho a la identidad el tratamiento expreso que el mismo recibe en la Convención Europea sobre Bioética y Derechos Humanos; el Convenio en su art 1° obliga a los estados partes a proteger la dignidad e identidad de todo ser humano. A propósito de este artículo, el recordado profesor Germán Bidart Campos manifiesta “que es elocuente esta asociación entre dignidad e identidad para que el bienestar no configure una teorización abstracta sino que se dirija bien concretamente a su particularización en cada ser humano en cada circunstancia en que él se encuentre, conforme a lo que su dignidad y su identidad requiere para ese caso en las circunstancias propias”.²⁵

3. ASPECTOS DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Señala Fernández Sessarego que, desde su desarrollo jurisprudencial y doctrinario especialmente en Italia, el derecho a la identidad, pese a ser una realidad unitaria, ha distinguido dos vertientes: dinámica y estática. El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o

²⁴ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas. Ob. Cit. Pág. 58-62.

²⁵ BIDART G. Por un derecho al bienestar de la persona. IV Jornadas Latinoamericanas de Bioetica, Buenos Aires, Mar del Plata: Suarez; 1998. Pág. 3.

registrar del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a la percepción (nombre, pseudónimo, imagen, características físicas) y el dinámico, que es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral, psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio espiritual,²⁶ su personalidad. Si bien coincido con reconocer las bondades de dicha clasificación, me permito aquí anotar cómo existen hoy algunos elementos que convendría tomar en cuenta para, por lo menos, analizar la conveniencia de seguir utilizando las categorías antes mencionadas sin siquiera pensar en eventualmente introducir algún matiz al respecto.²⁷

En esta línea de pensamiento habría que considerar en primer lugar que según el Diccionario de la Real Academia Española, estático refiere a lo que permanece en un mismo estado sin mudanza de él. Desde este entendimiento, sería factible cuestionar si el aspecto llamado estático es tal, dado que la imagen, características físicas, pseudónimo, estado civil, son esencial y fácilmente variables y si en cambio no sería posible atribuir este carácter estático a los signos visibles elegidos para identificar, esta última actividad de suyo, estática o mejor dicho, estatificante. La discusión no es banal. Sentencias judiciales denegatorias del reconocimiento del derecho a la identidad y la adecuación de nombre y sexo de personas transexuales se han basado en el carácter estático de ciertos aspectos de la identidad.²⁸

Así, vemos que el nombre presenta claras limitaciones para su modificación, pero la propia ley contempla situaciones en la que ésta es admitida. El pseudónimo, estado civil, características físicas, imagen, etc.) son básicamente modificables. En lo que respecta el sexo el tema es menos simple. Hoy en día es ampliamente reconocido que el sexo está conformado

²⁶ FERNÁNDEZ C. Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima; 1990. Pág. 220.

²⁷ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas. Ob. Cit. Pág. 62-66

²⁸ Idem. Pág. 66.

por varios elementos (cromosómico, gonadal, hormonal, genital o anatómico, psicosocial y registral o legal), conformando una realidad compleja, en la que si bien pueden presentarse discordancias entre los distintos estamentos (configurando estados intersexuales de origen cromosómico gonadal u hormonal o psicológicos (disforia de género/ transexualidad) el individuo responde, por el principio de unidad del sexo, a una realidad sexual unitaria en la que él mismo se ubica desde su profunda vivencia existencial.²⁹

Compartimos la opinión de Fernández Sessarego en tanto que los elementos del sexo no son estables, por lo que debería descalificarse una concepción estática de la sexualidad. Sin embargo, y tal como se señalaba anteriormente, numerosas sentencias judiciales denegatorias de la posibilidad de acceder a la rectificación registral de nombre y sexo en individuos que ya habían atravesado una intervención de adecuación sexual, basaron su decisión en entender que el sexo cromosómico es estático, invariable, y que no puede determinarse una identidad contraria al dato genético. Por lo antedicho, somos de la idea que no es esencial a la noción de derecho a la identidad la distinción entre aspectos estáticos y dinámicos de la misma y que por el contrario puede llevar a intérpretes poco rigurosos a confusiones que se tornen incluso lesivas al derecho que se busca tutelar.³⁰

Ya desde otro ángulo de análisis, vemos que el derecho a la identidad personal se nos presenta en al menos dos facetas, una interna (ser-para-si) y otra externa (ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo). En modo muy sintético y sin pretender en modo alguno agotar los ribetes del debate sobre el tema, podemos concluir que la identidad implica ser sí mismo y no otro. Esta faceta interna se manifiesta en vivencias y conductas humanas. La faceta externa involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quien soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar. La

²⁹ Idem. Pág. 67

³⁰ Idem. Pág. 68.

coexistencia implica intersubjetividad y heteroconstrucción. Dentro de esta faceta ubicamos al proceso de identificación.³¹

Y es en orden a la heteroconstrucción donde cobra vital importancia distinguir entre identidad e identificación, entendiendo a esta última como un proceso específico, participante de la faceta externa de la identidad y evitando así reducir la noción de identidad a la de identificación. Creemos que es útil delimitar con la mayor precisión posible la noción de identificación, y que es factible preguntarse si es exacta la asimilación de ésta a faceta llamada estática de la identidad, y si en cambio no tendría un carácter distinto y un grado de tutela y flexibilidad diverso a la identidad propiamente dicha. Es preciso aclarar que a los efectos de esta exposición consideraremos el término identificación en relación con la función de tutela del interés público, sin entrar en el examen de los procesos identificatorios de conformación de la psiquis.³²

4. LA IDENTIFICACIÓN

Identificar, según el Diccionario de la Real Academia significa “1.- Hacer que dos cosas o más en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma. 2.- Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca.- 4. Dar los datos personales necesarios para ser reconocidos.” La identificación es posterior a la identidad, necesariamente posterior, ya que no puede identificarse lo que no existe. Dicho de otra manera, no debe confundirse el derecho fundamental a la identidad, con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación.³³

³¹ Idem. Pág. 69

³² LAMAS M. Cuerpo e identidad en Género e Identidad. Ob. Cit.

³³ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas. Ob. Cit. Pág. 70-74.

El asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar, no confiere una identidad sino que simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes, se le presentan. El proceso de identificación reconoce lo que es. Una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que pueden presentarse como más evidentes que otros. Habiendo descrito con anterioridad someramente la identidad, vemos que por el contrario, la identificación responde no a una actividad-necesidad personal (ser-hacer) esto es, a un devenir existencial, sino a un imperativo social, como elemento de orden y control ejercido por el Estado, que toma datos de la realidad, plasma los seleccionados, y los coteja a posteriori.³⁴

El proceso de identificación tal como es entendido en este contexto podría ser considerado como una actividad estatal que parte de variables o criterios previamente establecidos para tomar contacto con signos distintivos perceptibles, por ejemplo características físicas u otros datos que convenientemente registrados (sexo anatómico, nombre, estado civil, filiación) puedan ser corroborados y según los criterios dados, estatificar, plasmar lo que ve en un momento dado en un instrumento a tales efectos (asiento documental). Este mecanismo sintetiza lo esencial de aquello que se le presenta a los sentidos, pero lo hace desde afuera, rotula esas características que percibe según las variables que le sirven de guía, plasmando algunos datos y descartando otros.³⁵

En un intento por intentar delimitar los conceptos de identidad e identificación, es posible vislumbrar que habría situaciones en las que éstos puedan contraponerse. Encontramos al menos dos paradigmáticas, en las que la identificación no coincide con la verdad de vida del sujeto generado

³⁴ Idem. Pág. 75.

³⁵ Idem. Pág. 76.

una clara violación de su derecho a la identidad: los casos de supresión de identidad de los niños/as secuestrados en la última dictadura militar sustraídos de sus familias y anotados bajo nombres falsos, y los de personas transgénero que son obligados a responder a una identificación que no responde a su verdad personal. Ahora bien, ya hemos visto que pese a su carácter público, la identificación no es ajena a la identidad del peticionante. Y en ello reside el derecho a que sea modificada, o mejor dicho adecuada, ya que no hacerlo implica en sí mismo la violación de un derecho, ya que la violación del derecho a la identidad se da cuando se desfigura, se deforma la imagen que uno tiene frente a los demás esto ocurre, por ejemplo cuando se presenta al ser humano con atributos que no son propios de su personalidad, distorsionándolo.³⁶

5. LA IDENTIFICACIÓN COMO NEXO SOCIAL Y EL DERECHO AL NOMBRE

De lo que sosteníamos precedentemente se desprende que la identificación cumple una función más profunda: la de ser el nexo social de la identidad. Un elemento esencial a los fines de la identificación es el nombre. Coincidimos con Rabinovich-Berkman, en que el nombre es un dato personal y es la simbolización de una autoconstrucción, a la que representa: “es la expresión fonética de la identidad del existente; en otras palabras el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos personales y con iguales características”.³⁷

Y podría decirse que hay un derecho a que esos datos sean fidedignos. En aquellas situaciones en las que el pronombre pudiera no responder a la proyección de la autoconstrucción del sujeto, como en los casos de disforia de género- transexualidad y estadios intersexuales, por ejemplo, en el que el

³⁶ Idem. Pág. 77.

³⁷ RABINOVICH-BERKMAN R. Derecho Civil Parte General. Buenos Aires: Astrea; 2000. Pág. 435.

pronombre asignado no responde a la realidad de la persona y sus proyectos, el nombre se desnaturaliza, pierde su razón de ser, su calidad de atributo de la persona, su poder de configurar al individuo, deja de ser un dato personal, real, de la persona, para transformarse en el medio de violación del derecho a la identidad; destruye la proyección de sí que el individuo ha construido en los otros, aquel proyecto al que le dedicó su vida entera; decide quitarle toda posibilidad de construirse en los otros, actuando como una suerte de interdicción, alienándolo.³⁸

Desde esta perspectiva sería posible entender que el nombre puede transformarse en un vehículo para herir el derecho a la identidad obstaculizando el ejercicio de derechos fundamentales y volviendo insostenible la vida en relación. Así también en los casos de sustracción de menores y alteración de su identidad donde la imposición de una nueva filiación plasmada mediante un nuevo nombre y apellido tuvo por fin despojar a los niños de sus familias, su pertenencia y su historia. Volveremos sobre este tema más adelante. La identidad no puede otorgarse o denegarse graciosamente, debe ser reconocida, ya que la construcción de la propia identidad es el trabajo que consume la vida de un individuo, la razón misma de su existencia; este derecho de autoconstrucción es un derecho primordial derecho del ser humano, se desprende de su libertad y dignidad y nuestro ordenamiento jurídico le otorga rango constitucional.³⁹

6. EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En la Constitución del Perú el derecho a la identidad está plasmado en el artículo 2 inciso 1 en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre*

³⁸ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas. Ob. Cit. Pág. 78-81

³⁹ Idem. Pág. 81.

desarrollo y bienestar...” y explicitado en uno de sus aspectos en el inciso 19 “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”

Es en el Código de los Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6 *“El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes, o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”*. A su vez, el artículo 7 trata sobre la inscripción en el Registro del Estado Civil.

Ahora bien, a pesar de la amplia fórmula mediante la cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, podría discutirse si es que actualmente en el ordenamiento jurídico peruano viene otorgándose una protección procesal suficiente a ese derecho. El Código Procesal Constitucional contempla en su artículo 25 que “procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos, que enunciativamente, confirman la libertad individual: el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República”. Se busca garantizar mediante un trámite sumarísimo un aspecto que se desprende del derecho a la identidad vinculado más bien a la identificación.

Por otro lado, frente a los otros aspectos del derecho a la identidad, lamentablemente no encontramos mayores precisiones específicas al respecto. Es más, el derecho a la identidad no se incluye en el artículo 37 que trata sobre los derechos pasibles de protección mediante amparo. Y si bien el inciso 25 de este artículo contiene una fórmula residual que permitiría su reclamo mediante el proceso de amparo, estaría por verse si los magistrados aceptarían esta vía procesal o denegaría el amparo por entender que está disponible una vía igualmente satisfactoria (por ejemplo, lo regulado en el Código Procesal Civil, artículo 826 y concordantes, que permite la rectificación del nombre y el sexo registral, vía proceso no contencioso) para proteger al derecho a la identidad.

7. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y DERECHO A LA IDENTIDAD

En el Perú, no existe una norma expresa que consagre el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde una perspectiva jurisprudencial y doctrinaria. En cuanto a la jurisprudencia, puede decirse que, en los últimos años, han empezado a aparecer algunos fallos; unos con ideas muy plausibles y otros más bien discutibles, poniendo en evidencia la ausencia de una formación en bioética; si bien no es culpa de los jueces el que durante sus años de formación universitaria la Bioética no formara parte de su currículo de estudios, igual es un imperativo la actualización en el conocimiento, más todavía en un área académica tan importante que aborda cuestiones de tan alta relevancia.⁴⁰ Toda persona tiene derecho a su identidad, tal como reza el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución, pudiendo definirse la identidad personal, siguiendo a Fernández Sessarego, como “todo aquello que hace

⁴⁰ CÁRDENAS R. El Derecho a La Identidad Biológica de las Personas Nacidas mediante Reproduccion Asistida en la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Peruana. 2015. Pág. 48. En Revista del Instituto de la Familia. Facultad de Derecho; 2015. (Consultado el 12-11-2017) Disponible en: <http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/>

que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”.⁴¹

Por otro lado, el artículo 396 del Código Civil peruano dispone que: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”, lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial. Ello es una consecuencia lógica de lo prescrito por el mismo Código de 1984, para el cual todo hijo habido durante el matrimonio se presume que es del marido (artículo 361) y solo éste puede cuestionar la paternidad (artículo 363), presumiéndose que es matrimonial aun cuando la esposa declare que no es de él o incurra en adulterio (artículo 362); existiendo, además, un estrecho tiempo de 90 días para contestar la paternidad (artículo 364).⁴²

Sin embargo, en algunos fallos se viene advirtiendo que dicha normativa colisionaría en parte con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a la identidad. Bajo dicho amparo, en un caso en el que una persona pretendía se le reconociera la paternidad del hijo de una mujer casada, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil (Casación No. 2726-2012-Del Santa), estimando que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia de la menor materia del proceso con sus padres biológicos, toda vez que éstos venían desarrollando con ella una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado.⁴³

Es interesante mencionar, adicionalmente, el control difuso realizado por la

⁴¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea; 1992 Pág. 113.

⁴² CÁRDENAS R. El Derecho a La Identidad Biológica. Ob. Cit. Pág. 49

⁴³ Idem. Pág. 49.

Sala de Familia de Lima, aprobado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través del cual -señala Huamancayo-,⁴⁴ en diversos expedientes civiles sobre acción de contestación de la paternidad y acción de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se han inaplicado los artículos 364 y 400 del Código Civil, por considerar que el plazo que consideran atenta contra el Derecho a la Identidad. Dichas sentencias son las recaídas en los expedientes No. 183515-2003-00233-0 y 860-2002 de la Sala Especializada de Familia y el expediente No. 2003- 0839-251801-JF-01 del Primer Juzgado de Familia de Chimbote.⁴⁵

Otro caso en el que la Corte Suprema también se ha pronunciado por la inaplicación del artículo 400 del Código Civil privilegiando el derecho a la identidad, considerando que no existe razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para negar el reconocimiento indebido por uno de los padres, se dio con motivo de la elevación en consulta del Expediente No. 229-2010-Puno. Al respecto, estimó la Corte que el derecho a la identidad no debe limitarse en su protección por plazos legalmente establecidos, considerando su trascendencia como derecho fundamental en el desarrollo de la persona; así, deja establecido que el mencionado art. 400 no puede ser un obstáculo para que el Estado preserve el derecho a la identidad (Consulta Exped. No. 293-2001-Lima).⁴⁶

También es interesante lo resuelto por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio del 2010, con motivo de una consulta respecto al expediente No. 1388-2010 (Arequipa, sentencia del 08.07.2010) respecto a la constitucionalidad de los artículos 402 inciso 6 y 404 del Código Civil. Sobre el particular, la Sala se pronunció en el sentido

⁴⁴ HUAMANCAYO PIERREND J. El Derecho a la Identidad versus el Derecho a la Verdad Biológica. En: Persona, Derecho y Libertad. Nuevas Perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego. Calderón Puertas, Carlos; Elisa Zapata J. y Carlos Agurto G. (Coordinadores). Lima: Editora Jurídica Motivensa; 2009. Pág. 135.

⁴⁵ CÁRDENAS R. El Derecho a La Identidad Biológica. Ob. Cit. Pág. 50

⁴⁶ Idem. Pág. 50.

que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casada, son normas contrarias a la Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño y negar la identidad biológica.⁴⁷

Asimismo, existen interesantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.⁴⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la identidad del menor prevalece incluso sobre la cosa juzgada en los procesos de filiación.⁴⁹ Y es que, como dice Faiella, resulta evidente que el derecho por antonomasia a tener en cuenta cuando se plantea la posibilidad de revisar la cosa juzgada en materia de filiación es el derecho a la identidad.⁵⁰

8. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA IDENTIDAD PERSONAL

La identidad personal está expresamente tutelada en las Constituciones de Portugal y del Perú de 1993. No conocemos de otro ordenamiento jurídico que contenga similar disposición protectora. No obstante, entre una y otra Constitución existe una notable diferencia en cuanto al alcance conceptual que cada una de ellas otorga a la identidad personal. En efecto, tratándose

⁴⁷ SIVERINO P. Cuestionamiento de la filiación matrimonial por la esposa. En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia No. 179. Lima: Gaceta Jurídica; 2013. Pág. 14.

⁴⁸ ARIAS F. Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran el derecho a investigar la propia filiación. Lima: Instituto de Patología y Biología Molecular Arias Stella; 2012.

⁴⁹ STC Exp. No. 0550-2008-PA/TC. En Revista Actualidad Jurídica. Tomo 211. Lima: Gaceta Jurídica; 2011. Pág. 74.

⁵⁰ FAIELLA R. El ADN pone en jaque la inmutabilidad de la cosa juzgada. En: Revista Jurídica Aequitas. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. 3ª. Etapa. Año III. Número III, 2009. Pág. 45.

de la Constitución portuguesa la doctrina y la jurisprudencia, hasta donde alcanza nuestra información, la asimila a lo que hemos designado como identidad estática o identificación. En cambio, la incorporación expresa del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana estuvo precedida de una doctrina que le otorgaba a la identidad una connotación más amplia, integral, en cuanto no sólo consideraba la dimensión estática sino también la dinámica. En este sentido, puede sostenerse que la peruana es la primera Constitución que recoge este derecho que tutela al ser humano en su "verdad personal", es decir, en aquella calidad que lo distingue, en absoluto, de cualquier otro ser humano.⁵¹

El inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 prescribe la tutela jurídica de la identidad personal al lado de otros derechos fundamentales como son el derecho a la vida, al libre desarrollo y bienestar de la persona y a su integridad psicosomática. No conocemos, hasta el momento, ningún fallo judicial que aplique en el Perú este novísimo derecho. De otro lado, cabe señalar que en el inciso 7 del mismo artículo 2 de la Constitución del Perú se prescribe que toda persona afectada "por informaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley". Cabe resaltar que la Constitución distingue la lesión que puede sufrir la persona por informaciones inexactas de cualquier agravio a otro derecho que la proteja.⁵²

La derogada Constitución peruana de 1979 contenía también un dispositivo similar al del inciso 7 del artículo 2 de la Constitución vigente, no obstante que este cuerpo legal no tutelaba la identidad personal mediante norma expresa como sí ocurre, tal como se ha anotado, en la Constitución de 1993. Hasta donde alcanza nuestra información, esta disposición no fue nunca

⁵¹ FERNÁNDEZ C. Daño a la identidad personal. s/ f Pág. 253 – 255. En Revista de Derecho Themis 36. (Consultado el 30-10-2017). Disponible en: www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/

⁵² Idem. Pág. 253.

invocada relacionándola expresamente con el derecho a la identidad personal, ya que en aquel entonces todavía no se le asociaba con este derecho, el mismo que sólo fue tratado, en primera instancia, por la doctrina nacional en la década de los años ochenta.⁵³

Es del caso anotar que en el mencionado inciso 7 del artículo 2 de la Constitución peruana, en párrafo aparte, se trata el derecho al honor, a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la imagen y a la voz, por lo que el constituyente deslindó estas figuras jurídicas del derecho a la identidad personal referido en el inciso I del artículo 2. Asimismo, se precisó, en el inciso 7, el derecho de toda persona afectada por informaciones inexactas a hacer valer el derecho a su "verdad personal". Por lo expuesto, no existe, según lo acotado, posibilidad de confusión conceptual alguna entre el derecho a la identidad personal y los otros derechos de la persona dentro del texto de la Constitución peruana de 1993.⁵⁴

Somos del parecer que si se hubiera presentado un caso de lesión a la identidad personal dentro del régimen de vigencia de la anterior Constitución de 1979, un juez atento y diligente lo hubiera tenido que amparar a tenor de la cláusula general contenida en el artículo 4 de esta Carta Magna, el mismo que prescribía que debería protegerse todo interés existencial derivado de la dignidad de la persona humana. Esta cláusula general, abierta o en blanco, brindaba al juez sustento más que suficiente para proteger la identidad personal lesionada no obstante no existir, como sí ocurre en la Constitución vigente, norma expresa que la tutelase. Vale la pena señalar que la actual Constitución tiene una cláusula general y abierta igual que la anteriormente mencionada, la que se aloja en su artículo 3.⁵⁵

⁵³ Idem. Pág. 253.

⁵⁴ Idem. Pág. 254.

⁵⁵ Idem. Pág. 254.

Por lo demás, dicho juez, aparte de lo dispuesto en el artículo 4 antes citado, podía aplicar, para el efecto de proteger la identidad personal, la norma por la cual se aseguraba a cualquiera persona agraviada a través de informaciones inexactas el solicitar la rectificación de las mismas. Lamentablemente, durante la vigencia de la Constitución de 1979 no se tenía en consideración el derecho a la identidad personal con los alcances y contenido conceptual que le ha otorgado la doctrina más reciente.⁵⁶

Lamentablemente también, así como no fue posible introducir un dispositivo de protección expresa de la identidad personal en la Constitución peruana de 1979, tampoco ello pudo concretarse tratándose del Código Civil peruano de 1984, a pesar de que se alcanzó a la Comisión Revisora una propuesta en este sentido sugerida por el ponente del Libro Primero de este cuerpo legal dedicado a regular lo concerniente al Derecho de las Personas. En la Exposición de Motivos del Código, escrita en 1985, se expresa que si bien es cierto que sólo en algunos pocos países la jurisprudencia admitía, aun tímidamente, el derecho a la identidad personal, no se veía motivo para que en el Perú no fuera posible regular este derecho en mérito a su fundamento y validez jurídica.⁵⁷

En dicha Exposición de Motivos se señala, a modo de comentario, que la omisión "obedece tanto al incipiente desarrollo del tema dentro de la doctrina civil y la jurisprudencia comparada como a la nula atención que la doctrina nacional ha otorgado a la materia". Sin embargo, agrega que se ha logrado a pesar de este vacío legal y a la "espera de un serio tratamiento del asunto, que la jurisprudencia nacional, con sentido creativo y sustentándose en el derecho a la libertad, a la integridad psicosomática y al nombre, proteja el derecho a la identidad tanto en el sentido de impedir que se imputen a la persona conductas que no le pertenecen, como en el de evitar el que otras asuman la paternidad de aquéllas de las que realmente es protagonista".

⁵⁶ Idem. Pág. 255.

⁵⁷ Idem. Pág. 255.

Finalmente, como se ha apuntado, la Constitución de 1993 incorporó expresamente el derecho a la identidad personal abriendo el camino para su futura incorporación al Código Civil.⁵⁸

Consideramos que en aquellos países en los que todavía la legislación no ha reconocido entre los derechos de la persona a aquel referente a su identidad, no existe ningún impedimento para que los jueces la tutelen fundándose para ello en las cláusulas generales y abiertas que aparecen en sus Constituciones o en sus códigos civiles y, en última instancia, reconociendo la exigencia jurídica de tutelar cualquier interés existencial que derive de la dignidad de la persona humana. Esta es una experiencia que se percibe en algunos países, como es el caso de Italia y, recientemente, el de la República Argentina.⁵⁹

Sobre el particular, es del caso recordar algunos artículos alojados en las diversas constituciones o códigos civiles que permiten al juez encontrar en ellos el fundamento que requieren para amparar la identidad personal lesionada. Así, el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947, que reconoce y protege los derechos inviolables del hombre, o el artículo 823 del Código Civil alemán de 1900, que reconoce la existencia de ulteriores derechos de la persona aparte de aquéllos expresamente referidos en su articulado. En este mismo sentido, el artículo 5 del Código Civil peruano de 1984, que prescribe la protección de los derechos fundamentales de la persona, deja abierta la posibilidad de tutelar aquéllos otros que sean inherentes a la persona. Nuestra Constitución y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, dan una especial importancia y trascendencia al derecho que tiene todo ser humano a su identidad, siendo

⁵⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO C. Derecho de las persona, exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano. Tercera Edición. Lima: Studium; 1988. Pág. 77.

⁵⁹ FERNÁNDEZ C. Daño a la identidad personal. Ob. Cit. Pág. 253 – 255

éste un derecho inherente a tal calidad, y por el cual toda persona es un ser único, irrepetible y trascendente.⁶⁰

A modo de síntesis, respecto de la regulación nacional de este derecho fundamental, sin ser limitativos, podemos señalar que nuestra Constitución Política del Perú, en su artículo 2º, inciso 1, señala que toda persona tiene derecho: "...a su identidad..."; asimismo el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 6º señala que "El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad...";⁶¹ las mismas que son concordantes con el artículo 19º del Código Civil, que prescribe que "toda persona tiene el derecho y deber de llevar un nombre..."; y con las normas de la Ley Orgánica del RENIEC, en donde se determina que es imprescindible que en la solicitud de inscripción, se consignen los datos que permitan la identificación del niño o adolescente, así como de los padres biológicos, con el objeto de establecer la filiación, lo cual permitirá que el menor logre hacer prevalecer sus derechos y libertades.⁶²

A nivel internacional este derecho fundamental está recogido, entre otros, en la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 25278), la misma que señala en su artículo 7º, inciso 1 que: "el niño será inscrito 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"; asimismo en su artículo 8º, inciso 1 señala que: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad,

⁶⁰ Idem. Pág 255.

⁶¹ ROJAS W. Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia. Lima: Fecat; 2011. Pág. 23.

⁶² FERNÁNDEZ C. Daño a la identidad personal. Ob. Cit. Pág. 253 – 255

incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.⁶³

También recoge este derecho el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este punto, cabe recordar alguna jurisprudencia sobre la aplicación e interpretación de tratados internacionales por nuestro ordenamiento jurídico nacional, como por ejemplo la Sentencia recaída en el Expediente N° 2730-2006-PA/TC⁶⁴ en donde se señala que “los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55 de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución -en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú- exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados”.⁶⁵

⁶³ PLÁCIDO A. Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico; 2006. Pág. 257

⁶⁴ Expediente del Tribunal Constitucional N° 2730-2006-PA/TC- Lambayeque de fecha 21.07.2006.

⁶⁵ FERNÁNDEZ C. Daño a la identidad personal. Ob. Cit. Pág. 253 – 255

CAPITULO II

LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL EN EL PERÚ

1. ASPECTOS GENERALES DE LA FILIACIÓN

La filiación, como institución jurídica, hace referencia a la relación inmediata que existe entre dos partes, por un lado el hijo y, por el otro lado, los padres; es así, que PLÁCIDO señala que se puede definir a la filiación como “la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera, en la que se descubre un doble elemento, la maternidad y la paternidad”.⁶⁶

⁶⁶ PLÁCIDO A. Filiación y Patria Potestad: en la doctrina y en la jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica; 2002. Pág. 82.

Nuestro Código Civil, en su Libro III – Derecho de Familia, en su Sección Tercera “Sociedad Paterno-Filial”, distingue entre filiación matrimonial y filiación extramatrimonial. Respecto de la primera no precisa definición alguna pero hace referencia en su artículo 361º a que se considera hijo matrimonial al hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución. Respecto de la segunda, sí está definida por nuestro Código Civil en su artículo 386º, en donde se señala que se consideran hijos extramatrimoniales a los concebidos y nacidos fuera del matrimonio. Tanto la filiación matrimonial como extramatrimonial son consideradas como filiaciones por naturaleza, es así que, PLÁCIDO señala que “la filiación que tiene lugar por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial), presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres”.⁶⁷

La Constitución de 1979, en nuestro país, recogió la idea de proteger a los hijos, cualquiera que fuese la situación de sus progenitores, estableciendo que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. Es así que nuestro Código Civil de 1984 recoge el proceso evolutivo hacia la igualdad de filiaciones, eliminándose la distinción entre legítimos e ilegítimos, teniendo el estado filial de referencia sólo la realidad biológica.⁶⁸

Al igual que nuestro Código Civil de 1984, en los últimos 30 años, diversas legislaciones han acogido el principio de la igualdad de la filiación, teniendo por ejemplo, Cuba en 1975, España en 1981, Venezuela en 1982, entre otras; incluso la doctrina canónica busca hacer primar la igualdad de los hijos (Código de derecho canónico de 1983).⁶⁹

Este principio de igualdad de filiaciones significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres; tanto que, los hijos

⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 85.

⁶⁸ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 14

⁶⁹ *Idem*. Pág. 14.

matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen un trato igualitario ante la ley, es así que, por ejemplo, la pretensión para reclamar la filiación le corresponde no sólo a los hijos matrimoniales, sino también a los hijos extramatrimoniales. Este principio se ve concretado en el artículo 17º, numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en donde se señala que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.⁷⁰

Este tratamiento igualitario de las filiaciones fue regulado en nuestro ordenamiento recién en la Constitución de 1979. Sin embargo, históricamente se conoce que el modelo de codificación decimonónica consagró una clasificación de las relaciones de filiación en legítimas e ilegítimas, según procedieran de la concepción en matrimonio o fuera del mismo. Nuestro Código Civil peruano de 1852, basado en la concepción de las relaciones de filiación consagradas en el Código Napoleón, distinguió también entre hijos legítimos e hijos ilegítimos. Mismo tratamiento le dio a las filiaciones nuestro Código Civil de 1936, que distinguía las relaciones de filiación en legítimas e ilegítimas, subdividiéndose, esta última, en natural y no natural (los hijos legítimos disfrutaban sus derechos a plenitud, los hijos ilegítimos naturales tenían derechos más reducidos, y los hijos ilegítimos no naturales sólo alcanzaban un derecho de alimentos restringido).⁷¹

Es en este sentido que VARSÍ señala que “La tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por un acto jurídico familiar) en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos

⁷⁰ Idem. Pág. 15.

⁷¹ Idem. Pág. 15.

los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes”.⁷²

La filiación, como institución jurídica, genera efectos jurídicos que mencionaré a modo enunciativo y referencial, teniendo entre ellos que con la filiación se genera la patria potestad y todos sus atributos, asimismo la obligación de prestar alimentos y el derecho a recibirlos, el deber asistencial y de cuidado entre los sujetos cuya filiación se genera (funciones de protección), derechos sucesorios, el derecho a la identidad concretado en el derecho a llevar los apellidos que correspondan, derecho a una nacionalidad, como también se generan impedimentos por razones de lazos de consanguinidad, etc.⁷³

2. FILIACIÓN MATRIMONIAL

Esta filiación tiene como núcleo el matrimonio entre los progenitores, ya que esta filiación se establece tanto respecto del padre como de la madre conjuntamente, tanto así que, al corroborar la maternidad, se aprecia la paternidad del marido.⁷⁴

Respecto a la maternidad matrimonial, GONZÁLES señala que el “constante matrimonio y concurriendo el parto y la identidad del hijo, la maternidad matrimonial queda determinada desde el mismo momento del nacimiento. Es decir, la mujer que se convierte en madre por el parto pasa, automáticamente, a tener el status jurídico de madre ante el Derecho, sin que, posteriormente, deba reconocer la filiación o llevar a cabo algún procedimiento especial para ser considerada como tal. Se identifica, por

⁷² VARSÍ E. El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: en razón de la ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad procreación asistida y socio afectividad. Lima: Gaceta Jurídica; 2006. Pág. 46.

⁷³ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 15.

⁷⁴ Idem. Pág. 15.

tanto, el hecho biológico del nacimiento con la constitución de la relación jurídica de filiación (maternidad biológica y jurídica coinciden), cumpliéndose a la perfección el principio *mater semper certa est*".⁷⁵

Es claro que, el certificado de "nacido vivo" es la prueba exigida por el artículo 409º del Código Civil, es decir, dicho certificado es la prueba del parto y de la identidad de la madre con el hijo nacido vivo; es en ese sentido que, tal cual señala PLÁCIDO, "la determinación de la maternidad resultará directa e inmediatamente del nacimiento: demostrado el parto y la identidad del hijo, queda constituida la maternidad jurídica que, por tanto, coincide con la biológica, sin precisar de más requisitos...Con ello, además, se logra la concordancia entre el presupuesto biológico y el vínculo jurídico emergente de la filiación".⁷⁶

Como ya se ha señalado, se podrá determinar cuáles hijos son matrimoniales y cuáles no, según el momento de la concepción y del nacimiento, siendo que serán considerados hijos matrimoniales los concebidos antes del matrimonio, pero nacidos dentro de él, los nacidos fuera del matrimonio, pero concebidos dentro de él, y los hijos concebidos y nacidos dentro del matrimonio.⁷⁷

Según lo señalado en este punto, VARSÍ⁷⁸ señala que el solo acto matrimonial es insuficiente para establecer una filiación, hecho por el cual han surgido diversas teorías que tratan de determinar qué hijos son matrimoniales y cuáles extramatrimoniales, teniendo en primer lugar la Teoría de la concepción, que señala que serán hijos matrimoniales, quienes hayan sido concebidos durante el matrimonio, independientemente que

⁷⁵ GONZÁLES M. La verdad biológica en la determinación de la filiación. Madrid: Dykinson; 2013. Pág. 330.

⁷⁶ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 94-95.

⁷⁷ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 16.

⁷⁸ VARSÍ E. Ob. Cit. Pág. 24-28.

nazcan dentro o fuera del mismo; en segundo lugar está la Teoría del nacimiento, que señala que serán hijos matrimoniales, quienes hayan nacido dentro del matrimonio, independientemente que hayan sido concebidos dentro o fuera del mismo; y por último existe la Teoría mixta, que señala que para atribuir una paternidad matrimonial es importante tanto el momento de la concepción como del nacimiento, tomando en cuenta los plazos legales determinados en la norma sustantiva; es así, que se considerarán hijos matrimoniales si la concepción y el nacimiento se producen, individual o conjuntamente y de acuerdo a los plazos de ley, dentro del matrimonio. Cabe señalar que esta última teoría es la adoptada por nuestro Código Civil.⁷⁹

El artículo 361^o del Código Civil regula la Presunción de paternidad en la filiación matrimonial señalando que “el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”. Por lo tanto, al hijo nacido dentro de este periodo se le presume como hijo matrimonial, presunción legal relativa que admite prueba en contrario, tal cual lo señala PLÁCIDO al afirmar que “la presunción de paternidad matrimonial es una presunción relativa, que asigna la paternidad con carácter imperativo, de modo que no puede ser modificada por acuerdo de partes; salvo que, en sede jurisdiccional y ejercitando la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial, se actúen las pruebas y se obtenga una sentencia que la deje sin efectos”.⁸⁰

Sobre esto, el Derecho Español, como muchos otros, presume la paternidad matrimonial del marido de la madre. Ante esto, la doctrina⁸¹ recoge diversas teorías sobre el fundamento básico de esta presunción legal, teniendo en primer lugar la Teoría de la accesión, que siendo la más antigua defiende que el fundamento está en el dominio (propiedad) que el marido ejerce sobre

⁷⁹ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 17

⁸⁰ PLÁCIDO V., Álex F. Ob. Cit. Pág. 96.

⁸¹ *Ibidem*. Pág. 103-107.

su mujer y sobre el hijo que es fruto accesorio de la mujer; en segundo lugar se tiene la Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa, la misma que se basa en la fidelidad de la esposa hacia su marido; en tercer lugar se tiene la Teoría de la cohabitación exclusiva, que se basa nuclearmente en el hecho de la cohabitación exclusiva entre los cónyuges; en cuarto lugar se tiene la Teoría de la vigilancia del marido, que implica que al marido le está encomendada legalmente la vigilancia de la conducta de su esposa, por tanto, el hijo de ella deberá atribuírsele; en quinto lugar se tiene la Teoría de la admisión anticipada del hijo por el marido, que sostiene que la atribución del hijo reposa en una admisión que hace el marido, por anticipado, de los hijos que su esposa dé a luz en lo sucesivo; en sexto lugar se tiene la Teoría conceptualista que considera a la presunción de paternidad como una resultante del título de estado, y esto basado en el acta de nacimiento del hijo en que consta el hecho del nacimiento y la maternidad, en la que se liga, la presunción de paternidad del marido.⁸²

Asimismo, sobre esta presunción, la Corte Suprema en su Casación N° 2657-98-LIMA⁸³ se pronunció sobre los requisitos de la presunción de paternidad en la filiación matrimonial, señalando en su considerando cuarto que “...es necesario precisar que, la presunción de paternidad en la filiación matrimonial sólo es aplicable si es que se 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 el alumbramiento...”. Sobre esto, concuerdo con lo señalado por GONZÁLES, al referirse a la posesión de estado del esposo, precisando que “esta determinación automática de la determinación de la filiación matrimonial se fundamenta en el matrimonio, que genera la obligación y presunción de vivir juntos, de guardarse fidelidad, de respetarse mutuamente y de actuar en

⁸² MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 18

⁸³ Casación de la Corte Suprema de Justicia Nro. 2657-98/Lima de fecha 04.05.1999.

interés de la familia y origina una filiación matrimonial. De las relaciones íntimas y exclusivas mantenidas por un hombre y una mujer, unidos en constante matrimonio, es habitual que nazcan niños. Niños que, normalmente, son biológicamente del marido. De manera que la presunción de paternidad es una consecuencia de la posesión de estado de esposo”.⁸⁴

3. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Como ya se ha señalado anteriormente, la concepción y el nacimiento fuera del matrimonio determinarán la naturaleza extramatrimonial de la filiación, situación regulada en el artículo 386o del Código Civil que señala: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Según esto, y antes de pasar al punto de la paternidad extramatrimonial, es necesario señalar respecto a la maternidad extramatrimonial, que el artículo 409º del Código Civil señala que “la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, lo que se complementa con el aforismo “mater semper certa est”, que significa “la maternidad es siempre cierta”. A esto es necesario agregarle lo dispuesto por el artículo 410º del Código Civil que señala que “no caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”, en donde se comprende la maternidad extramatrimonial.⁸⁵

Precisado lo anterior, es necesario señalar que por filiación extramatrimonial, en el presente trabajo, en adelante, se debe entender a la paternidad extramatrimonial; según esto, a diferencia de la paternidad matrimonial, en la que existe un nexo determinante, que es el matrimonio, en la paternidad extramatrimonial no existe un nexo de determinación claro y determinado; es decir, no existe ningún elemento objetivo que permita presumir la calidad de hijo.⁸⁶

⁸⁴ GONZÁLES M. Ob. Cit. Pág. 85-86

⁸⁵ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 19

⁸⁶ Idem. Pág. 19.

Sobre esto, GONZÁLES hace referencia a algunas legislaciones en donde se establece una presunción de paternidad extramatrimonial, teniendo así, por ejemplo, el BGB y la legislación Suiza en donde se presume la paternidad extramatrimonial del varón que ha cohabitado con la madre en el período legal de la concepción (entre los 300 y 180 días anteriores del nacimiento). Sobre esto precisa la letrada que “Todos estos ordenamientos pretenden que la paternidad no matrimonial se determine por la presunción, pero esta finalidad sólo queda en aspiraciones ideológicas. En realidad, esta presunción de paternidad no determina por sí sola el vínculo extramatrimonial y carece del carácter automático e imperativo de la presunción de paternidad marital, porque, previamente a la determinación, ha de probarse la convivencia o las relaciones íntimas en la época de la concepción. Es decir, a efectos prácticos, es inútil instaurar una presunción de paternidad en la filiación no matrimonial. Los hijos nacidos fuera del matrimonio carecen de la certeza que el vínculo matrimonial da a la filiación. Por lo que, regular una presunción de paternidad no matrimonial vulnera la realidad de las cosas y el principio de igualdad”.⁸⁷ De lo señalado anteriormente, se desprende que, sólo se podrá determinar la paternidad extramatrimonial vía reconocimiento expreso del padre, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial; dejando claramente establecido que situación similar ocurre también con la maternidad extramatrimonial.⁸⁸

Esta coyuntura socio legal, dio lugar a que en el año 2005 se promulgue la Ley N° 28457 - “Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial”, recogiendo esta norma un proceso que tiene como núcleo la realización de la prueba científica del ADN, a su vez, que se constituye como un proceso moderno y ágil creado para dar solución al inminente problema social de la paternidad extramatrimonial, que implica directamente una protección especialísima y directa del derecho fundamental a la

⁸⁷ GONZÁLES M. Ob. Cit. Pág. 103-105.

⁸⁸ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 20

identidad. Posteriormente esta norma fue modificada por la Ley N° 29715, luego por la Ley N° 29821 y finalmente por la Ley N° 30628, publicada en agosto del 2017, estableciéndose que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesoria, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos.⁸⁹

Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil (saneamiento del proceso, fijación de los puntos controvertidos, etc.); además se incorporó la posibilidad que el demandado se allane a la demanda y que la demandante pueda asumir si así lo quería el costo de la prueba de ADN. Este proceso moderno, cuya finalidad máxima es salvaguardar y hacer primar el derecho a la identidad del menor, tiene ciertos aspectos procesales y características que cabe mencionar de forma muy general, los mismos que según lo señalado por VARSI⁹⁰ serían que:

- El juez competente en este proceso es el juez de paz letrado.
- El titular de la acción en este proceso es quien tenga legítimo interés, quien podrá accionar el reconocimiento de paternidad a favor, incluso de un tercero.
- Es un proceso moderno.
- Es un proceso sui géneris.
- Es un proceso basado en la efectividad del ADN (una de las características más importantes).
- Es un proceso que fortalece el acceso a la justicia.

⁸⁹ Idem. Pág. 20.

⁹⁰ VARSI E. Ob. Cit. Pág. 53-73.

- Es un proceso con un sistema abierto, ya que es flexible, admite todo tipo de pruebas, se facilita la indagación, se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental.
- Es un proceso que permite la adecuación de los procesos en trámite conforme lo establece la Cuarta Disposición complementaria de la ley.
- Es un proceso dirigido únicamente a la determinación de la paternidad extramatrimonial.

Respecto a esta última característica, VARSÍ opina que “lo más razonable es que la ley hubiera incluido todas las acciones de filiación extramatrimonial sin distinciones, aprovechando que la indefinición del parentesco y no habiendo matrimonio de por medio, pueden ser salvadas por las pruebas genéticas”.⁹¹

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Como se ha señalado anteriormente, la filiación extramatrimonial sólo se podrá determinar vía reconocimiento, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial, tal cual lo dispone el artículo 387º del Código Civil. En este punto tocaré brevemente y de modo general los aspectos más básicos del Reconocimiento como medio de determinación de la filiación extramatrimonial. El Reconocimiento se constituye como un modo de determinación de la filiación extramatrimonial, de tal forma que resulta siendo un acto jurídico familiar por el cual se declara que una persona es hijo de quien emite la declaración.⁹²

En este sentido, PLÁCIDO, desarrolla las características del reconocimiento, teniendo entre otras que es unilateral, ya que sólo es necesaria la voluntad de quien efectúa el reconocimiento, siendo una voluntad unilateral expresa y directa, siendo preciso recordar lo señalado en el considerando quinto de la Casación N° 2747-98-JUNÍN de fecha 05.05.1999, en donde se señala “que,

⁹¹ *Ibidem*. Pág. 65.

⁹² MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 22

el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad, y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido.⁹³

También se caracteriza por ser declarativo y no constitutivo del estado de familia, ya que el reconocimiento tendrá efecto retroactivo al momento de la concepción, surtiendo sus efectos desde dicho momento y no desde que se efectuó el reconocimiento. Se caracteriza también por ser puro y simple, es decir, no puede estar sujeta a modalidad alguna, tal cual lo precisa el artículo 395° del Código Civil. Asimismo se caracteriza por ser individual, ya que la paternidad sólo puede ser reconocida por el padre y la maternidad por la madre. Por último, se caracteriza por ser irrevocable, tal cual lo dispone el artículo 395° del Código Civil, es decir, cualquiera que sea la forma autorizada por ley en que se hizo -aunque el reconocimiento se haya hecho en un acto por naturaleza revocable-, el reconocimiento no puede ser revocado; sobre esto se ha pronunciado la Sentencia de fecha 13.10.1999, recaída en el expediente 886-1998, la misma que señala en su considerando tercero que “en el caso de autos, la comprobación judicial solicitada, resulta impertinente; pues, de la partida de nacimiento recaudada en autos, aparece que su titular ha sido reconocido por su padre; y en ese sentido, debe tenerse presente que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial tiene carácter irrevocable”.⁹⁴

Adicionalmente en este punto resulta preciso recordar lo dispuesto por el artículo 393° del Código Civil, el mismo que señala que “toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389° y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial”. Por otro lado, cabe señalar que es posible de ser

⁹³ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 145-161.

⁹⁴ VARSÍ E. El proceso de filiación extramatrimonial: Moderno tratamiento legal, según Ley Nro. 28457. Lima: Gaceta Jurídica; 2006. Pág. 181.

reconocido el hijo nacido, menor o mayor de edad, el hijo concebido y el hijo muerto, cada uno con sus propios matices legales; precisando que según el artículo 396° del Código Civil “el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”. Por último, respecto de la forma del reconocimiento, el artículo 390° del Código Civil señala que “el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”.⁹⁵

5. ACCIONES DE FILIACIÓN

El artículo 387° del Código Civil señala que “el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial”; es en ese sentido, que resulta conveniente referirme de forma muy sucinta a los aspectos más generales de las acciones de filiación o acciones de estado, según nuestro Código Civil.⁹⁶

Nuestro Código Civil, en la Sección Tercera del Libro III del Código Civil (Derecho de Familia), regula la sociedad paterno-filial, sistematizando las acciones de filiación extramatrimonial en el Título II, conteniendo este título, la acción de impugnación del reconocimiento, regulada en el artículo 399° del Código Civil, el cual señala que “el reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395°”, asimismo en este título se encuentra contenida la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial o de reclamación de la paternidad extramatrimonial, regulada en el artículo 402° del Código Civil, el cual señala que “la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:...”, por último, este título contiene la acción de declaración judicial de maternidad

⁹⁵ Casación Nro. 2726-2012/Santa publicada en El Peruano con fecha 02.01.2014.

⁹⁶ MOSCOL M. Derecho a la identidad. Ob. Cit. Pág. 24

extramatrimonial o de reclamación de la maternidad extramatrimonial, regulada en el artículo 409° del Código Civil, el cual señala que “la maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”. Sobre esto, PLÁCIDO acertadamente señala que “no es proponible la reclamación de una filiación, sin ejercer, previa o simultáneamente, la acción de impugnación de esta última. Se trata del mismo principio por el cual se requiere evitar la acumulación de estados de familia incompatibles entre sí”.⁹⁷

6. EL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER A SUS PADRES EN EL SISTEMA INTERNACIONAL

El derecho del niño a conocer a sus padres aparece expresamente reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El sustrato y fundamento histórico de este derecho ha de encontrarse en el largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. Dentro de ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron con relación a la investigación de la filiación por su desconocimiento y reconocimiento restringido, mientras que el siglo XX se destacó por la incesante búsqueda de mecanismos legales y científicos tendentes a garantizarla de un modo eficaz⁹⁸.

De ello, se deduce que han sido las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad las que lo han ido justificando. De este modo el fundamento moral del derecho a la identidad filiatoria se puede encontrar en la idea de dignidad. Siendo así, el derecho a conocer a los padres supone

⁹⁷ PLÁCIDO A. Ob. Cit. Pág. 186

⁹⁸ PLÁCIDO A. A propósito de la Ley N°28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. En, Actualidad Jurídica. Tomo 134. Lima: Gaceta Jurídica; 2005. Pág. 33.

ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, en síntesis, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana, frente a los potenciales abusos del Estado y de los particulares.⁹⁹

En el marco internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño cristaliza el reconocimiento del derecho a conocer a los padres. En el más reducido ámbito regional americano, ello puede considerarse comprendido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por su parte, también es reconocido y protegido en la Constitución de 1993, como vinculado al derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2.1.¹⁰⁰

No obstante, ninguno de los textos mencionados proporcionan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial. A pesar de ello, es evidente que los mismos no declaran como fundamental un derecho vacío de contenido; al contrario, éste deberá tener un contenido mínimo, susceptible y necesitado de protección.¹⁰¹

En ese sentido, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo sea, puesto que dispondrá de unos medios que el

⁹⁹ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹⁰⁰ Idem. s/p

¹⁰¹ Idem. s/p

Derecho pondrá a su alcance -y que son fundamentalmente las acciones de filiación- para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno, o para comenzar a estarlo si legalmente tal unión no consta.¹⁰²

En cuanto a su naturaleza, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales¹⁰³

De los argumentos doctrinales¹⁰⁴ se desprende que los derechos fundamentales, en su vertiente subjetiva, están pensados también para las relaciones entre particulares y por tanto son oponibles frente a terceros. En esta misma línea se manifiesta el Tribunal Constitucional español al aceptar desde un primer momento la validez de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque -en ese sistema- sólo quepa recurso de amparo ante un acto de violación o desconocimiento por parte de un poder público¹⁰⁵.

Como conclusión lógica de lo anterior, se deriva que el derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, -civil, administrativa o penal-, que garantice este derecho no sólo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares.

¹⁰² Idem. s/p

¹⁰³ FERNÁNDEZ F. La dogmática de los derechos humanos. Lima: Ediciones Jurídicas; 1994. Pág. 57.

¹⁰⁴ PECES-BARBA G. Los valores superiores. Madrid: Tecnos; 1984. Pág. 624-627.

¹⁰⁵ Ibídem. Pág. 634.

En cambio, desde la perspectiva objetiva el derecho a conocer a los padres viene a constituir un criterio hermenéutico preferente a tener en cuenta en todo el proceso de creación o aplicación del Derecho. Resulta vinculante para el legislador tanto en su contenido esencial como en la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Además, también implica que el derecho a conocer a los padres, al igual que cualquier otro derecho fundamental, sólo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. De ello se desprende que las limitaciones que el legislador pueda imponer al ejercicio de este derecho están a su vez limitadas desde un punto de vista formal y material.¹⁰⁶

En cuanto a su delimitación conceptual, en los intentos de concretar el derecho a conocer a los padres, pueden distinguirse al menos dos corrientes: de una parte aquélla que, partiendo de una interpretación restrictiva del término, identifica al conocimiento del origen biológico con el sistema restringido de investigación de la filiación. De otra parte, una segunda vía de interpretación, que podría denominarse amplia, en la que se intenta establecer un contenido autónomo del conocimiento del origen biológico cercano a la idea de dignidad y dentro de un sistema abierto de investigación de la filiación.¹⁰⁷

La primera concepción, parte del texto positivizado del derecho para estimar que su protección igual se puede lograr dentro de un sistema restrictivo de la investigación de la filiación, desde que en el texto del artículo 7, primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que el mismo se ejercita "en la medida de lo posible". De esta manera, se brindaría la debida protección constitucional a este derecho.¹⁰⁸

¹⁰⁶ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹⁰⁷ Idem. s/p

¹⁰⁸ Idem. s/p

Este modo de entender el contenido del derecho a conocer a los padres, restringido exclusivamente a los supuestos autorizados para iniciar la investigación de la filiación, de aparente lógica, si bien resulta del texto de la norma, lleva a un concepto exclusivamente basado en presunciones y, en consecuencia, excesivamente restrictivo respecto del término utilizado. En todo caso, si se tiene en cuenta que tal tesis se enmarca en una apreciación textual, las principales objeciones que se pueden hacer a este planteamiento radican en el propio método de interpretación utilizado, basado en un criterio exclusivamente literal, y en el trasvase de procedimientos interpretativos propios del Derecho civil al ámbito constitucional. Será necesario, por tanto, comprobar si la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución y la propia teoría de los derechos fundamentales permiten en última instancia esta interpretación del término "en la medida de lo posible".¹⁰⁹

Toda interpretación jurídica requiere que los términos sean interpretados según las palabras empleadas en el texto¹¹⁰. Sin embargo, en esta concepción se sustituye el significado literal de los términos por la pretendida finalidad buscada con la inclusión de la norma. Así, y aun reconociendo la complejidad del término identidad biológica y su conexión con el principio de dignidad de la persona y de sus derechos inviolables, se entiende que, tanto por la propia finalidad del precepto como por la específica acogida que estos derechos encuentran en otros artículos, es necesario darle a la expresión "en la medida de lo posible" una proyección más limitada. Con ello debe tenerse presente que, una vez superada la tradicional distinción entre interpretación de la letra de la ley e interpretación de la voluntad del legislador¹¹¹, el jurista ha de deducir el significado de la norma de la propia actividad interpretativa en ningún caso a priori. Sólo en aquellos supuestos en los que, una vez concluido el proceso interpretativo, exista una clara y manifiesta contradicción entre la finalidad de la norma y el propio sentido

¹⁰⁹ Idem. s/p

¹¹⁰ PÉREZ A. La interpretación de la Constitución. En Revista de las Cortes Generales. 1984. Pág. 91.

¹¹¹ Ibídem. Pág. 92.

gramatical de los términos, será posible proceder a restringir o ampliar dicho significado.

De acuerdo con ello y respecto a la interpretación del término "en la medida de lo posible" no parece, sin embargo, que se dé la aludida contradicción: las propias discusiones acerca de su expreso reconocimiento¹¹² evidencian que mediante la introducción de este término se pretendía proteger algo más que la identidad biológica del individuo. Junto a ello, una interpretación contextual del término, sustentada en la cercanía entre el reconocimiento del derecho a conocer a los padres, refleja su íntima relación con el principio de dignidad y con los aspectos esenciales de la persona. Se puede afirmar, por tanto, que el reconocimiento del derecho a conocer a los padres implica promover su ejercicio dentro de un sistema de libre investigación de la filiación.¹¹³

Por otra parte, la utilización de criterios restrictivos en la interpretación del significado y contenido de un derecho fundamental, vulnera claramente el principio in dubio pro libertate que requiere, en caso de duda, la opción por una interpretación amplia de los derechos fundamentales. Además, la situación de supremacía de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico, impide que sus términos puedan ser interpretados de acuerdo con la función que cumplen en normas inferiores, como la del Derecho civil. El método a seguir es el inverso: en primer lugar habrá que delimitar, de acuerdo a los criterios hermenéuticos propios del Derecho constitucional, el concepto y contenido de un derecho fundamental; en segundo lugar, ya en el ámbito del Derecho civil, se procederá en su caso a una restricción del

¹¹² FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Preparado por Rachel Hodgkin y Peter Newell. Ginebra, 2001. Pág. 109.

¹¹³ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

contenido del derecho, acorde con los principios de interpretación propios de esta rama del ordenamiento jurídico.¹¹⁴

Además, cabe destacar la concreta relación entre el derecho a conocer a los padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica¹¹⁵.

Al igual que ocurre con el derecho al honor, también procedente de la idea de dignidad pero dotado de un ámbito y contenido propio, se protegen aspectos derivados de la dignidad personal, pero no este valor en sí mismo considerado. La dignidad es un concepto mucho más amplio que puede y suele aplicarse como adjetivo a plurales facetas de la existencia humana. En este sentido, la identidad biológica se la concibe como una sustantivación de la dignidad, porque aquella va referida a la existencia humana.¹¹⁶

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a conocer a los padres carezca de un ámbito y contenido propio. Debe, por tanto, descartarse la posible equiparación entre la dignidad y la identidad biológica. El reconocimiento de la estrecha relación entre ambas -derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada-, permite efectuar la delimitación del derecho a la verdad biológica desde la perspectiva de la mencionada relación. Así, si bien la dignidad se configura como un valor, superior a todos los demás, pero en definitiva un valor que como cualquier otro requiere de una base material, ésta es proporcionada por los derechos inherentes a la persona, con los que se protegen de forma positiva los distintos aspectos de la dignidad. De este modo, los derechos inherentes a

¹¹⁴ Idem. s/p

¹¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid, 1984. Pág. 175.

¹¹⁶ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

la persona vendrían a conformar el aspecto estático de la dignidad personal, al delimitar las esferas de acción que el individuo ha de hacer propias dotándolas de un contenido concreto.¹¹⁷

Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante el derecho a conocer a los padres, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: la identidad biológica. El referente material mediato del derecho a la identidad biológica vendría a su vez conformado por las necesidades esenciales que se encuentran en la propia existencia del individuo, como elementos básicos para su realización y sin las que no es posible su completo desarrollo como persona. En este sentido, el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación. De acuerdo con ello, identificar la frase "en la medida de lo posible" con una concepción restringida para la investigación de la filiación, resulta contraria a la dignidad humana.¹¹⁸

Por lo mismo, las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho; el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa, en aquellos países en los que rige tal sistema; provocando situaciones discriminatorias, por cuanto sólo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incurso en alguna de las causas legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial.¹¹⁹

¹¹⁷ Idem. s/p

¹¹⁸ Idem. s/p

¹¹⁹ Idem. s/p

Siendo así, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que la determinación de la relación jurídica generada por la procreación, no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica. No obstante, la frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres advierte las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento de la identidad de los progenitores o el no contar con elementos probatorios que generen convicción; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado. Ello se presente como un límite intrínseco a este derecho.¹²⁰

Como se observa, el derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en el reconocimiento de que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuitu personae*, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible.¹²¹

Sin embargo, cabe subrayar dos puntos adicionales. En primer lugar, el artículo 7 no hace referencia al "interés superior del niño". La expresión "en la medida de lo posible" parece contener una limitación más estricta y menos subjetiva que la del "interés superior". Ello podría implicar que el niño tiene

¹²⁰ GUZMÁN M. El derecho a la investigación de la paternidad. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1996. Pág. 45-46.

¹²¹ RIVERO F. Artículo 127. En, Comentario del Código Civil. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia; 1993. Pág. 479-480.

derecho a saber quiénes son sus padres si ello es posible, incluso si se considera que va en contra de su interés. Pero la naturaleza holística de la Convención sugiere que al niño que pudiera resultar claramente perjudicado por conocer la identidad de sus padres no se le debería facilitar dicha información. Esta interpretación se ve respaldada por el hecho que la expresión “en la medida de lo posible” también se extiende al derecho del niño a ser cuidado por sus padres, y nadie puede argumentar que en ese contexto la expresión no tiene en cuenta el “interés superior del niño”. Pero es evidente que al niño sólo se le puede negar el derecho a saber quiénes son sus padres en su interés superior, cuando las circunstancias que motivan dicha negativa son las más extremas e inequívocas.¹²²

En segundo lugar, los artículos 5 (evolución de facultades del niño) y 12 (respeto a las opiniones del niño) de la Convención sobre los Derechos del Niño sugieren que la determinación de lo que es, o no es, el interés superior del niño, en cuanto al conocimiento de sus orígenes, es un problema que pueda plantearse en diferentes etapas de su vida. El interés superior de un niño de seis años en relación con este asunto puede ser muy distinto al interés superior de uno de dieciséis. Estos aspectos deben ser tomados en cuenta al momento de reclamar o impugnar el vínculo paterno filial con el propósito de sentar el conocimiento de quien es el padre o la madre.¹²³

Resulta necesario, por último, referir que el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres. Otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial. Ello se aprecia en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida¹²⁴.

¹²² PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹²³ Idem. s/p

¹²⁴ GARRIGA M. La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial. Navarra: Aranzadi Editorial; 2000. Pág. 256-257. RIVERO F. La investigación de la

7. EL DERECHO DEL NIÑO A PRESERVAR LA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

El derecho del niño a conocer a preservar la identidad en sus relaciones familiares aparece expresamente reconocido en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Estamos frente al momento de la concepción, que es el del surgimiento de un nuevo ser. “La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores”¹²⁵.

De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. A la identidad estática, que se hace patente desde el momento inicial de la vida se sumarán luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de la misma. “A los lineamientos genéticamente adquiridos se añadirán dinámicamente, otros elementos que irán modelando una cierta original personalidad”¹²⁶.

Uno de esos elementos dinámicos es el referido a las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente conocidos quienes son los padres. En consecuencia, la protección jurídica del derecho a la identidad personal, en

mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial. En La filiación a finales del siglo XX. Madrid: 1998. Pág. 161.

¹²⁵ FERNÁNDEZ C. El derecho a la identidad personal. Buenos Aires: Astrea; 1992. Pág. 21.

¹²⁶ *Ibíd.* Pág. 22.

su calidad de derecho humano esencial debe ser integral, para comprender los múltiples y complejos aspectos de la personalidad de un ser humano. Siendo sí, la identidad en las relaciones familiares reconoce un principio importante: la identidad del niño no consiste únicamente en saber quiénes son sus padres. Conocer a sus hermanos, abuelos y otros parientes puede ser tan importante, o incluso más, para el sentido de identidad.¹²⁷

De otro lado, “preservar” en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño implica tanto la no injerencia en la identidad como la conservación de los documentos relativos a la genealogía y al registro del nacimiento y de aquellos detalles sobre los primeros años del niño que no se puede esperar que recuerde. Por eso, como una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, se destaca el derecho a saber quiénes fueron sus padres y, como consecuencia, a ser criado por ellos y que se establezcan todos los lazos parentales.¹²⁸

Para garantizar todo ello, debe promoverse la determinación de la filiación a partir del principio de igualdad en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio; considerando que, desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el correspondiente derecho a que en el momento oportuno sea revelada tal filiación biológica, de modo de poder ostentar una filiación jurídica.¹²⁹

Pero, una vez establecida la filiación, surgen las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y, además, las relaciones familiares con los parientes de cada uno de ellos. Siendo así, el derecho a preservar la identidad en las relaciones familiares alude directamente al concepto de “posesión constante de estado de hijo”. En general, la posesión de estado es el goce de hecho de determinado estado de familia. En ese sentido, la

¹²⁷ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹²⁸ Idem. s/p

¹²⁹ Idem. s/p

posesión de estado de filiación se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres. En estos casos se dice que hay posesión de estado, aun cuando no existe -obviamente- un estado de familia. Su probanza, permite presumir que quienes en los hechos se han conducido públicamente como si estuviesen emplazados en el estado de filial, reconocen a través de esa conducta la existencia de los presupuestos sustanciales del estado de familia a que se refiere.¹³⁰

Precisamente, la faceta dinámica de la identidad filiatoria asigna a la posesión de estado el valor que tiene el reconocimiento expreso. Ello es así, desde que la posesión de estado denota fehacientemente el estado aparente de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre: se trata de hechos reveladores del estado aparente de familia que se afirma a través de la invocación de la posesión de estado. Por ejemplo, como acostumbrar a presentar o nombrar al persona como su hijo, interesarse permanentemente en su salud, asistencia y formación, vigilar sus estudios, asumir públicamente las responsabilidades que pesan sobre los padres, etc. La posesión de estado difícilmente será el resultado de uno o algunos hechos aislados, o producto de circunstancias equívocas desvirtuables por otros hechos que niegan la apariencia paterno-filial.¹³¹

Cabe precisar que la posesión de estado, no mencionada entre las formas de reconocimiento, no deja de ser un modo de reconocer al hijo, a través de la conducta inequívoca y constante que trasciende en aceptación voluntaria del estado aparente que configura el tractatus. Desde luego que no es el reconocimiento resultante de un acto jurídico familiar que en forma expresa y por escrito tiene por fin inmediato afirmar paternidad o maternidad, sino que su entidad se infiere aprehendiendo los hechos voluntarios en el tiempo. Esos hechos, conductas recíprocas entre quien trata a alguien como su hijo

¹³⁰ Idem. s/p

¹³¹ Idem. s/p

públicamente y es a su vez tratado como padre o madre, no tienen seguramente una voluntad explícita destinada a producir los efectos del reconocimiento que resulta de declaraciones expresas que, en tal sentido, se pueden hacer en un instrumento público o en un testamento. Pero se le otorga el mismo valor si, por su persistencia, ostensibilidad y reiteración llevan a la convicción del juez de que constituyeron un comportamiento consciente –por ende voluntario-, revelador de un vínculo paterno o materno filial real.¹³²

Debe ahora recordarse las relaciones entre los derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares como componentes de la identidad filiatoria. Así y desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).¹³³

Resulta claro, por tanto, que la identidad filiatoria estática, conocimiento de quiénes son los padres, por lo general coincide con la identidad filiatoria dinámica, la “posesión constante de estado de hijo” con los padres ya conocidos; vale decir, que las calidades de progenitores y padres recaen en las mismas personas que procrearon al hijo. Ello es así, desde que en la filiación por naturaleza se jerarquiza el vínculo biológico¹³⁴

Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal el caso de la filiación adoptiva como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento

¹³² Idem. s/p

¹³³ Idem. s/p

¹³⁴ GIL A. FAMA M. y HERRERA M. Identidad, Infancia y Familia. En: Derecho Constitucional de Familia. Tomo II. Buenos Aires: EDIAR; 2006. Pág. 715.

filiación no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden. Por ende, se puede advertir que “la biología no es la única verdad que prima en la identidad filiatoria, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, psicológico. Aquí es donde se conjugan las facetas estática y dinámica que integran la identidad de una persona. Y es en este contexto donde se divide el concepto y significado de padre, contrario al de progenitor biológico”¹³⁵.

De ello, se concluye que el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria; por lo que no es necesariamente correlato del dato puramente biológico determinado por la procreación. Precisamente, ello también acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que puede o no coincidir con tal verdad biológica.¹³⁶

8. LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL DEL HIJO DE MUJER CASADA Y EL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD FILIATORIA

En general, en la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, en definitiva. Y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su "paz familiar".¹³⁷

¹³⁵ *Ibíd.* Pág. 836.

¹³⁶ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. *Ob. Cit.* s/p

¹³⁷ *Idem.* s/p.

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión. La idea clásica reside en la bondad intrínseca de la legitimación, por cualquier medio, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo se localiza en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar con profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (derecho a los apellidos, derecho a alimentos y derechos sucesorios).¹³⁸

De aquí, pues, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres. Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. “La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”¹³⁹.

Debe tenerse presente que el criterio de la ponderación de bienes es una consecuencia del convencimiento de que los derechos y libertades no son absolutos. “No sólo que el ejercicio aislado de cada uno de ellos tiene unos

¹³⁸ Idem. s/p

¹³⁹ DE OTTO Y PARDO I. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución. En: Derechos fundamentales y Constitución. Madrid: Civitas; 1988. Pág. 111.

límites claros, sino que, como sucede siempre, suelen entrar habitualmente en conflicto. El ejercicio de uno implica la lesión de un derecho o una libertad fundamental de otra persona. Entonces, he ahí la cuestión: ¿cómo dilucidar cuál de los dos es un ejercicio realmente válido? El conflicto entraría en una vía de solución cuando sea posible justificar la preferencia de uno de los bienes jurídicos en disputa, una vez que se han ponderado las circunstancias concurrentes de cada caso. No hay una "preferencia incondicionada" que derive directamente de la Constitución, sino un mandato a los jueces para que valoren todos los aspectos y datos, sean o no fácticos, de cada recurso, sin proporcionarles puntos de referencia constitucionales"¹⁴⁰.

Para resolver el conflicto de derechos en materia de filiación, no puede dejar de considerarse que parece obvio que por efecto de la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho a conocer a los padres nace limitado pues del propio tenor literal se desprende únicamente que su ejercicio procede "en la medida de lo posible" (artículo 7, numeral 1). Es decir que el legislador podría regular los casos y requisitos. No puede el legislador evitar o prohibir la investigación de la filiación, pero sí puede limitarla, máxime si se admite que sobre un proceso de esta naturaleza planean derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige la acción, como son el derecho a la intimidad personal o, incluso, el derecho a la integridad física de la persona a quien se le imputa el hijo. De donde se deduce una aparente subordinación del derecho a conocer el propio origen biológico frente a las normas constitucionales que acogen derechos fundamentales.¹⁴¹

Sin embargo y como se destacó, la frase "en la medida de lo posible" antepuesta al derecho del niño a conocer a los padres está referida a las dificultades que pueden presentarse en la realidad, como el desconocimiento

¹⁴⁰ MARTÍNEZ J. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional. Madrid: Civitas; 1993. Pág. 158.

¹⁴¹ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit.

de la identidad de los progenitores; lo que, de hecho, imposibilita el ejercicio del derecho a la verdad biológica. De acuerdo a ello, debe entenderse que el derecho a conocer a los padres le confiere a cualquier persona la posibilidad de poder desvelar el misterio de su origen, siempre y sin cortapisa alguna, salvo las derivadas, lógicamente, del propio funcionamiento o de la propia dinámica procedimental del medio jurídico empleado.¹⁴²

Interesa ahora analizar la posible determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. Ello acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que puede o no coincidir con tal verdad biológica. Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada, exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial (principio favor veritatis), en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo (principio favor filii). Precisamente, la solución debe justificarse en el test de razonabilidad y proporcionalidad.¹⁴³

El Tribunal Constitucional ha expuesto que “por virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que ésta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”¹⁴⁴.

¹⁴² Idem. s/p

¹⁴³ Idem. s/p

¹⁴⁴ STC 2235-2004-AA del 18 de febrero de 2005. Fundamento jurídico 6.

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio favor veritatis) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.¹⁴⁵

De otro lado, el presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad es la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales; de tal manera que la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. Para ello, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.¹⁴⁶

El Tribunal Constitucional ha señalado que el sub principio de idoneidad “comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél”¹⁴⁷. Vale decir, supone determinar si la restricción resulta pertinente o adecuada al fin propuesto.

¹⁴⁵ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit.

¹⁴⁶ Idem. s/p

¹⁴⁷ STC 2235-2004-AA del 18 de febrero de 2005. Fundamento jurídico 6.

En el supuesto bajo análisis, la restricción sugerida resulta adecuada al fin propuesto. En efecto y siendo que, en el actual sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello, resulta idóneo restringir la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo (principio favor veritatis) y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada.¹⁴⁸

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que el subprincipio de necesidad “consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto es verificar si existen medios alternativos al optado. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios: el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido optar para alcanzar el mismo fin”¹⁴⁹.

Igualmente, la limitación propuesta resulta ser necesaria por cuanto una regulación en la que se prepondere la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) no logra proteger tan eficazmente el conocimiento del origen biológico (principio favor veritatis) para la determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. No hay, pues, otro modo para determinar el conocimiento del origen biológico en esos casos.¹⁵⁰

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha indicado que, de acuerdo con el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o

¹⁴⁸ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹⁴⁹ STC 2235-2004-AA del 18 de febrero de 2005. Fundamento jurídico 6.

¹⁵⁰ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”¹⁵¹.

Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial (principio favor legitimitatis) sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico (principio favor veritatis), aquella no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura referencia a su presupuesto biológico, pues éste no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria. Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una “posesión constante de estado” con aquél. Sólo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico. Esta solución encuentra su confirmación en la consideración primordial al interés superior del niño (principio pro filii) que su protección superlativa mediante la comprobación de la optimización o priorización de los derechos de la infancia, por tener mayor importancia en el orden de prelación y jerarquías de la Constitución. En ese sentido y por la finalidad protectora, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el hijo mantiene una “posesión constante de estado” que coincide con tal verdad biológica. La admisión en nuestro ordenamiento jurídico del derecho del niño a su identidad filiatoria exige reconocer que tal derecho está conformado, de un lado, por el dato biológico, la procreación del hijo, y, del otro, por el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares. Siendo así, es el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad

¹⁵¹ BOROWSKI M. Las restricciones de los derechos fundamentales. En, Revista española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm 59. Mayo – Agosto 2000. Pág. 39.

filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél. El expreso reconocimiento de este derecho determina que se esté frente a un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia.¹⁵²

Con él, hay que olvidar la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, la imposibilidad en muchos casos de entablar un pleito con objeto de llegar a tener conocimiento de los verdaderos progenitores¹⁵³. Hay que abrirse a un nuevo orden donde no sólo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la conceptualización de la filiación no surgida de matrimonio, y donde, por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación: cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial¹⁵⁴.

En la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño debe preferirse una interpretación a favor del interés superior del menor, por ser éste el objeto y fin específico del tratado. Este principio de interpretación es también conocido como el criterio de la primacía de la norma más favorable a las personas protegidas expresamente en los tratados de derechos humanos. En ese sentido, la interpretación más adecuada de una norma de la Convención será aquella realizada al momento en que la interpretación se lleve a cabo, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. En última instancia, toda interpretación debe sustentarse en la dignidad de la persona humana como fuente de toda protección y como valor supremo a partir del cual se desarrolla el reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos.

¹⁵² PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial. Ob. Cit. s/p

¹⁵³ BIDART G. La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación. En, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año III. Número 5. Lima: Gaceta Jurídica; 1997. Pág. 244.

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 240.

CAPITULO III

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

1. PRESENTACIÓN

La población está constituida por los Magistrados, Fiscales y abogados en la especialidad del derecho de familia de la ciudad de Arequipa quienes opinaron sobre los argumentos jurídicos que pueden sustentar el consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial durante los meses de enero a diciembre del año 2017.

2. METODOLOGIA DE RECOLECCION DE INFORMACION

La metodología empleada para la recolección de datos, ha correspondido a las técnicas de observación documental., revisión documental, análisis y síntesis, así como encuestas, mientras que los instrumentos utilizados fueron la ficha bibliográfica, ficha documental, libreta de apuntes y cedula de preguntas, procesándose los datos con los siguientes resultados:

3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

TABLA Nº 1

Considera Usted que los menores de edad gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	11	9	20
Magistrados del Ministerio Público	12	8	20
Abogados litigantes	30	50	80
Subtotal	53	67	120
%	44	56	100

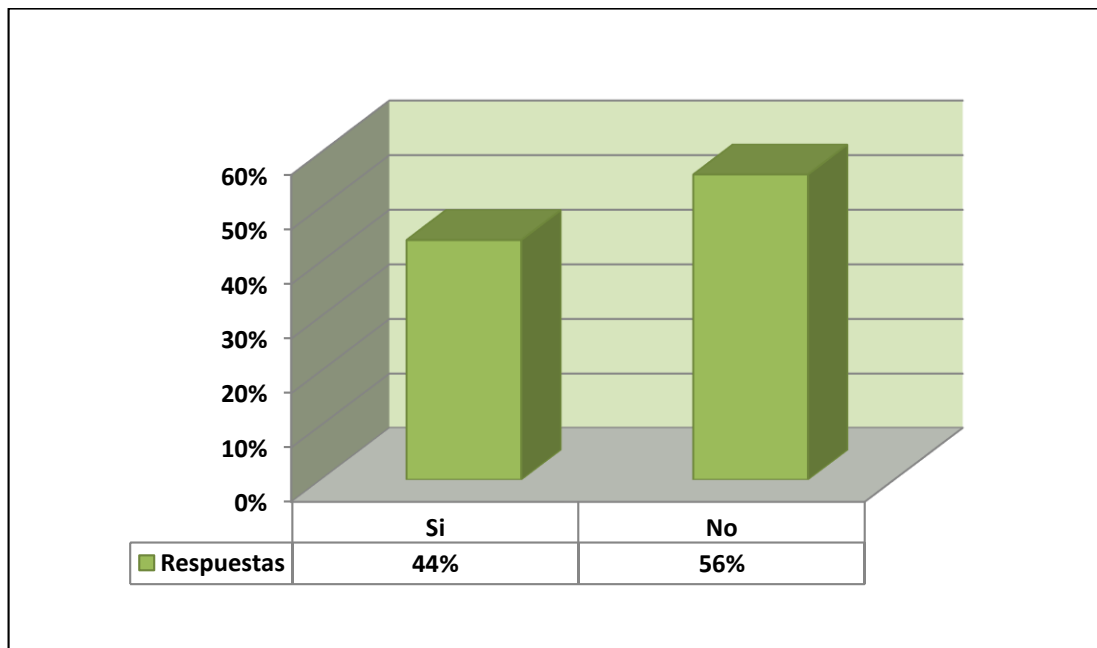
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta primera tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 56% considera que los menores de edad no gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 44% sí.

GRAFICA Nº 1

Considera Usted que los menores de edad gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 2

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si gozan porque las leyes los protegen	No gozan porque no expresan su opinión	
Magistrados del Poder Judicial	11	9	20
Magistrados del Ministerio Público	12	8	20
Abogados litigantes	30	50	80
Subtotal	53	67	120
%	44	56	100

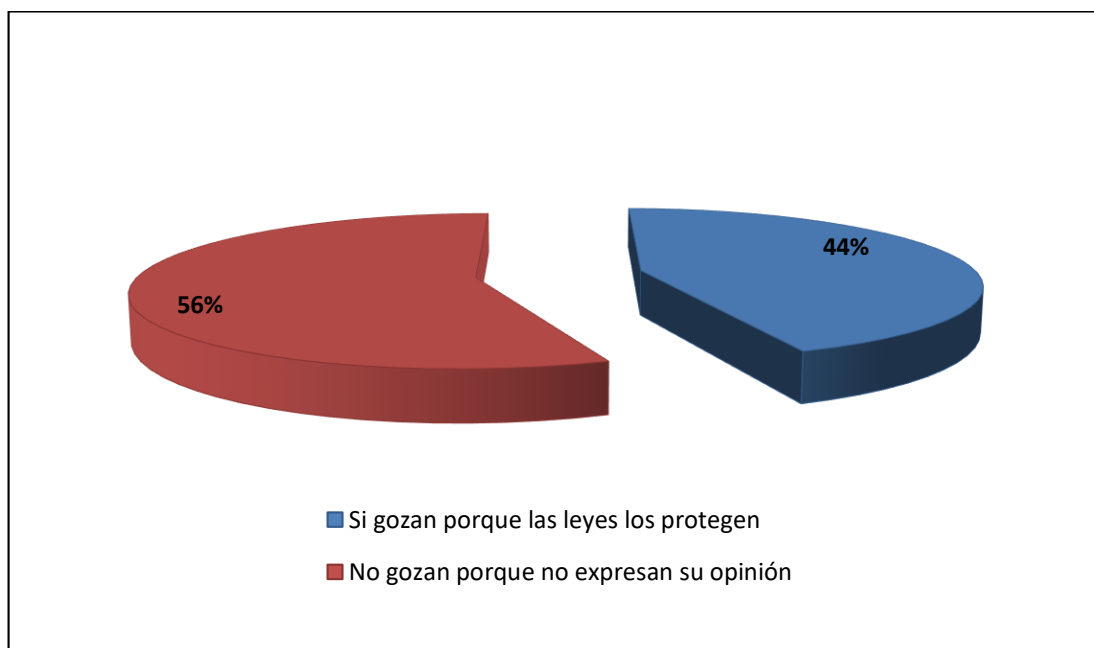
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta segunda tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 56% considera que los menores no gozan, porque no expresan su opinión y el 44% opina que si gozan porque las leyes los protegen.

GRAFICA Nº 2

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 3

Considera Usted que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	15	5	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	69	11	80
Subtotal	100	20	120
%	83	17	100

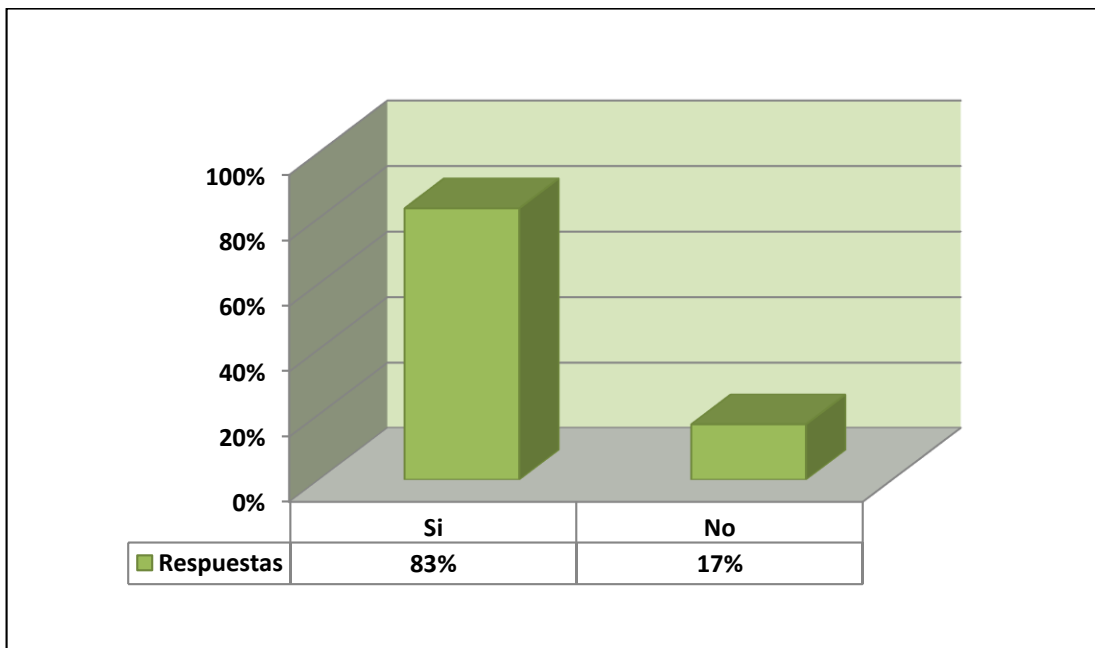
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta tercera tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 83% considera que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 17% no.

GRAFICA Nº 3

Considera Usted que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 4

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si para garantizar sus derechos personales	No porque no tienen aún capacidad de decisión	
Magistrados del Poder Judicial	15	5	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	69	11	80
Subtotal	100	20	120
%	83	17	100

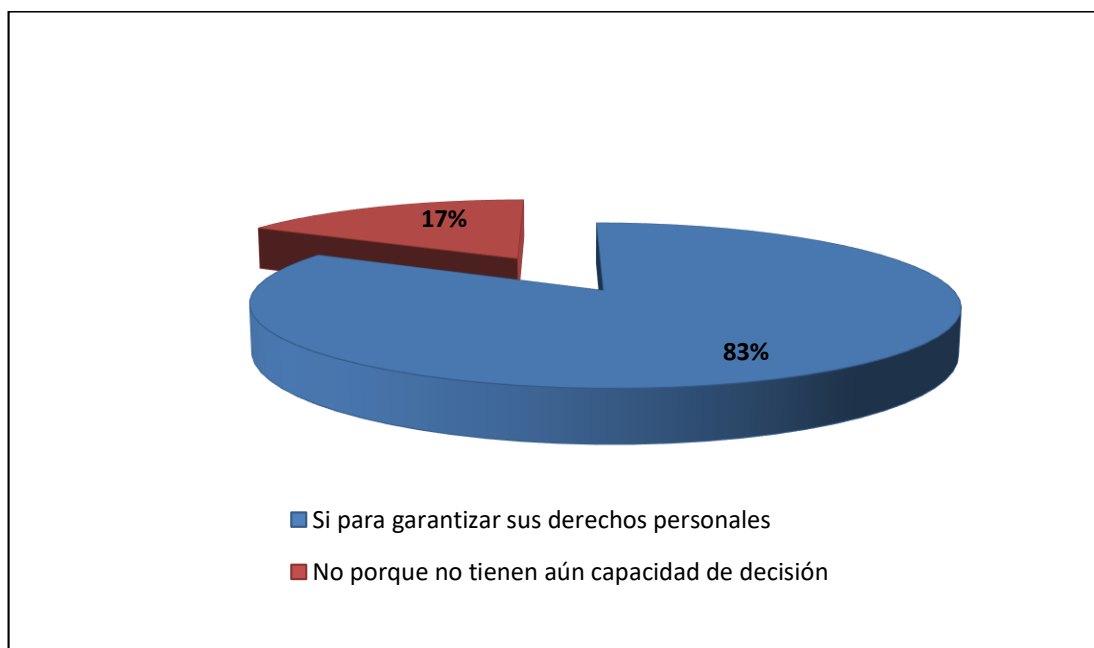
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta cuarta tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 83% opina que los menores de edad gozan de garantizar sus derechos personales en los procesos de filiación extramatrimonial y el 17% opina que no tienen aún capacidad de decisión.

GRAFICA Nº 4

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 5

Considera Usted que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	8	12	20
Magistrados del Ministerio Público	13	7	20
Abogados litigantes	60	20	80
Subtotal	81	39	120
%	68	32	100

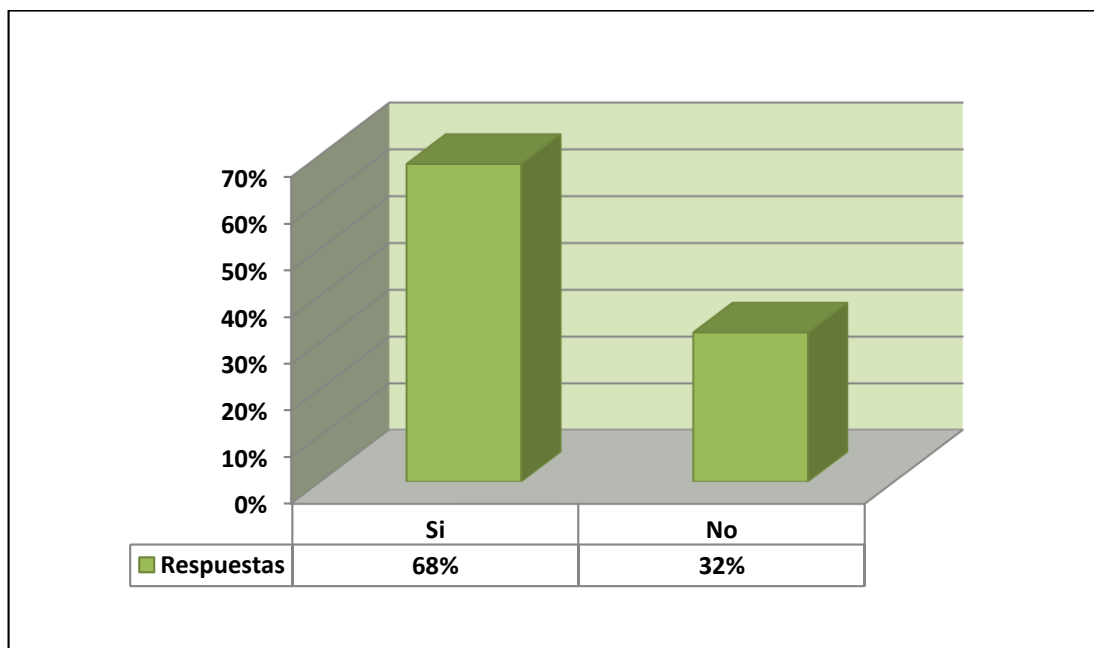
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta quinta tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 68% considera que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 32% no.

GRAFICA Nº 5

Considera Usted que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 6

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si porque muestran intereses en sus asuntos	No porque no son conscientes de sus derechos	
Magistrados del Poder Judicial	8	12	20
Magistrados del Ministerio Público	13	7	20
Abogados litigantes	60	20	80
Subtotal	81	39	120
%	68	32	100

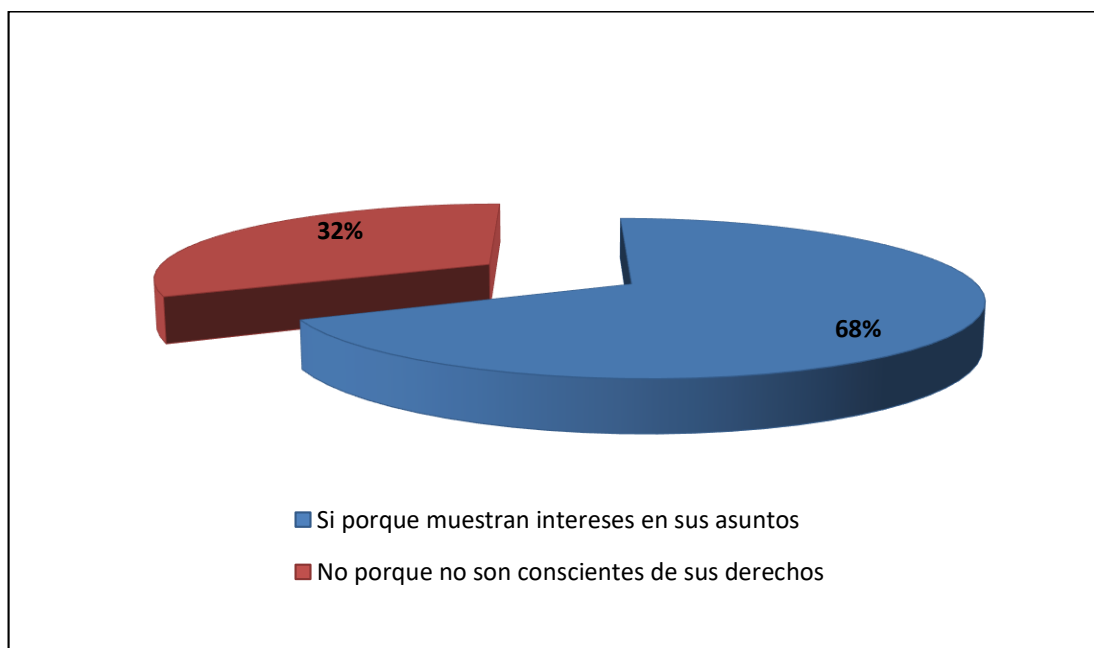
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta sexta tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 68% opina que los menores de edad tienen capacidad en el ejercicio de sus derechos porque muestran interés en sus asuntos en los procesos de filiación extramatrimonial y el 32% opina que no, porque no son conscientes de sus derechos.

GRAFICA Nº 6

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 7

Considera Usted que los menores de edad deben dar consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	14	6	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	73	7	80
Subtotal	103	17	120
%	86	14	100

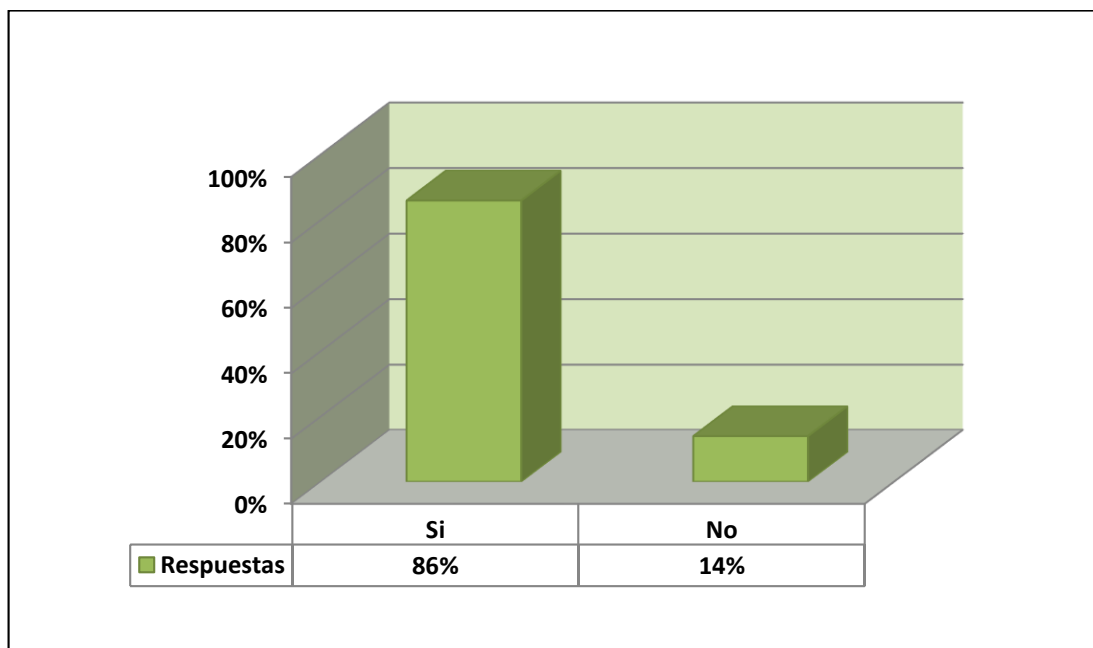
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta séptima tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 86% considera que los menores de edad deben dar consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 14% no.

GRAFICA Nº 7

Considera Usted que los menores de edad deben dar consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 8

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad deben dar su consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si para salvaguardar su identidad personal	No porque no poseen capacidad de decisión	
Magistrados del Poder Judicial	14	6	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	73	7	80
Subtotal	103	17	120
%	86	14	100

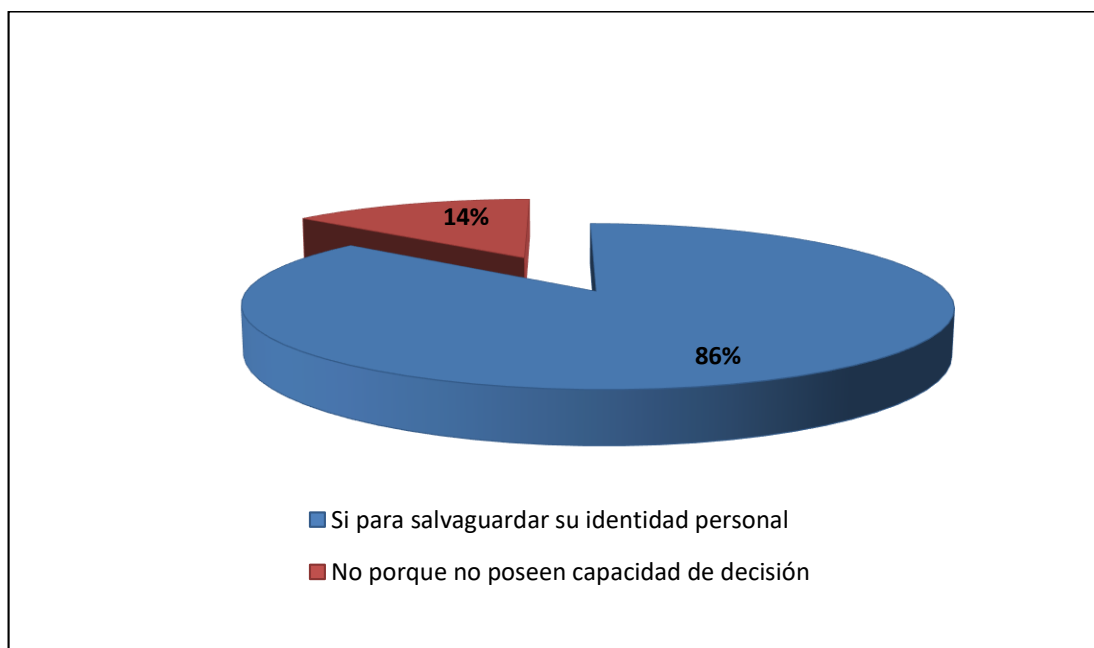
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta octava tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 86% opina que los menores de edad deben dar su consentimiento para ser reconocidos para salvaguardar su identidad personal y el 14% opina que no, porque no poseen capacidad de decisión.

GRAFICA Nº 8

Razones por las cuales considera Usted que los menores de edad deben dar su consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 9

Considera Usted que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	15	5	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	75	5	80
Subtotal	106	14	120
%	88	12	100

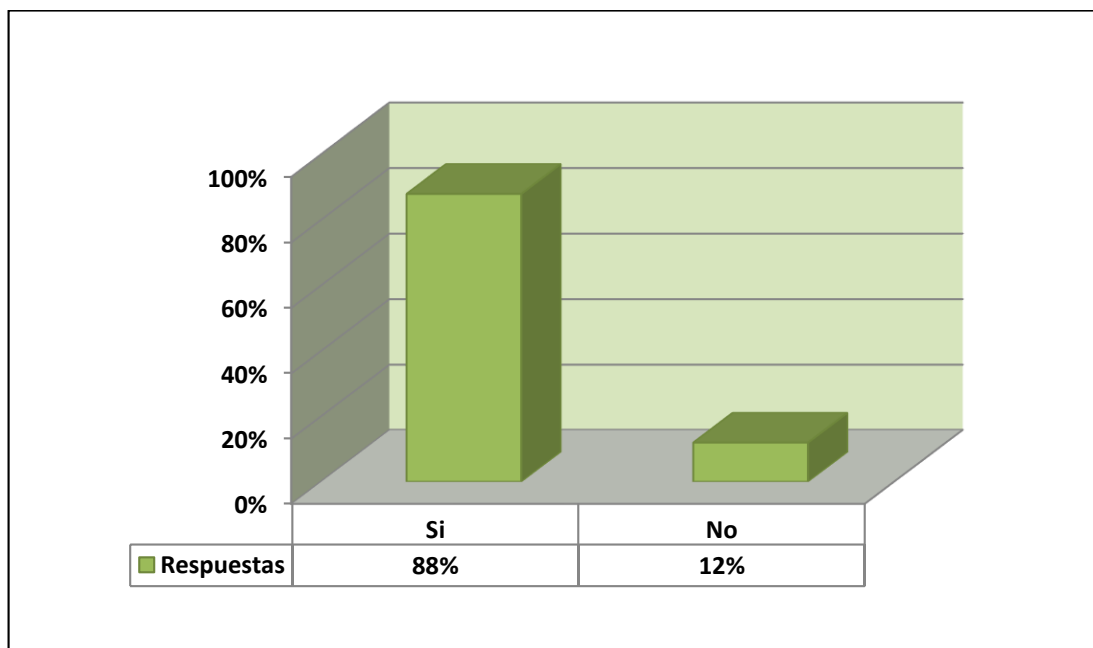
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta novena tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 88% considera que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 12% no.

GRAFICA Nº 9

Considera Usted que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 10

Razones por las cuales considera Usted que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si bajo el principio del derecho a ser escuchado	No porque se corre el riesgo de perjudicar sus intereses	
Magistrados del Poder Judicial	15	5	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	75	5	80
Subtotal	106	14	120
%	88	12	100

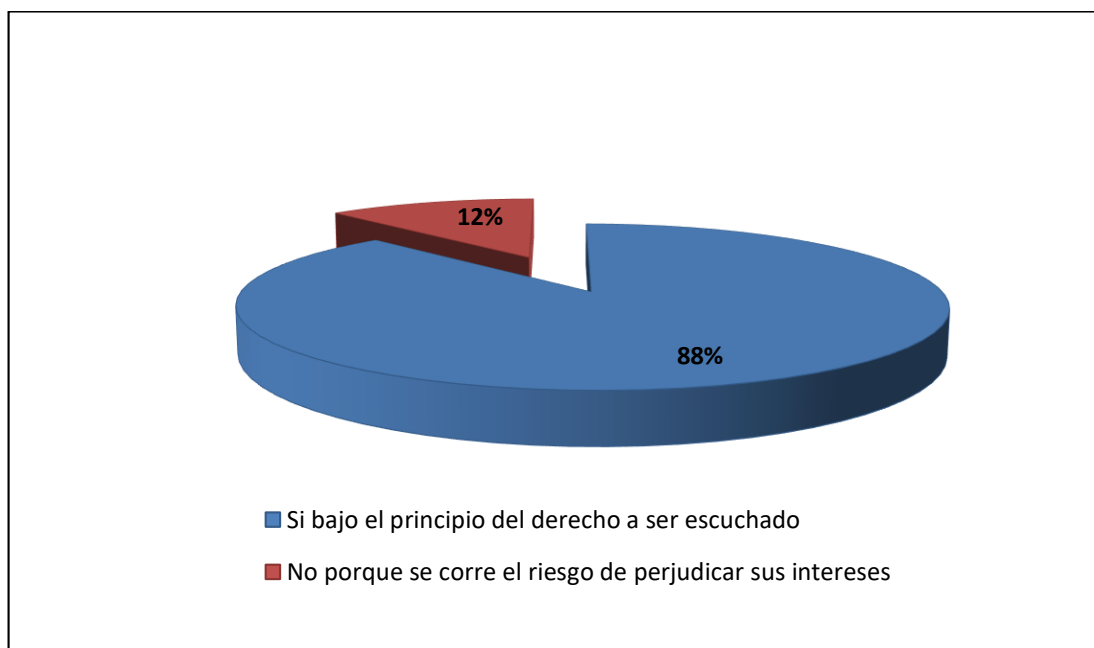
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta décima tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 88% opina que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor bajo el principio al derecho a ser escuchado y el 12% opina que no, porque se corre el riesgo de perjudicar sus intereses.

GRAFICA Nº 10

Razones por las cuales considera Usted que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA N° 11

Considera Usted que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	17	3	20
Magistrados del Ministerio Público	14	6	20
Abogados litigantes	70	10	80
Subtotal	101	19	120
%	84	16	100

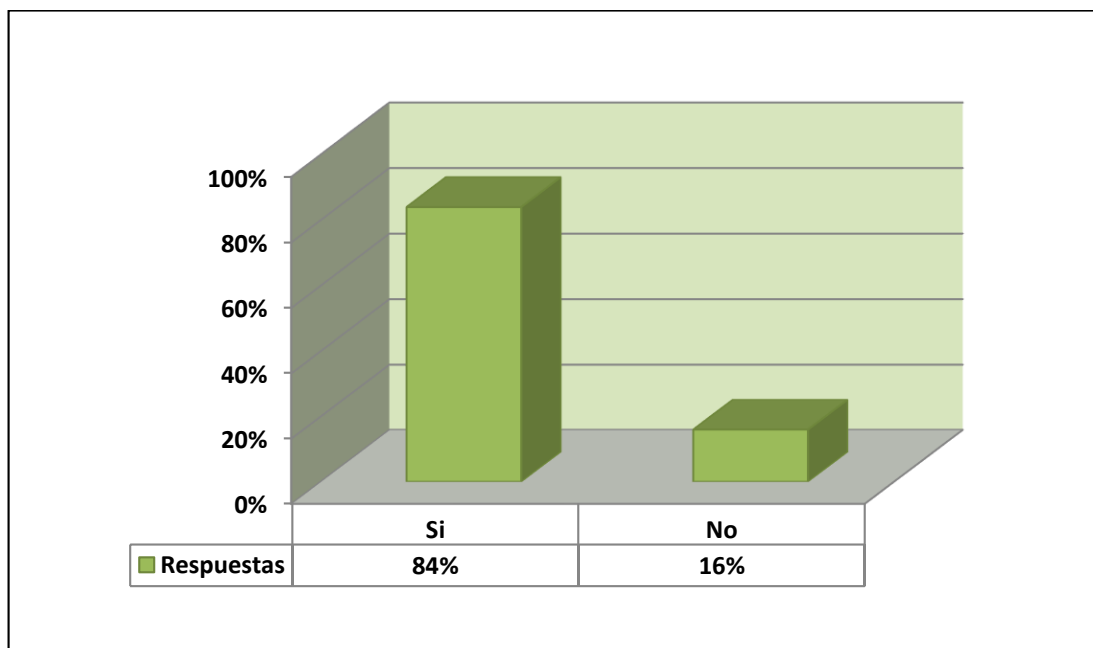
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta undécima tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 84% considera que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 16% no.

GRAFICA Nº 11

Considera Usted que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 12

Razones por las cuales considera Usted que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si para permitir el desarrollo de su autonomía progresiva	No porque se vería más afectada y distorsionada	
Magistrados del Poder Judicial	17	3	20
Magistrados del Ministerio Público	14	6	20
Abogados litigantes	70	10	80
Subtotal	101	19	120
%	84	16	100

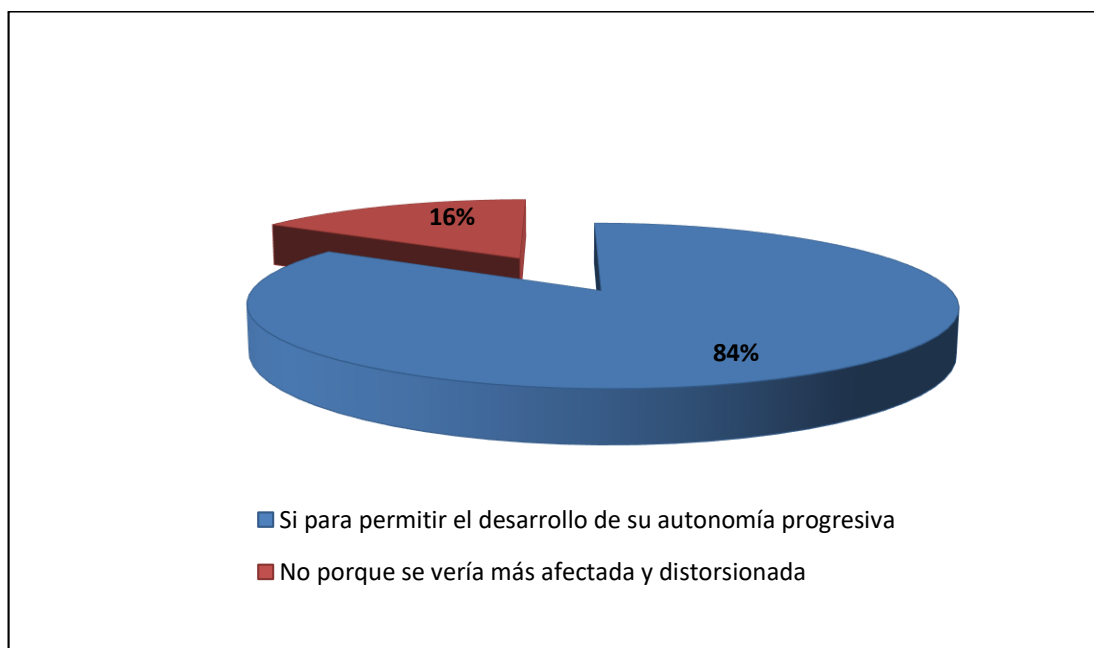
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta duodécima tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 84% opina que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal al permitir el desarrollo de su autoestima progresiva y el 16% opina que no, porque su identidad personal se vería más afectada y distorsionada.

GRAFICA Nº 12

Razones por las cuales considera Usted que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 13

Considera Usted que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	17	3	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	65	15	80
Subtotal	98	22	120
%	82	18	100

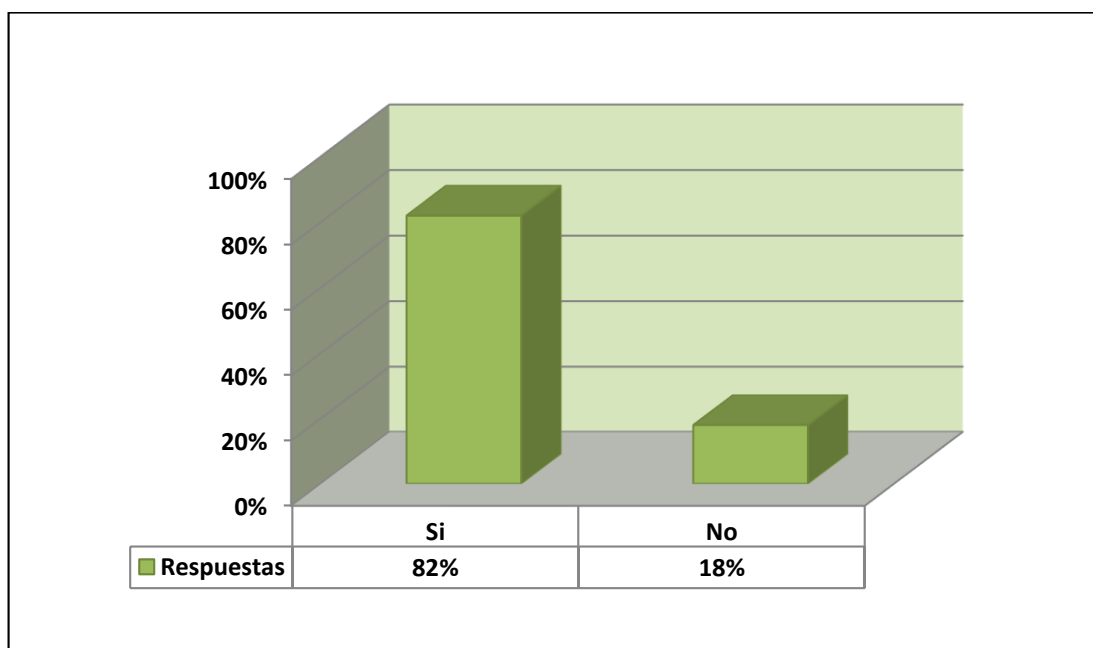
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimotercera tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 82% considera que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 18% no.

GRAFICA Nº 13

Considera Usted que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA Nº 14

Razones por las cuales considera Usted que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si porque su cambio de identidad le afecta	No porque se puede confundir su identidad	
Magistrados del Poder Judicial	17	3	20
Magistrados del Ministerio Público	16	4	20
Abogados litigantes	65	15	80
Subtotal	98	22	120
%	82	18	100

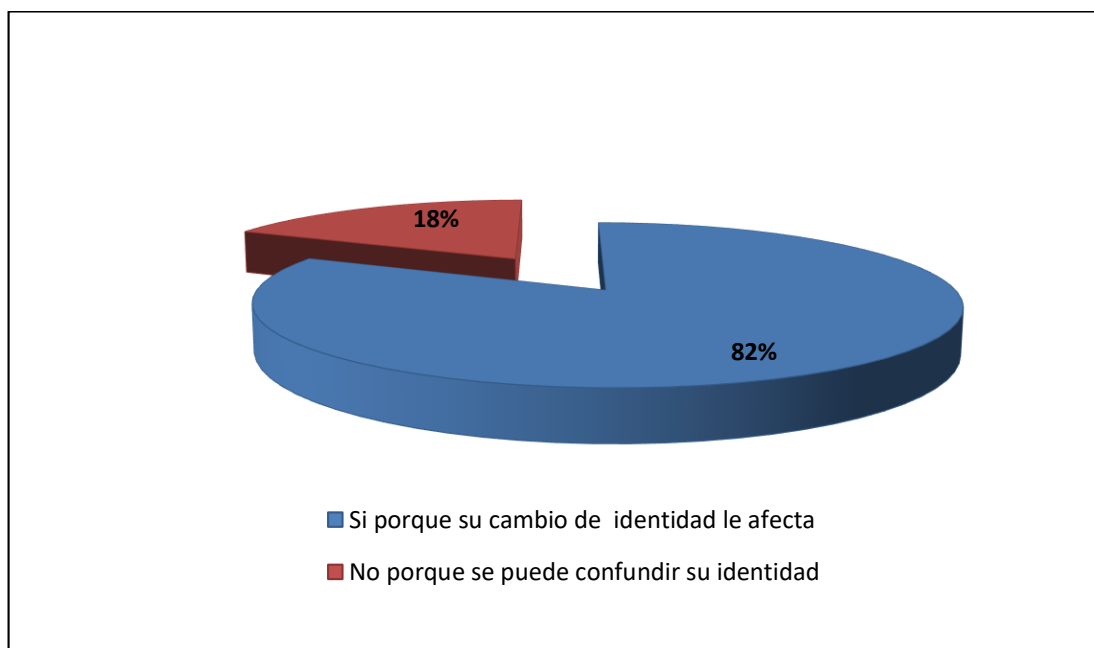
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimocuarta tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 82% opina que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño porque su cambio de identidad le afecta y el 18% opina que no, porque se puede confundir su identidad personal.

GRAFICA N° 14

Razones por las cuales considera Usted que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA N° 15

Considera Usted que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Respuestas		Total
	Si	No	
Magistrados del Poder Judicial	12	8	20
Magistrados del Ministerio Público	11	9	20
Abogados litigantes	62	18	80
Subtotal	85	35	120
%	71	29	100

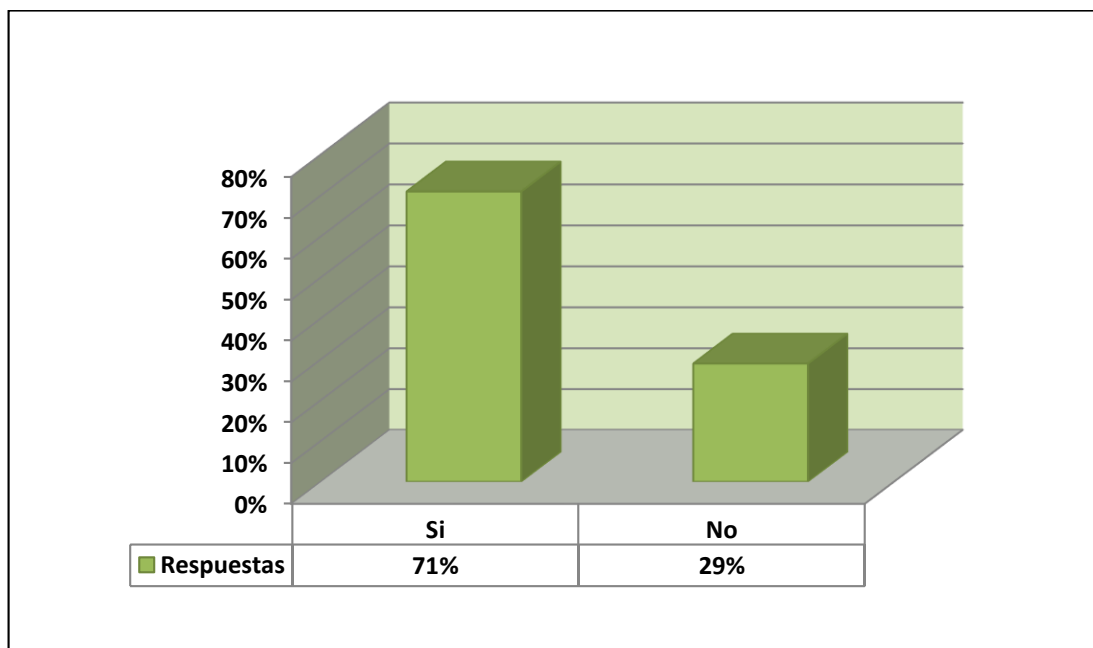
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimoquinta tabla tenemos que de los 120 encuestas muestrales a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 71% considera que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial; mientras que un 29% no.

GRAFICA Nº 15

Considera Usted que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

TABLA N° 16

Razones por las cuales considera Usted que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial

Encuestados	Razones		Total
	Si porque pueden ejercer sus derechos y deberes	No porque pueden hacer mal uso de autonomía	
Magistrados del Poder Judicial	12	8	20
Magistrados del Ministerio Público	11	9	20
Abogados litigantes	62	18	80
Subtotal	85	35	120
%	71	29	100

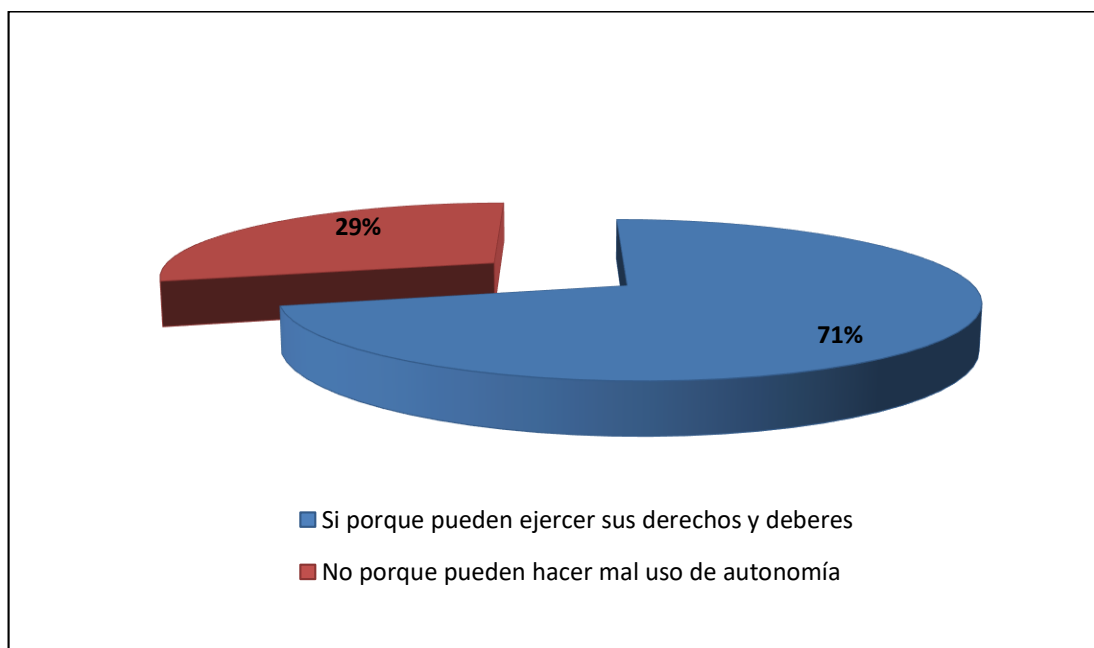
FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

INTERPRETACIÓN:

En esta decimosexta tabla tenemos que de las 120 encuestas a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017; el 71% opina que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva porque puede ejercer sus derechos y deberes, y el 29% opina que no, porque puede hacer mal uso de su autonomía.

GRAFICA Nº 16

Razones por las cuales considera Usted que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial



FUENTE: Información obtenida de la encuesta aplicada a los Magistrados y abogados especialistas en derecho de familia de la ciudad de Arequipa en el año 2017.

4. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

A partir del nuevo paradigma de la Protección Integral de la infancia y adolescencia, propuesto por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (1989), se reconoce a la persona menor de edad como sujeto de derechos. Esto implica que se la constituye en titular de derechos fundamentales y con capacidad de ejercicio por sí misma. Sin embargo, esta última tiene una particularidad: lo es conforme con la evolución de sus facultades.

De resultas, uno de los principios que postula el instrumento internacional mencionado para que el niño pueda poner en práctica –personalmente- sus derechos y no a través de sus representantes, es el reconocimiento de su autonomía progresiva. Esta última, junto con el interés superior y el derecho del niño a ser oído, son los tres postulados básicos sobre los que gira el cambio de paradigma y que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), en los términos que se indican a continuación, estipula «el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño»:¹⁵⁵

1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en

¹⁵⁵ Observación General N° 12 El derecho del niño a ser escuchado. Comité de los Derechos del Niño. Aprobado por el Comité en su 51° periodo de sesiones (25 de mayo a 12 de junio de 2009). CRC/C/GC/12. Ginebra: 2009. Pág. 8.

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

El Comité de los Derechos del Niño (en adelante el Comité) sostiene que entre las condiciones imprescindibles para que se haga realidad el derecho a ser escuchado se encuentra, en primer lugar, la garantía que el Estado debe brindar a que la opinión del menor sea recabada y, a que sea tomada en cuenta debidamente. Para ello, el Estado debe evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, mediante un examen caso por caso, y en función a su edad y madurez, donde *madurez* hace alusión a la «capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado». Refiere también, que debe tenerse en cuenta los efectos del asunto donde el niño se ve involucrado porque cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, «más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño». Agrega que la evolución de las facultades del niño merece una especial atención.¹⁵⁶

Una característica importante de este derecho, es que el niño puede como no, ejercer su derecho a ser escuchado porque expresar su opinión es una opción y no una obligación. El niño tiene derecho a participar en todos los asuntos que lo afecten, ello implica procesos judiciales, como cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, entre otros, y en procedimientos administrativos como por ejemplo cuestiones de disciplinas en las escuelas u otras relativas a su rendimiento. No existe una definición restrictiva sobre el término *asuntos*.

De lo dicho anteriormente, podemos colegir que, para que el derecho del

¹⁵⁶ *Ibíd.* Pág. 11.

niño aludido sea efectivo, se requiere que el Estado garantice su ejercicio. Esto puede interpretarse como la obligación de crear las condiciones para que el menor exprese libremente su opinión en todas las cuestiones que lo involucran afectando su esfera jurídica. Una vez escuchado, su opinión debe ser evaluada en función a su grado de madurez. Sin embargo, el reconocimiento de filiación de un menor de edad —cuyas consecuencias jurídicas impactan en su nombre— está exento de su participación, a diferencia de los procesos de tenencia donde la opinión de un niño es escuchada y, la de un adolescente es tomada en cuenta, según dispone el artículo 85° del Código de los Niños y Adolescentes N° 27337. Mayor aun es la diferencia con respecto a los procesos de adopción que consagra como uno de los requisitos el asentimiento del niño mayor de diez años, según prevé el artículo 378° del Código Civil.

Por su parte, el interés superior del niño está conceptualizado en el artículo 3° párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, bajo los siguientes términos: 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.

Al respecto, el Comité subraya que este viene a ser un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento.¹⁵⁷ Se trata del derecho del niño a que su interés superior se evalúe como una consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar diversos intereses en conflicto, implica una obligación irrestricta para los Estados en su aplicación directa. Como principio jurídico, supone que ante una diversidad de interpretaciones sobre una disposición jurídica, se elija aquella que

¹⁵⁷ Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Comité de los Derechos del Niño. Aprobado por el Comité en su 62° periodo de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). CRC/C/GC/14. Ginebra: 2013. Pág. 4.

satisfaga de la manera más efectiva el interés superior del niño. Por último, como norma de procedimiento supone que «siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados». ¹⁵⁸

Ahora bien, el derecho a ser escuchado tiene relación con el interés superior del niño puesto que una forma de garantizar que las medidas adoptadas sean acordes con el interés superior del niño es escuchándolo. En ese sentido, el Comité sostiene que el artículo 12° de la Convención establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afecten, incluida la evaluación de su interés superior. ¹⁵⁹ Al respecto, el procedimiento de inscripción de nacimiento, de naturaleza administrativa conforme a la Ley Orgánica del RENIEC, Ley N°26497, en donde se produce la expedición de una nueva acta de nacimiento luego de realizado el reconocimiento de filiación también constituye un asunto que afecta los intereses del menor de edad reconocido; por lo que, en aplicación de las normas citadas exige contemplar un mecanismo para escuchar su opinión. Y ello no solo por la naturaleza del asunto que involucra al niño o adolescente, sino también porque el interés superior —como norma de procedimiento— exige evaluar las repercusiones que la decisión del Estado produce en su esfera; y, como hemos podido advertir de los debates previos a la dación de la Ley N° 29032 nunca se ponderó los efectos negativos que la modificación legislativa podía producir en ellos presuponiendo que estos siempre serían positivos.

En sede nacional, lo primero que advertimos es que existen dos criterios al momento de valorar la opinión de un menor de dieciocho años: su edad y su madurez. La edad no resulta ser criterio suficiente para determinar que un

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

niño, niña y/o adolescente tiene la capacidad para expresar una opinión madura y razonable. Los juzgadores ven la necesidad de remitirse al caso concreto para saber si tienen juicio propio; y, consideran que el contacto directo y la pericia psicológica constituyen medios a través de los cuales pueden obtener elementos razonables para conocer si el menor tiene la madurez suficiente para expresar libremente sus opiniones.¹⁶⁰

En ese escenario, cobra significativa importancia la necesaria delimitación entre los conceptos *subjetividad jurídica* y *capacidad de goce* que realizó el doctor Espinoza Espinoza, donde el primer referente constituye el «centro de imputaciones de deberes y derechos adscribible, siempre y en última instancia, a la vida humana»; mientras que, el segundo se define «como la aptitud para ser titular y por ende, de gozar de derechos», y a partir de los cuales sostuvo, con acierto, que la *capacidad de goce* se subsume dentro del primero dado que el sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad.¹⁶¹

A partir de esta distinción, propuso modificar la terminología utilizada por el artículo 3° de nuestro Código Civil, para que en vez de referirse a las *excepciones* establecidas por ley, se hiciera alusión a las *limitaciones*; y, ello porque el sujeto de derecho por definición siempre tiene capacidad; por lo que, no podría hablarse de personas incapaces, sino de sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y sujetos con capacidad plena o absoluta.¹⁶²

Con respecto al respeto de las opiniones de los menores de edad, el Comité de los Derechos del Niño, que emite recomendaciones y observaciones a los

¹⁶⁰ SOLANO R. Tengo derecho a opinar y a ser escuchado. *Dialogo con la Jurisprudencia*, año 16, marzo, N°150. Lima: 2011. Pág. 139.

¹⁶¹ ESPINOZA J. La capacidad civil de las personas naturales. *Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley; 1998. Pág. 129.

¹⁶² ESPINOZA J. *Ob. Cit.* Pág. 87-88.

Estado miembros respecto a la aplicación de la Convención sobre los Derechos al Niño, ha señalado que si bien el Gobierno peruano ha atendido algunos motivos de preocupación y recomendaciones formuladas, ha tratado de manera insuficiente o parcial temas relativos al respecto de las opiniones del niño;¹⁶³ por tal motivo, recomendó que se «siga promoviendo, facilitando y aplicando ante las instancias judiciales y administrativas, el principio del respeto de las opiniones del niño y su participación en todas las cuestiones que le afecten».¹⁶⁴

Desde que el niño es considerado como un sujeto de derecho se le reconoce no solo la titularidad de un conglomerado de derechos sino también su capacidad para ejercerlos por sí mismo. Sin embargo, no se puede desconocer que los niños se encuentran en una situación fáctica especial: son personas “en” desarrollo. Por lo tanto, en una primera instancia, son los padres o bien sus responsables legales quienes pueden hacer efectivo aquel conjunto de prerrogativas. Es por ello, que para garantizar el ejercicio personal de los niños de sus propios derechos, el artículo 5 de la Convención establece que:

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

¹⁶³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al Estado peruano: un balance de su cumplimiento. Serie Documentos Defensoriales – Documento N° 15. Octubre 2011.

¹⁶⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Examen de los Informes presentados por los Estado partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Perú. CRP-C-PER-CO-3, del 14 de marzo del 2006, numeral 31.

De dicha norma emerge el principio de autonomía progresiva del menor de edad para el ejercicio de sus derechos de modo que sea él quien decida y elija cómo y cuándo pretende hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses. Ahora bien, aquella autonomía tiene una particularidad: lo es de acuerdo a la evolución de sus facultades. Es decir, los niños van adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas.

De allí que el ejercicio de esta autodeterminación sea progresivo, o como bien lo refiere el propio artículo 5, lo es conforme con la evolución de las facultades de los menores de edad. Con dicho concepto se alude a “procesos de maduración y de aprendizaje por medio de los cuales los niños adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión, en particular comprensión de sus derechos, y sobre cómo dichos derechos pueden materializarse mejor”¹⁶⁵.

Como se observa, no se establece una edad biológica a los fines de que los niños pongan en práctica sus derechos ni se precisan reglas fijas para determinar niveles de comprensión de acuerdo a una franja etaria, dado que aquellos no son iguales en todos los infantes. Si bien la edad de un niño es un indicador para conocer su desarrollo o grado de madurez, no debe ser el único a considerar. No se puede perder de vista que aquél proceso paulatino tiene lugar en un contexto que rodea al menor de edad y que también es determinante para la adquisición de sus facultades, por lo que no se producirá de la misma manera en todos los casos. Así, influyen en la construcción de la autodeterminación la familia, la educación, el lugar en el que se vive, la situación económica, entre otros factores del medio.

En consecuencia, la autonomía progresiva es una noción que deberá ser valorada, caso por caso, teniendo en cuenta la edad como así también la

¹⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño. OBSERVACIÓN GENERAL N° 7 Realización de los Derechos del Niño en la Primera Infancia. UNICEF- Centro de Investigaciones Innocenti. Pág. 76.

individualidad psicológica, social y cultural de cada niño. Resulta importante destacar que la capacidad progresiva que se les reconoce a los niños no es sólo para el ejercicio de sus derechos, sino también para sus obligaciones. Esto es, los niños son paulatinamente responsables de sus actos a medida que van adquiriendo facultades y se deben hacer cargo de las consecuencias que se desprenden del ejercicio autónomo de sus derechos. Si un adolescente es lo suficientemente maduro para tomar una elección personal sobre su destino, también lo es para hacerse cargo de los errores, riesgos y deberes que aquella puede traer aparejados.

De otro costado, el artículo citado define y marca claramente cuál es el papel de los padres o responsables legales, y cuál es el del Estado. Así, a los primeros les compete impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño disfrute de sus derechos, de forma tal que a medida que aquél vaya creciendo y madurando, tanto psíquica como socialmente; aquellos adapten sus funciones de modo de permitirles y posibilitarles a sus hijos que puedan hacer realidad por sí sus derechos. Es dable aclarar, que esto no implica dejar de lado las funciones y derechos parentales, sino que debe existir entre los niños y sus representantes legales una relación inversamente proporcional: a menor autonomía del hijo, aumentan las funciones y deberes de los progenitores en el ejercicio de los derechos del niño, y a medida que aquél va adquiriendo –progresivamente- capacidad, van disminuyendo –también en forma paulatina- los deberes y funciones de los padres sobre sus hijos. Por su parte, a la autoridad estatal le corresponde respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o sus sustitutos, limitando así la intervención del Estado en la vida familiar.

El principio del interés superior del niño que -como se dijo- forma parte del nuevo paradigma de la protección integral, está consagrado en el artículo 3.1 de la Convención y sienta como regla que en todas las medidas o decisiones que se adopten concernientes a los niños se deberá atender primordialmente a su interés superior. Esta manda está dirigida tanto a las

instituciones públicas o privadas, a los tribunales, a las autoridades administrativas y órganos legislativos; como así también a los padres y adultos en general.

Si bien la noción de interés superior ha dado lugar a varias interpretaciones y mucho se ha dicho al respecto, conviene resaltar la definición que sobre este principio ha formulado Cillero Bruñol, ya que por su precisión merece que no sea utilizado discrecionalmente como argumento para la toma de cualquier tipo de solución. Según dicho autor, el principio del interés superior es la plena satisfacción de los derechos de los niños¹⁶⁶. La integralidad a la que se alude con este concepto condice con la propia denominación del nuevo paradigma de la infancia y adolescencia: “protección integral”. Por lo tanto, en todas las medidas que se adopten concernientes a ellos se deberá atender a la realización y protección sistemática de todos sus derechos, de modo que estos no sean vulnerados o amenazados. Además, no corresponderá que en las decisiones que involucren a niños se ponderen o consideren otros intereses, como puede llegar a ser la satisfacción de los derechos de sus padres, o si atentan contra políticas públicas o sociales.

Como bien lo explica el autor citado, “los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”¹⁶⁷ y agrega que (...) “en el marco de la Convención el interés superior del niño es un principio jurídico garantista”¹⁶⁸. Es decir, es una garantía para el menor de edad del pleno ejercicio de los otros derechos reconocidos en dicho instrumento jurídico, ya que los hace posibles.

¹⁶⁶ CILLERO M. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En Justicia y Derechos del Niño N° 9- UNICEF. Pág. 134

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Idem.

Así precisado el principio bajo análisis, amerita que no sea considerado como una mera guía o norte a seguir, cual un estándar genérico, sino como un verdadero límite a la discrecionalidad del Estado, de las autoridades, de los padres y de los adultos en general que debe ser aplicado en cada caso concreto en razón de lo que mayor satisfaga los derechos del niño. Y, en caso de que dos o más derechos del menor de edad entren en conflicto, será la pauta de interpretación que se deberá seguir. Ahora bien, el dilema se plantea cuando un adolescente decide ejercer autónomamente sus derechos de una manera tal que ello vulnera o amenaza su propia integridad, su desarrollo como persona o la realización de otros derechos. Es decir, de una forma que tenga un impacto negativo para sí mismo.

Freeman propone como salida que se busque un punto de equilibrio a la hora de adoptar medidas concernientes a los niños y habla de un paternalismo liberal: importa tanto el resguardo de los niños, como su autodeterminación, todo en pos de que exista una verdadera protección a sus derechos¹⁶⁹.

Esta última solución podrá hacerse efectiva con la aplicación del tercer principio que forma parte del nuevo paradigma de la protección integral: el derecho del niño a ser oído. Este último está establecido en el artículo 12 de la Convención, el cual dispone que se le debe garantizar a todo niño menor de 18 años, y que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de aquél, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se le debe dar al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

¹⁶⁹ FREEMAN M. Tomando más en serio los Derechos de los Niños. En Revista de Derechos del Niño- Números 3 y 4, UNICEF: Universidad Diego Portales; 2006. Pág. 274.

CONCLUSIONES PARCIALES

PRIMERA.- Los argumentos jurídicos que sustentan el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial para garantizar su identidad personal, se basan en tres postulados básicos que sirven como herramientas para el ejercicio de los demás derechos, como son el reconocimiento de su autonomía progresiva, el interés superior y el derecho del niño a ser oído.

SEGUNDA.- Los criterios normativos que permiten acceder a un proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentran regulados en la Ley N° 30628, la cual establece que el emplazado tiene diez días para oponerse a la declaración de filiación, para absolver el traslado de la pretensión de alimentos, y para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme al artículo 555 de Código Procesal Civil.

TERCERA.- Los aspectos jurídicos que permiten garantizar el derecho a la identidad personal del menor en el ordenamiento jurídico peruano, se encuentran recogidos en nuestra Constitución, como también en la Convención de derechos del niño, que señala que todo individuo tiene derecho a ser reconocido e individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo y los que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal de carácter subjetivo.

CONCLUSION GENERAL

La Constitución expresamente señala que toda persona tiene derecho a la identidad, que es un atributo de los derechos a la libertad y la dignidad. El derecho a la identidad biológica se hace más relevante cuando se trata de niños y adolescentes, quienes por ahora se encuentran privados de ser oídos y manifestar su consentimiento en los procesos de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, lo cual puede afectar el proceso de autoconstrucción personal de su identidad dinámica, constituyendo una violación a sus derechos.

Por tanto es necesario que el menor sea oído y exprese su consentimiento en los procesos de filiación extramatrimonial, a fin de permitir garantizar su derecho a la identidad personal, sin perjuicio de la declaración filiación de paternidad extramatrimonial, reconociendo el derecho que los menores tienen a su autonomía progresiva, por lo que se hace necesario realizar cambios normativos que ayuden a mejorar dicha problemática.

SUGERENCIAS

PRIMERA.- En los procesos de filiación extramatrimonial debe tenerse en cuenta el principio de autonomía progresiva, el mismo que emerge a partir del paradigma de la protección integral y garantiza a los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos, de modo que sean ellos quienes decidan y elijan cómo manejar su identidad personal, conforme con su proyecto personal de vida, sus deseos e intereses.

SEGUNDA.- En el caso que un menor de edad decida ejercer autónomamente su identidad personal, lo cual vulnere o amenace su propia integridad, su desarrollo como persona o la realización de otros derechos; entrando en colisión el principio de autonomía progresiva con el interés superior del niño, por lo que dicho conflicto debe resolverse a partir del principio del derecho del niño a ser oído.

TERCERA.- Los menores de edad deben coparticipar junto con el Juez interviniente en los procesos de filiación extramatrimonial, donde su opinión deberá ser tomada debidamente en cuenta, aquella no siempre debe ser determinante o vinculante, pues se le debe otorgar al menor herramientas suficientes (consentimiento informado) para que pueda tomar elecciones adecuadas para una adecuada protección de sus derechos.

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL TERCER PARRAFO EN EL ARTICULO 402 DEL CODIGO CIVIL

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA

Ha dado la Ley siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Incorpórese el tercer párrafo en el artículo 402 del Código Civil, en los términos siguientes:

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

(....)

En todos los casos precedentes, cuando se trate de menores de edad y con el fin de garantizar su derecho a ser oído, el Juez deberá citarlos para que expresen si están de acuerdo con la filiación extramatrimonial, sin perjuicio de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial; este es un derecho del menor y no una obligación”.

Lima, enero del 2018.

EXPOSICION DE MOTIVOS

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula el derecho de cada niño a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le afecten y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tomen en cuenta en función de la edad y madurez del niño, para lo cual se le dará la oportunidad de ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante de un órgano apropiado.

El Comité de los derechos del niño sostiene que entre las condiciones imprescindibles para que se haga efectivo el derecho a ser oído, se encuentra en primer lugar la garantía que el Estado debe brindar a que la opinión del menor sea recabada y tenida en cuenta debidamente, para ello se debe evaluar la capacidad del niño para formarse opinión autónoma.

Una característica de este derecho, radica en que el niño puede o no ejercer su derecho a ser oído, dado que expresar su opinión o consentimiento es una opción y no una obligación.

En marzo del año 2006 como resultado del examen a los informes presentados por los estados partes en virtud del artículo 44° de la Convención sobre los derechos del niño, el Comité de los Derechos del Niño, mediante CRP-C-PER-CO-3, señaló que si bien el Gobierno Peruano había atendido algunos motivos de preocupación y recomendaciones formuladas, ha tratado de manera insuficiente y parcial temas relativos al respeto de las opiniones del niño, por tal motivo recomendó que se siga promoviendo, facilitando y aplicando ante las instancias judiciales y administrativas el principio del respeto de las opiniones del niño y su participación en todas las cuestiones que le afecten.

Actualmente en nuestra legislación tanto sustantiva como procesal, no existe norma que establezca que en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, se cautele el derecho a la identidad de un menor de edad, oyéndolo si presta su consentimiento, a diferencia de los procesos de tenencia donde se escucha la opinión del niño y se toma en cuenta la del adolescente, o en el proceso de adopción donde el adoptado debe prestar su asentimiento si es mayor de diez años.

Sin embargo no puede desconocerse que los niños se encuentran en desarrollo y que en primera instancia son sus padres o responsables legales quienes pueden representar sus derechos. Sin embargo conforme al artículo 5° de la Convención de los Derechos del Niño, esta representación debe ejercerse en consonancia con la evolución de sus facultades, lo que implica que tal ejercicio de autodeterminación sea progresivo, mediante un proceso de maduración y aprendizaje, desligado de la edad biológica como único parámetro, valorándose en cada caso dicha opinión teniendo en cuenta la edad, así como la individualidad psicológica, social y cultural de cada niño.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA LEGISLACION NACIONAL QUE SE PRETENDE MODIFICAR.-

Modificar el artículo 402 del Código Civil incorporando un párrafo más, para establecer la obligación de cautelar el derecho de los niños a ser oídos en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial.

ANALISIS COSTOS – BENEFICIO.-

El presente proyecto no genera ningún gasto al erario nacional ni costo negativo. Por el contrario permite reconocer un derecho que estaba ausente en el ordenamiento legal vigente, de garantizar el derecho de los niños a ser oídos en los procesos judiciales de filiación extramatrimonial, lo que beneficiará a este sector de la población, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y las observaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño.

BIBLIOGRAFÍA

1. **AGUILAR, B. (2012).** A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional referida a una declaración judicial de paternidad. En Gaceta Constitucional Nro. 57.
2. **ALEX PLACIDO (2008).** La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada.
3. **AZPIRI O, Jorge (2002)** Derecho de Familia, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires.
4. **BUSTAMANTE, E. (2012).** La prueba del ADN como concretización del derecho a la identidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Gaceta Constitucional. Nro. 52.
5. **BUSTAMANTE, E. (2003).** Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
6. **CÁRDENAS, L. (2013).** Paternidad del marido en discusión. En Dialogo con la Jurisprudencia Nro. 179.
7. **CORNEJO Chávez Héctor (1988)** Derecho Familiar Peruano, Gaceta Jurídica editores, Lima.
8. **CORNEJO Chávez Héctor (1985)** La Familia en la ley y en la realidad del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
9. **CHUNGA, F.G., Chunga C. & Chunga L. (2012).** Los derechos del niño, niña y adolescente. 1ª Ed, Lima: Grijley.
10. **CHUNGA LAMONJA FERMÍN. (2001)** Derecho de Menores, Editora Jurídica Grijler, Lima.
11. **DEL AGUILA, J. (2012).** Necesidad de actuación de la prueba de ADN: cuando la finalidad supera a las formas. En Gaceta Constitucional. Nro. 52.
12. **HINOSTROZA N. ALBERTO. (1999)** Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima.

13. **MALLQUI R. MAX Y MOHME THANO Z. ELOY. (2001)** Derecho de Familia, Editorial San Marcos, Lima.
14. **MELLA, A. (2013).** Derecho a la identidad prima sobre normas de paternidad matrimonial. En Dialogo con la Jurisprudencia. Nro. 179.
15. **PERALTA ANDIA, Javier Rolando (2002)** Derecho de Familia en el Código Civil, Editorial Idemsa, Tercera Edición, Lima.
16. **PLÁCIDO V. Alex (2002)** Manual del Derecho de Familia, Editorial, Gaceta Jurídica, Lima.
17. **PLÁCIDO, A. (2003).** Filiación y Patria Potestad en la doctrina y en la jurisprudencia. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
18. **PLÁCIDO, A. (2003).** Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
19. **SANTISTEVAN, J. (2003).** Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
20. **SIMÓN, P. (2013).** Paternidad ficticia vulnera verdadera identidad. En Dialogo con la Jurisprudencia Nro. 178.
21. **SIVERINO, P. (2013).** Derecho a la identidad y verdad biológica, una sintética visión desde el derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Dialogo con la Jurisprudencia Nro. 179.
22. **SUAREZ Franco Roberto (2001)** Derecho de Familia, Temis s.a. Editorial, Bogotá.
23. **VARSÍ, E. &SIVERINO P. (2003)** Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
24. **VARSÍ, E. (2012).** Jurisprudencia sobre Derecho de Familia. 1ª Ed, Lima: Gaceta Jurídica.
25. **VARSÍ, E. (2013).** Limitaciones a la Investigación de la Filiación. En Dialogo con la Jurisprudencia Nro. 178.

Universidad Católica de Santa María
Escuela de Post Grado
Maestría en Derecho de Familia



**CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA GARANTIZAR SU DERECHO A
LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL, AREQUIPA 2017**

Proyecto de tesis presentado por el bachiller:

Vásquez Rodríguez, Elio Duval

Para optar el grado académico de:

Maestro en Derecho de Familia

Asesor:

Fernández Dávila Mercado, Javier

AREQUIPA _ PERÚ

2017

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I.- PREAMBULO

La identidad personal es un derecho fundamental de nuestro sistema constitucional, por lo tanto es un derecho de los hijos conocer a sus padres. Pero es importante que en dicho conocimiento deba reflejarse el principio de protección especial de los niños y adolescentes o principio favor filii; como también el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables, que faculta al Estado la obligación de adoptar acciones para afianzar el vínculo filial.

Es así que esta nueva regulación sobre filiación debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica (favor veritatis) para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor (favor filii).¹⁷⁰

Según la Convención sobre los Derechos del Niños, toda persona tiene derecho a investigar quiénes son o fueron sus padres biológicos; a su vez, una vez determinada la paternidad o la maternidad, toda persona tiene derecho a preservar la identidad de sus relaciones familiares. Estos derechos del niño a conocer a los padres y a preservar la identidad de sus relaciones familiares constituyen las dos facetas de la identidad filiatoria.

¹⁷⁰ PLACIDO A. La evidencia biológica y la presunción de paternidad matrimonial: El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada. En Blog de Alex Plácido. 2008. (Consultado el 30-09-2017). Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido>.

Desde el punto de vista estático, la identidad filiatoria está constituida por el dato biológico: la procreación del hijo (artículo 7 de la Convención); mientras que, desde el punto de vista dinámico, la identidad filiatoria presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).¹⁷¹

De lo expuesto resulta de vital importancia la controversia de la paternidad extramatrimonial de un hijo de mujer casada, buscando una solución a la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la que se refleje la identidad personal del niño, a través del consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial.

Es innegable que el niño tiene un legítimo interés moral en conocer quiénes son sus padres, lo cual se encuentra amparado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Las actuales valoraciones jurídicas exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, excluyendo para ello de las circunstancias en las que se desarrolló el acto procreativo, primando para ello el interés superior del niño.

II.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO.

1.- PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

CONSENTIMIENTO DEL MENOR PARA GARANTIZAR SU
DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL EN LOS
PROCESOS DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL,
AREQUIPA 2017

¹⁷¹ Idem.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. ÁREA DEL CONOCIMIENTO

- ◆ **ÁREA :** Ciencias Jurídicas
- ◆ **CAMPO:** Derecho de Familia
- ◆ **LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:** La filiación y la identidad personal.

1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

a) Variable Uno:

Los procesos de filiación extramatrimonial.

b) Variable Dos:

El derecho a la identidad personal.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE UNO	INDICADOR	SUBINDICADOR
Los procesos de filiación extramatrimonial	<ul style="list-style-type: none"> - Situación - Finalidad - Requisitos - Tratamiento 	<ul style="list-style-type: none"> - Histórica - Jurídica - Constitucional - Civil - Sustantivos - Procesales - Nacional - Internacional

VARIABLE DOS	INDICADOR	SUBINDICADOR
<p>El derecho a la identidad personal</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Criterios - Situación - Finalidad - Naturaleza - Tratamiento - Aspectos 	<ul style="list-style-type: none"> - Normativos - Jurisprudenciales - Histórica - Jurídica - Constitucional - Civil - Sustantiva - Procesal - Nacional - Internacional - Normativos - Jurisprudenciales

1.2.3. INTERROGANTES BÁSICAS

- ¿Cuáles son los argumentos jurídicos que sustentan que el consentimiento del menor podrá garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial?
- ¿Cuáles son los criterios normativos que permiten acceder a un proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cuáles son los aspectos jurídicos que permiten garantizar el derecho a la identidad personal de un menor en el ordenamiento jurídico peruano?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

◆ **TIPO:**

- Por el objetivo: Aplicada
- Por el enfoque: Especializada
- Por la perspectiva temporal: Coyuntural
- Por las fuentes de información: Documental y de campo

◆ **NIVEL DE INVESTIGACIÓN:**

- Descriptiva - Comparativa

1.3.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La investigación es viable y útil, porque el estudio debe efectuarse para determinar la importancia de la opinión del menor en los procesos de filiación extramatrimonial que permitan garantizar su derecho a la identidad personal, toda vez que el Código Civil no permite que el menor de edad intervenga en dichos procesos, para poder verter su opinión si desea mantener su identidad personal, sin perjuicio de la declaración de filiación extramatrimonial.

La investigación es de relevancia jurídica y científica, porque de igual modo, la madre en representación de su hijo tampoco puede intervenir en los procesos de filiación para expresar dicha opinión, lo que significa falta de tutela jurisdiccional efectiva; es por ello que evaluándose el derecho a la identidad personal del menor, se deberá tener en cuenta en todo momento su opinión, a fin que dicho derecho no se vea afectado por dichos procesos, garantizándose plenamente su ejercicio, sin perjuicio de la verdad biológica que se pretende alcanzar.

2.- MARCO TEÓRICO

a. Presunción de Paternidad Matrimonial

Como principio rector de la filiación matrimonial, consagrado en el artículo 361 de nuestro Código, esta norma lo que busca es la determinación de una filiación constitutiva, una atribución de la paternidad ministerio legis o automática, también conocida como atribución de paternidad ope legis. Tiene como antecedente legislativo nacional la idéntica redacción del artículo 299 del Código Civil de 1936 y muy parecida, en sentido amplio y genérico, en el artículo 221 del Código de 1852 que fraseaba "Los hijos nacidos o concebido durante el matrimonio tienen por padre al marido". La filiación 'legítima' (como técnicamente aún se le sigue conociendo) se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que lo rodea a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. Desde mediados del siglo pasado ha habido un intenso movimiento favorable a la aproximación de las filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos, distanciándose de la situación de los progenitores para calificar la filiación.¹⁷²

El establecimiento de la paternidad matrimonial se apoya en el denominado período de la concepción y gestación que fue considerado primigeniamente en la Ley de las XII Tablas estableciendo lo siguiente: "4.- Una mujer conocida por su indiscutida honestidad dio a luz en el undécimo mes de la muerte de su marido; y se originó cuestión respecto de la concepción, que se reputó posterior a la muerte de aquél; pues los decenviros establecieron que los partos legales debían tener lugar dentro del décimo mes; no, del undécimo". De manera tal que, legalmente, la gestación tiene una duración mínima de 180 días y máxima de 300, mientras que la concepción se produce dentro de los primeros 121 días de los 300 anteriores al nacimiento (artículos 361, 363, incisos 1 y 2); el Código de Familia de Algeria de 1984

¹⁷² VARSÍ, E. y SIVERINO P. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. 1ª Ed. Lima: Gaceta Jurídica; 2003.

nos habla de un plazo mínimo de 6 y máximo de 10 meses de duración del embarazo.¹⁷³

b. La filiación

El término filiación nos conduce a la descendencia, al lazo existente entre padres e hijos, al menos es el concepto más difundido, sin embargo en un concepto más amplio y genérico, tendríamos que referirnos a los antepasados de una persona, y a sus descendientes. La filiación alude al hijo, y si a él sumamos la figura del padre, entonces estamos ante la relación paterno filial, o si se trata de la madre, materno filial.¹⁷⁴

La situación de los hijos no siempre ha recibido un trato igualitario, sus derechos estaban condicionados a que nazcan dentro de un matrimonio, pues si lo hacían fuera de él, entonces se encontraban en una situación de inferioridad y con derechos restringidos, respecto de aquellos que si habían nacido dentro de un matrimonio, a la par de la denominación de ilegítimos que se les dio, y que por cierto era muy peyorativa. En el Código Civil de 1936, se les clasificó en legítimos en tanto que habían nacido dentro de un matrimonio, e ilegítimos si el nacimiento se producía fuera del matrimonio; esta clasificación no sólo era de términos si no de derechos, por ejemplo, en sucesiones, el hijo ilegítimo heredaba la mitad de lo que le correspondía al legítimo (artículo 762). Con el Código Civil de 1984, se supera este trato discriminatorio en consonancia con el artículo 6 de la Constitución de 1979, vigente cuando se promulga el Código Civil de 1984, sin embargo se les separa según nazcan dentro de un matrimonio o fuera de él; hoy son matrimoniales o extramatrimoniales pero con iguales derechos.¹⁷⁵

¹⁷³ *Ibíd*em

¹⁷⁴ <http://www.monografias.com/trabajos93/impugnacion-paternidad/impugnacion-paternidad.shtml>

¹⁷⁵ <http://www.monografias.com/trabajos93/impugnacion-paternidad/impugnacion-paternidad.shtml>

La nueva Constitución de 1993 (ya antes lo había recogido la Constitución de 1979) en su artículo 6, recoge la igualdad de los hijos, prohibiendo toda mención sobre el estado civil de los padres, y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, sin embargo esta igualdad de los hijos, no significa suprimir la descripción que se hace de ellos según su nacimiento, dentro de un matrimonio o fuera de él, y no significa ello, por cuanto el ejercicio de los derechos de las diferentes instituciones familiares, se basan en criterios dispares para unos y otros, basados en la situación de hecho en que se encuentran los hijos, así el ejercicio de la patria potestad respecto de hijos matrimoniales no es igual a la de los extramatrimoniales, en el primer caso, los dos padres ejercen de consuno el ejercicio de esta institución familiar, y en el segundo, existen criterios para otorgar a uno u otro el ejercicio (reconocimiento, edad, sexo entre otros), como tampoco lo es en la autorización para matrimonios de menores, (en el caso de los matrimoniales ambos padres deben autorizar y en el caso de los extramatrimoniales basta el padre o madre que los haya reconocido), ni lo es, para la designación de tutores, (en el caso de los matrimoniales no se requiere confirmación judicial, lo cual si es necesario tratándose de los extramatrimoniales); por lo tanto es necesario saber la condición de hijos, los matrimoniales cuando nacen de padres casados, y los extramatrimoniales cuando nacen de padres no casados, entendiéndose que la división de los hijos no califica sino describe la situación de ellos.¹⁷⁶

c. Filiación matrimonial

En doctrina es común definir a la filiación matrimonial refiriéndola al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de sus padres, sin embargo el concepto termina siendo impreciso, pues hay dos momentos distanciados en el tiempo, la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no necesariamente ocurran en el matrimonio, y así puede ser concebido

¹⁷⁶ <http://www.monografias.com/trabajos93/impugnacion-paternidad/impugnacion-paternidad.shtml>

antes del matrimonio y nazca dentro de él, o concebido en el matrimonio y nazca después de la disolución o anulación de éste; entonces, es necesario saber si por tenido ha de entenderse al concebido o alumbrado, y por último, que el hecho de que una mujer casada conciba y o alumbre un hijo, no significa necesariamente que el padre de éste sea el marido de aquella.¹⁷⁷

d. Filiación extramatrimonial

Cuando hablamos de filiación extramatrimonial, nos referimos al reconocimiento voluntario o declaración judicial de la paternidad del hijo concebido o nacido fuera de matrimonio (y también en ausencia del mismo como el concubinato). Nuestra Constitución Política expresamente señala la igualdad entre todos los hijos (artículo 6°), es decir, una vez reconocidos todos tienen los mismos derechos.

El reconocimiento o la resolución judicial de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial y se inscribe en el Acta de Nacimiento de los hijos -antes llamada Partida de Nacimiento-. RENIEC señala que mediante la inscripción de nacimiento ordinaria se inscribe el nacimiento de los nacidos dentro del territorio, así como para los hijos de peruanos nacidos en el territorio extranjero, dentro de los sesenta días calendarios siguientes a la ocurrencia del hecho. Los requisitos son (i) certificado del nacido vivo en original, firmado y sellado por profesional competente o constancia otorgada por persona autorizada por el MINSA de haber atendido o constatado el parto; (ii) exhibición del D.N.I. del (los) declarantes o en caso ser extranjeros, carné de extranjería, pasaporte o cédula de identidad.

En caso del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, el padre o la madre declarante puede revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera

¹⁷⁷ <http://www.monografias.com/trabajos93/impugnacion-paternidad/impugnacion-paternidad.shtml>

tenido. Así, el hijo llevará el apellido del padre o la madre que lo hubiera inscrito y el del presunto progenitor. En este supuesto no se establece un vínculo de filiación pero se protege la identidad del menor. RENIEC tendrá un plazo de 30 días hábiles para poner en conocimiento del hecho al presunto progenitor mediante una notificación.

La inscripción extemporánea de nacimiento de menor o mayor de edad, procede cuando no se efectuó dentro del plazo de la inscripción ordinaria. En el caso de los mayores de edad, los padres que intervengan en la inscripción deben estar debidamente autorizados por titular. La inscripción extemporánea de nacimiento, tiene como requisitos:

- El certificado de nacimiento vivo o partida de bautismo o certificado de matrícula escolar.
- La exhibición del D.N.I. de los padres o en caso ser extranjeros, carné de extranjería, pasaporte o cédula de identidad.

e. Proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial

Como hemos mencionado, aunque el menor pudo haber sido inscrito con el apellido de su madre o padre presunto, mientras no haya un reconocimiento voluntario o declaración judicial de paternidad o maternidad por resolución judicial, no se forma el vínculo paterno filial.

Si bien el reconocimiento o declaración judicial de paternidad es indispensable para la solicitud del derecho a alimentos por los hijos, la ley permite acumular al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

Al referirnos al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, debemos tener en cuenta lo señalado por la Ley N° 28457 – Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. (Modificada

sucesivamente por las Leyes N° 29717, 29821 y 30628). Las cuestiones más relevantes son las siguientes:

- El Juez de Paz Letrado es competente para conocer de este proceso.
- A este proceso se le puede acumular como pretensión accesoria la fijación de una pensión alimentaria, en atención al interés superior del niño.
- El demandado tiene un plazo de diez días luego de la notificación para oponerse a la demanda, caso contrario, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y además el juez dictará sentencia pronunciándose sobre la pensión de alimentos.
- La oposición no genera declaración judicial de paternidad, siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica de ADN. El Juzgado señalará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.
- No obstante, el costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba
- En la audiencia se llevara a cabo la toma de muestras para la prueba biológica de ADN, extrayéndolas al padre, la madre y al hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado si fuere el caso.
- Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.
- El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente.

- Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.
- El demandado podrá allanarse a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.

Dos resultados pueden ocurrir en este proceso, derivados de la actuación de la prueba de ADN:

- Si la prueba produjera un resultado negativo, el juez declarará fundada la oposición y dictará sentencia declarando infundada la pretensión de alimentos, *condenando a la parte demandante el pago de las costas y costos del proceso.*
- Si la prueba produjera un resultado positivo, el juez declarará infundada la oposición, declarándose la paternidad. En esta misma resolución, se dictará además, sentencia respecto a la pretensión de alimentos, *condenando al demandado el pago de costas y costos del proceso.*

Hasta el año 2011, nuestra legislación expresamente señalaba que el costo era asumido por la parte demandante. No obstante, en atención a la casuística que denotaba la dificultad de las madres -en su mayoría- por soportar dicho costo, la norma fue modificada y desde entonces el costo lo asume la parte demandada en esta etapa del proceso, siendo desde el 2017 facultad de la parte demandante asumirlos si así lo desea.

Ahora bien, una vez obtenida la sentencia favorable para el hijo, en el Registro del Estado Civil se inscriben las sentencias de filiación. Dicha sentencia con la declaratoria de paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva Acta de Nacimiento. Los requisitos son: (i) Solicitud suscrita con carácter de Declaración Jurada, (ii) Oficio y parte con resolución judicial

consentida o ejecutoriada que corresponda, (iii) Exhibición del D.N.I. del solicitante.

Como vemos, la importancia de la filiación va más allá de tan solo poseer un apellido paterno, efectuar un reconocimiento o alcanzar una declaración judicial de paternidad. Es decir, si bien se materializa en un derecho a la identidad del hijo, es más importante por las consecuencias jurídicas que como hijo reconocido o declarado judicialmente se alcanza (derecho alimentario, derecho sucesorio, etc.).

f. Evolución del proceso de filiación extramatrimonial

Originalmente, de acuerdo con el artículo 475 del Código Procesal Civil, una demanda de filiación extramatrimonial debía tramitarse como un proceso de conocimiento, una vía reservada para los procesos de gran complejidad, considerado así este por las dificultades probatorias que implicaba.

Y es que en 1993, año en que se dictó el Código Procesal Civil vigente, no se tomaron en cuenta los últimos avances científicos, como los exámenes de ADN, para probar la filiación extramatrimonial. Ello sucedería recién en 1999, mediante la dación de la Ley 27048, cuya discusión se centró en el consenso científico en torno a la contundencia de la prueba de ADN.

Dada la irrefutable certeza que los resultados de dicha prueba pueden generarle a la judicatura sobre la paternidad demandada, sumada a la necesidad de cautelar el interés superior del niño, niña o adolescente, se hizo inútil seguir reservando para las demandas de filiación extramatrimonial la vía del conocimiento, cuyos plazos dilatados y altos costos, desincentivaban a las litigantes, ora de iniciar el proceso ora de culminarlo. De allí que se postulara la creación de un proceso especial para tramitar estas pretensiones.

Fue el 2005, a través de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que se estableció el denominado proceso especial de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.¹⁷⁸ Así pues, se estableció que la demanda debe ser presentada ante el Juzgado de Paz Letrado, quien de inmediato expediría una resolución declarando la paternidad. El emplazado podría, en el plazo de 10 días, formular oposición a dicha resolución judicial, en caso de no hacerlo, se emitiría la declaración judicial firme de paternidad. La oposición obligaba a la realización de la prueba de ADN. Se disponía de tres días para apelar ante el juzgado especializado de familia.

Como se ve, este nuevo proceso acababa con las tachas a las pruebas, excepciones, contestación de demanda, con la negativa para no someterse a la prueba, apercibimientos, alegatos, informes orales, incluso no procedería la casación (al iniciar el proceso ante Juez de Paz Letrado y concluir ante el Juzgado Especializado).¹⁷⁹

Es preciso señalar que esta Ley, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, dejando de lado el de la maternidad o de la filiación.¹⁸⁰ Además, exige que para la realización de la prueba científica se tomen muestras de la madre, padre e hijo, lo que impedía que proceda cuando faltaba uno de ellos. Por otro lado, el costo de la prueba de ADN debía ser sufragado por la parte demandante.

¹⁷⁸ Dictamen emitido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2004, recaído en los proyectos de ley 60/2001, 159/2001, 3618/2002, 4866-2002, 5099-2002, 5781/2002, 7471/2002, 8408/2003, 8837/2003, 9844/2003, 10312/2003, 10455/2003, 10919/2003, 10772/2003 y 11536/2004, estos últimos basados en los acuerdos adoptados por la Comisión Especial para la Reforma integral de la Administración de Justicia – Ceriajus

¹⁷⁹ VARSÍ E. Ob. Cit.

¹⁸⁰ *Ibíd*em

Posteriormente esta norma fue modificada por la Ley N° 29715, luego por la Ley N° 29821 y finalmente por la Ley N° 30628, publicada en agosto del 2017, estableciéndose que a la pretensión de declaración de paternidad podía acumularse de manera accesorio, la de pensión alimentaria. El emplazado tendría ahora diez días no solo para oponerse a la declaración de filiación sino también para absolver el traslado de la pretensión de alimentos. Instituyó, para los casos en que el demandado presente oposición, una audiencia única, en la que se tomarán las muestras para la prueba de ADN y se conducirá la audiencia conforme con el artículo 555 de Código Procesal Civil (saneamiento del proceso, fijación de los puntos controvertidos, etc.); además se incorporó la posibilidad que el demandado se allane a la demanda y que la demandante pueda asumir si así lo quería el costo de la prueba de ADN.

g. El derecho a la identidad

La identidad del ser humano presupone un complejo de elementos vinculados entre sí, de los cuales algunos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico, o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea cultural, ideológica, los que perfilan el ser “uno mismo”. La identidad constituye la experiencia que hace posible que una persona pueda decir “yo” al referirse a „un centro organizador activo de la estructura de todas mis actitudes reales y potenciales”, la que se va forjando en el tiempo.¹⁸¹ Identidad es la calidad de lo idéntico, la relación entre cosas idénticas y la circunstancia de ser efectivamente la persona que se dice ser; lo que está en juego en la constitución de la identidad es una diferenciación ante un diferente.¹⁸²

¹⁸¹ FERNÁNDEZ C. Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual. JA; 1999. Pág. 889.

¹⁸² LAMAS M. Cuerpo e identidad en Género e Identidad. Comp. Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá: TM editores; 1995. Pág.63

Por este motivo se ha dicho que el derecho a la identidad es el derecho a ser quien se es, es un derecho a la propia biografía.¹⁸³ Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es, porque así como toda la vida del ser humano está dirigida a autoconstruirse, configurando en el proceso una identidad, no es una identidad a puertas cerradas, así como la libertad de pensamiento, perdería su sentido de quedar limitada al fuero íntimo. Porque la existencia es además co-existencia, es ser-en-sí, ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo.

Tal como señala De Cupis, “la identidad personal, cabe decir el ser en sí mismo con los propios caracteres y acciones, constituyendo la misma verdad de la persona, no puede en sí y de por sí ser destruida, porque la verdad, por ser la verdad, no puede ser eliminada” Ser sí mismo significa serlo también aparentemente, también en el conocimiento y opinión de los demás; significa serlo socialmente”.¹⁸⁴ Por eso entendemos que el derecho a la identidad es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Como se señalaba, el elemento esencial de la identidad es la autoconstrucción; la identidad emana, es conformada por las características de una persona, todas y cada una de ellas no como una simple sumatoria, sino como un todo inseparable que da vida al individuo, lo hace visible, real y lo integra al mundo. Nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, trabajo que ocupa toda la vida. Esto excluye la posibilidad que una identidad pueda forzarse o imponerse, ya que al reflejar un proceso „interno” aquello que no emane del propio individuo no formará parte de él y será la exclusión de lo que el sujeto considera extraño a sí lo que delimitará su identidad. Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal,

¹⁸³ FIGUEROA Y. Información genética y derecho a la identidad personal. en Bioética y Genética. BERGEL- CANTÚ Coord. Bs As. Argentina: 2000.

¹⁸⁴ DE CUPIS A. Diritti de la personalità. T II 2ª ed. Milano: Giuffré; 1982. Pág. 3

de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales.

En este sentido, ilustra con claridad el rango primerísimo del derecho a la identidad el tratamiento expreso que el mismo recibe en la Convención Europea sobre Bioética y Derechos Humanos; el Convenio en su art 1° obliga a los estados partes a proteger la dignidad e identidad de todo ser humano. El recordado profesor Germán Bidart Campos manifiesta “que es elocuente esta asociación entre dignidad e identidad para que el bienestar no configure una teorización abstracta sino que se dirija bien concretamente a su particularización en cada ser humano en cada circunstancia en que él se encuentre, conforme a lo que su dignidad y su identidad requiere para ese caso en las circunstancias propias”.¹⁸⁵

h. Aspectos del derecho a la identidad

Señala Fernández Sessarego que, desde su desarrollo jurisprudencial y doctrinario especialmente en Italia, el derecho a la identidad, pese a ser una realidad unitaria, ha distinguido dos vertientes: dinámica y estática. El aspecto estático tiene que ver con los signos distintivos y la condición legal o registral del sujeto, que son los primeros que se hacen visibles a la percepción (nombre, pseudónimo, imagen, características físicas) y el dinámico, que es definido como el conjunto de características y rasgos de índole cultural, moral, psicológica de la persona, su vertiente y patrimonio espiritual,¹⁸⁶ su “personalidad”. Si bien coincido con reconocer las bondades de dicha clasificación, me permito aquí anotar cómo existen hoy algunos elementos que convendría tomar en cuenta para, por lo menos, analizar la

¹⁸⁵ BIDART G. Por un derecho al bienestar de la persona. IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética, Bs As: Mar del Plata Suarez; 1998. Pág.3.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ S. Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima; 1990. Pág.220.

conveniencia de seguir utilizando las categorías antes mencionadas sin siquiera pensar en eventualmente introducir algún matiz al respecto.¹⁸⁷

En esta línea de pensamiento habría que considerar en primer lugar que según el Diccionario de la Real Academia Española, “estático” refiere a (lo) “que permanece en un mismo estado sin mudanza de él”. Desde este entendimiento, sería factible cuestionar si el aspecto llamado „estático” es tal, dado que la imagen, características físicas, pseudónimo, estado civil, son esencial y fácilmente variables y si en cambio no sería posible atribuir este carácter „estático” a los signos visibles elegidos para „identificar”, esta última actividad de suyo, estática o mejor dicho, estatificante, como veremos más adelante. La discusión no es banal. Sentencias judiciales denegatorias del reconocimiento del derecho a la identidad y la adecuación de nombre y sexo de personas transexuales se han basado en el carácter „estático” de ciertos aspectos de la identidad.

Ya desde otro ángulo de análisis, vemos que el derecho a la identidad personal se nos presenta en al menos dos facetas, una interna (ser-para-si) y otra externa (ser-en-los-otros y ser-en-el-mundo). En modo muy sintético y sin pretender en modo alguno agotar los ribetes del debate sobre el tema, podemos concluir que la identidad implica ser sí mismo y no otro. Esta faceta interna se manifiesta en vivencias y conductas humanas. La faceta „externa” involucra la dimensión coexistencial del ser humano, en la que el cuerpo, que es quien soy y desde donde soy, ocupa un primerísimo lugar. La coexistencia implica intersubjetividad y heteroconstrucción. Dentro de esta faceta ubicamos al proceso de identificación.”

Y es en orden a la heteroconstrucción donde cobra vital importancia distinguir entre identidad e identificación, entendiendo a esta última como un proceso específico, participante de la faceta externa de la identidad y evitando así reducir la noción de „identidad” a la de „identificación”. Creemos

¹⁸⁷ SIVERINO B. Ob. Cit. Pág 57-81

que es útil delimitar con la mayor precisión posible la noción de „identificación“, y que es factible preguntarse si es exacta la asimilación de ésta a faceta llamada “estática” de la identidad, y si en cambio no tendría un carácter distinto y un grado de tutela y flexibilidad diverso a la identidad propiamente dicha. Es preciso aclarar que a los efectos de esta exposición consideraremos el término “identificación” en relación con la función de tutela del interés público, sin entrar en el examen de los procesos identificatorios de conformación de la psiquis.¹⁸⁸

i. El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico peruano

En la Constitución del Perú el derecho a la identidad está plasmado en el artículo 2 inciso 1 en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: inciso 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...” y explicitado en uno de sus aspectos en el inciso 19 “Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.”¹⁸⁹

Es en el Código de los Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más extenso de la norma sobre derecho a la identidad, en su artículo 6 “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación

¹⁸⁸ LAMAS Marta “Cuerpo e identidad” en Género e Identidad ARAGON, LEON, VIVEROS, Comp. TM editores, Uniandes, UN Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá, 1995.

¹⁸⁹ SIVERINO P. El derecho a La identidad personal, manifestaciones y perspectivas” en AAVV, Los derechos fundamentales. Estudio de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho. Lima: Gaceta Jurídica; 2010. Pág. 57-81

del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos. Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes, o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación”. A su vez, el artículo 7 trata sobre la inscripción en el Registro del Estado Civil.

Ahora bien, a pesar de la amplia fórmula mediante la cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, podría discutirse si es que actualmente en el ordenamiento jurídico peruano viene otorgándose una protección procesal suficiente a ese derecho. Así las cosas, el Código Procesal Constitucional contempla en su artículo 25 que “procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos, que enunciativamente, confirman la libertad individual: el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República”. Aquí vemos como se busca garantizar mediante un trámite sumarísimo un aspecto que se desprende del derecho a la identidad vinculado más bien a la identificación.

Por otro lado, frente a los otros aspectos del derecho a la identidad, lamentablemente no encontramos mayores precisiones específicas al respecto. Es más, el derecho a la identidad no se incluye en el artículo 37 que trata sobre los derechos pasibles de protección mediante amparo. Y si bien el inciso 25 de este artículo contiene una fórmula residual que permitiría su reclamo mediante el proceso de amparo, estaría por verse si los magistrados aceptarían esta vía procesal o denegarían el amparo por entender que está disponible una vía igualmente satisfactoria (por ejemplo, lo regulado en el Código Procesal Civil, artículo 826 y concordantes, que

permite la rectificación del nombre y el sexo registral, vía proceso no contencioso) para proteger al derecho a la identidad.

j. Los componentes del derecho a la identidad

El derecho a la identidad es un derecho complejo, que se configura a través de componentes estáticos y dinámicos que interactúan entre sí y que ante la ausencia de uno de ellos generan una situación de desprotección del derecho. Dentro del componente dinámico encontramos a la identidad de género, identidad que busca reconocer la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.¹⁹⁰

Este concepto de identidad de género tiene reconocimiento y protección en ámbitos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tutela que se fundamenta en el principio de dignidad humana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso del Perú, si un ciudadano quiere ejercer su derecho a la identidad y busca que se reconozca su identidad de género, tendrá que enfrentarse ante un proceso judicial que solo tutelaré la posibilidad del cambio de nombre. Se puede resolver esta situación de vulnerabilidad a través del diseño de un procedimiento administrativo simple, que parte de una ley que reconoce la identidad de género. Es necesario que en el Perú se planteen propuestas de esta naturaleza, para limitar la situación de vulnerabilidad y de discriminación en el ejercicio del derecho a la identidad.

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

En cuanto a libros después de haber revisado el catálogo de libros de la Biblioteca Nacional, tal búsqueda se ha realizado en la página web de tal

¹⁹⁰ GRÁNDEZ MARIÑO A. El derecho a la identidad de los ciudadanos.

institución (www.bnp.gob.pe/portals/bnp), por la que se tiene que no existen libros referentes al tema de investigación. También se realizó la búsqueda en el catálogo de Tesis de la Asamblea Nacional de Rectores, (www.anr.edu.pe.catalogodetesis) se han encontrado lo siguientes trabajos vinculados al propuesto:

- a) **VILLANUEVA SALVATIERRA, SUSAN HELEN.** La incorporación del consentimiento del hijo en el reconocimiento de su filiación extramatrimonial como mecanismo de protección de su derecho al nombre. Tesis de maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2015.
- b) **TUESTA VASQUEZ, FATIMA SULEY.** Responsabilidad civil derivada de la negación del reconocimiento de la paternidad extramatrimonial. Tesis de pregrado. Universidad Autónoma del Perú. Lima 2016
- c) **LIMAYLLA GARCIA, STEPHANIE XIOMY; OSORIO DIAZ, ROSA ANGELICA,** La Responsabilidad Civil sobre Filiación Extramatrimonial y el Transcurso del Tiempo en la Acción Indemnizatoria Impulsada por los Reconocidos Judicialmente. Tesis de pregrado. Universidad Peruana Los Andes. Huancayo 2016
- d) **RUÍZ PEREDA, DENNIS AURA CECILIA; VIZCONDE CIPRIANO, HARISH.** Derecho a la identidad como objeto de protección de la ley N° 28457 que regula el proceso de la filiación judicial de la paternidad extramatrimonial. Tesis de pregrado. Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo 2017

4.- OBJETIVOS

- Identificar y analizar cuáles son los argumentos jurídicos que sustentan que el consentimiento del menor podrá garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial.
- Precisar y analizar cuáles son los criterios normativos que permiten acceder a un proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento jurídico peruano.
- Señalar y analizar cuáles son los aspectos jurídicos que permiten garantizar el derecho a la identidad personal de un menor en el ordenamiento jurídico peruano.

5.- HIPÓTESIS

DADO QUE: La constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto el derecho a un nombre, como conocer a sus padres y conservar su apellidos, asimismo tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.

POR LO QUE ES PROBABLE: Que sea necesario el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial para que permita garantizar su derecho a la identidad personal, sin perjuicio de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, por lo que se hace necesario realizar cambios normativos que ayuden a mejorar dicha problemática.

II.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

Tanto para la variable uno como la dos; se empleará las siguientes técnicas e instrumentos:

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

VARIABLES	INDICADOR	SUBINDICADOR	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
<p>UNO</p> <p>Los procesos de filiación extramatrimonial</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Situación - Finalidad - Requisitos - Tratamiento 	<ul style="list-style-type: none"> - Histórica - Jurídica - Constitucional - Civil - Sustantivos - Procesales - Nacional - Internacional 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Revisión documental - Encuesta 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Cédula de preguntas

	<ul style="list-style-type: none"> - Criterios 	<ul style="list-style-type: none"> - Normativos - Jurisprudenciales 		
<p>DOS El derecho a la identidad personal</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Situación - Finalidad - Naturaleza - Tratamiento - Aspectos 	<ul style="list-style-type: none"> - Histórica - Jurídica - Constitucional - Civil - Sustantiva - Procesal - Nacional - Internacional - Normativos - Jurisprudenciales 	<ul style="list-style-type: none"> - Observación documental - Revisión documental - Encuesta 	<ul style="list-style-type: none"> - Ficha bibliográfica - Ficha documental - Cédula de preguntas

2.- PROTOTIPO DE INSTRUMENTOS.

a) FICHA BIBLIOGRÁFICA.-

NOMBRE DE AUTOR:

TÍTULO DEL LIBRO:

EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:

NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:

CÓDIGO:

b) FICHA DOCUMENTAL.-

NOMBRE DE AUTOR:

INDICADOR:

TÍTULO:

IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:

FECHA:

COMENTARIO o CITA:

LOCALIZACIÓN:

c) CÉDULA DE PREGUNTAS.-

1. ¿Considera Usted que los menores de edad gozan de plena satisfacción de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

2. ¿Considera Usted que los menores de edad deben hacer uso de su derecho a ser oídos en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

3. ¿Considera Usted que los menores de edad tienen capacidad para el ejercicio de sus derechos en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

4. ¿Considera Usted que los menores de edad deben dar consentimiento para ser reconocidos en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI ()

NO ()

¿Por qué? _____

5. ¿Considera Usted que se debe regular en nuestro ordenamiento el consentimiento del menor en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

6. ¿Considera Usted que evaluar el consentimiento del menor protegería su identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

7. ¿Considera Usted que el consentimiento del menor garantiza el interés superior del niño en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

8. ¿Considera Usted que el consentimiento del menor permite desarrollar su autonomía progresiva en los procesos de filiación extramatrimonial?

SI () NO ()

¿Por qué? _____

3.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.

3.1. UBICACIÓN ESPACIAL.-

Los Magistrados y abogados en la especialidad del derecho de familia de la ciudad de Arequipa.

3.2. UBICACIÓN TEMPORAL.-

La presente investigación abarca desde el mes de mayo a diciembre del año 2017.

3.3. UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA.-

Para la investigación documental las unidades de estudio se encuentran constituidas por los dispositivos legales en materia constitucional y de familia que contemplan el proceso de filiación extramatrimonial y el derecho a la identidad personal como son la Constitución Política, el Código Civil, y doctrina en general.

Para la investigación de campo, consideramos como muestra de estudio los Magistrados y abogados en la especialidad del derecho de familia de la ciudad de Arequipa quienes opinaran sobre los argumentos jurídicos que pueden sustentar el consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial durante los meses de enero a diciembre del año 2017, que suman un total de 120 personas (número estimado) y en vista que el universo no es muy numeroso, se tomará todo el universo considerado en su conjunto, los cuales se encuentran distribuidos de la siguiente manera:

UNIDADES DE ESTUDIO	MUESTREO
Magistrados del Ministerio Público	20
Magistrados del Poder Judicial	20
Abogados litigantes	80
TOTAL	120

3.4. CRITERIOS DE INCLUSIÓN.-

Para la selección de las personas a encuestar se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

- Entre las edades de 25 a 50 años
- Del sexo femenino y masculino indistintamente
- Con trabajo eventual o permanente
- En ejercicio de la profesión
- Con conocimiento acerca del tema

4.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de un colaborador estudiante del último año del programa de Derecho, en cuanto a lo parte documental y material de la investigación se tomará información de las bibliotecas de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Nacional de San Agustín, del Colegio de Abogados de Arequipa y otras bibliotecas especializadas así como la que se obtenga vía INTERNET.

La información de campo de los Magistrados, Fiscales y abogados en la especialidad del derecho de familia de la ciudad de Arequipa quienes opinaran sobre los argumentos jurídicos que pueden sustentar el consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial durante los meses de enero a diciembre del año 2017, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, libreta de apuntes y como instrumento de campo la encuesta realizada a dichas personas donde se consignarán los datos.

