



**Universidad
Andina
del Cusco**

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO

***TRATAMIENTO DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE
FILIACIÓN EN EL PERÚ PARA SALVAGUARDAR EL PRINCIPIO DEL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO***

TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO
DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADO POR: MG. MARILIANA
CORNEJO SANCHEZ

ASESOR: DR. JOSÉ HILDEBRANDO DÍAZ
TORRES

CUSCO – PERÚ

2022



DEDICATORIA

A todos los niños que tienen la incertidumbre de su filiación y en el momento de precisarlo o expresarlo, muchas veces no son fidedignamente percibidos.

A Juvenal, mi gran soporte.



AGRADECIMIENTO

Agradezco, infinitamente a la Universidad, por darme la oportunidad de continuar estudiando, no obstante, los obstáculos de la pandemia logramos concluir.

Gracias



RESUMEN

La identidad de las personas es indudablemente un derecho que es considerado fundamental en muchas legislaciones, en el Perú este derecho se halla consignado en el artículo 2° de nuestra Constitución. El presente estudio ha tenido como objetivo analizar el tratamiento de la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú y cómo dicho tratamiento salvaguarda el principio del interés superior del niño. El estudio es de carácter dogmático exploratorio y para tal fin se analizó el marco normativo y el tratamiento jurisprudencial, especialmente el constitucional, determinándose que hay una posición firme entre los magistrados para reconocer la identidad dinámica cuando se trata de preservar el interés superior del niño que ha adquirido una identificación vivencial con la familia no biológica y en el eventual caso de su desarraigo por querer hacer prevalecer la identidad biológica afectaría gravemente el desarrollo emocional y vivencial del niño. También se ha analizado la posición que al respecto asumen algunos países en su respectivo marco jurídico y jurisprudencial encontrándose que en ellos prevalece la defensa de la identidad dinámica cuando se trata de salvaguardar el interés superior del niño, culminándose con una propuesta legislativa para modificar el artículo 363 del Código Civil.

Palabras clave: Identidad dinámica, identidad biológica, principio del interés superior del niño.



ABASTRAC

The identity of the people is certainly a right that is considered fundamental in many legislations, in Peru this right is consigned in article 2 of our Constitution. This study has as objective to analyze the treatment of dynamic identity in filiation processes in Peru and how the mentioned treatment safeguards the principle of the best interest of the child. The study is of exploratory dogmatic nature and for this purpose the normative framework and the jurisprudential treatment were analyzed, especially the constitutional one, determining that there is a firm position among the magistrates to recognize the dynamic identity when it comes to preserving the best interests of the child who he has acquired an experiential identification with the non-biological family and in the event of his being uprooted for wanting to make the biological identity prevail, it would seriously affect the emotional and experiential development of the child. The position assumed by some countries in their respective legal and jurisprudential framework has also been analyzed, concluding that the defense of dynamic identity prevails when it comes to safeguarding the best interests of the child, culminating in a legislative proposal to modify the article 363 of the Civil Code.

Keywords: Dynamic identity, biological identity, principle of the best interest of the child.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
ÍNDICE GENERAL	vi
CAPITULO I	1
1 EL PROBLEMA Y EL MÉTODO	1
1.1 Planteamiento del problema	1
1.2 Formulación del problema	4
1.2.1 Problema general	4
1.2.2 Problemas específicos	4
1.3 Objetivos de la investigación	5
1.3.1 Objetivo General	5
1.3.2 Objetivos Específicos	5
1.4 Justificación de la investigación	6
1.5 Metodología aplicada al estudio	8
1.5.1 Enfoque de la investigación	8
1.5.2 Tipo de investigación jurídica	8
1.6 Unidad de análisis temático	9
1.7 Técnicas e instrumentos de recolección de información	9
1.8 Hipótesis de trabajo	9
1.9 Categorías de estudio	10
CAPITULO II	11
2 DESARROLLO TEMATICO	11
SUBCAPITULO I	11
2.1 EL PROCESO DE FILIACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO	11
2.1.1 Concepto Filiación	11
2.1.2 Procreación y Filiación	13
2.1.3 Orientaciones básicas de la Reforma	14
2.1.4 Determinación de la Filiación	17
2.1.5 Filiación Matrimonial	19
2.1.6 La Filiación y el Derecho a la Identidad	23



2.1.7	La Impugnación del reconocimiento de la paternidad y el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes	26
SUBCAPITULO II		37
2.2	LA IDENTIDAD DINÁMICA	37
2.2.1	Antecedentes	37
2.2.2	Un principio en tensión	40
2.2.3	Identidad Dinámica y Estática	49
2.2.4	Relación entre filiación e identidad.....	59
2.2.5	La determinación de la filiación y la identidad personal.....	60
2.2.6	Estado de familia.....	61
SUBCAPÍTULO III.....		63
2.3	EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO.....	63
2.3.1	Concepto del Principio del Interés Superior del Niño.....	63
2.3.2	Relación de la identidad dinámica con el Interés Superior del Niño	67
2.3.3	El principio de protección especial del Niño	68
2.3.4	La Función Tuitiva del Juez de Familia en los procesos de familia en el marco del Estado Constitucional (Tercer Pleno Casatorio Civil)	70
CAPITULO III.....		73
3	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	73
3.1	Principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú.....	73
3.1.1	Concepto de acciones o pretensiones de filiación	74
3.1.2	Principios y características.....	75
3.1.3	Eficacia de las acciones de filiación en su realización	78
3.1.4	Clases de acciones de estado filial	78
3.2	Tratamiento de la identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y los procesos de filiación en el Perú	81
3.3	La identidad dinámica y su tratamiento en la jurisprudencia y derecho comparado	85
3.4	El derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial desde la perspectiva de la doctrina jurídica	93
3.5	Jurisprudencia Constitucional en favor del interés superior del niño	95
3.6	Consideración que debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad.....	98
3.7	Tratamiento de la identidad dinámica en los procesos de filiación para salvaguardar el principio del interés superior del niño	100



3.8 Propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú	126
CONCLUSIONES	131
RECOMENDACIONES	134
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	135
ANEXOS	139



CAPITULO I

1 EL PROBLEMA Y EL MÉTODO

1.1 Planteamiento del problema

La identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, se define a la identidad como: “Filiación, y señas personales”, entre otros. En el mismo, se incluye la conceptualización en Derecho de la ‘Individualización humana’: “Identidad es el hecho comprobado de ser una persona o cosa, la supuesta o buscada; constituye la determinación de la personalidad individual a los efectos de las relaciones jurídicas, de gran importancia con respecto a los hijos naturales y demás ilegítimos”. (Cabanellas, 1976, p.34)

Generalmente en la doctrina jurídica se considera el derecho a la identidad como un derecho humano y por tanto un derecho universal e inalienable, lo cual es uno de los requisitos previos para su desarrollo y tutela. El libre desarrollo de la personalidad humana, puede verse perjudicado si el Estado u otros no reconocen este derecho. En tal sentido, la identidad es reconocida como un elemento esencial de la naturaleza humana, es lo que permite a las personas reconocer su existencia individual en tres aspectos: individuo, familia y sociedad. La filiación es una relación natural y jurídica que se establece entre padres e hijos, de la que surgen una serie de derechos y obligaciones, tales como el apellido, la



nacionalidad, los alimentos, la posesión y tutela, la paternidad, la maternidad, la herencia y otros derechos.

La filiación, entre padres e hijos, puede derivarse naturalmente del hecho biológico o cuando se ha engendrado una nueva vida mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La filiación se determina por inscripción en el registro del estado civil, sentencia judicial, por su reconocimiento ante el encargado del registro del estado civil por testamento. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada con la resolución n° 25278, reconoce el derecho de los niños a conocer a sus padres y tenerlos a su cargo, significa que nuestro ordenamiento jurídico debe reconocer el derecho de toda persona a que se le solicite definir su relación u objetar su derecho que, en cualquier tiempo, sobre la base de la evidencia de un vínculo biológico entre un padre y un hijo o hija

En la práctica judicial referida a procesos judiciales de filiación se presentan casos en los cuáles un menor se encuentra identificado en un entorno familiar en el que considera al hombre que lo reconoció sin tener el vínculo biológico como a su padre y con él ha generado relaciones de afecto recíproco como padre e hijo, relaciones que constituyen la esencia y fundamento de su desarrollo como persona; situación ideal que de pronto se encuentra en peligro debido a una reclamación efectuada por el padre biológico.



De mantenerse un concepto estático de la identidad corremos el riesgo de afectar situaciones de mucha trascendencia como son el desarrollo armónico e integral del menor considerando sus sentimientos, emociones y motivaciones.

Respecto al problema expuesto, nuestra jurisprudencia viene otorgándole la importancia correspondiente a la identidad dinámica frente a la identidad estática, así tenemos que con respecto al derecho a la identidad del menor, en el segundo fundamento de la sentencia de la casación 950-2016, se establece:

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

De lo dicho, la intencionalidad fundamental de la presente investigación, está dada en la pretensión de analizar el tratamiento de la identidad dinámica en los



procesos de filiación en el Perú en concordancia con los fundamentos que sostienen el principio del interés superior del niño, lo cual obliga a replantear conceptos jurídicos como identidad y filiación, para dar respuesta a casos como el mencionado y no defender conceptos e instituciones jurídicas de Derecho de Familia, desprovistos de efectividad.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Qué consideración se da a la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño?

1.2.2 Problemas específicos

1° ¿Cuáles son los principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú?

2° ¿Cómo se viene tratando el concepto de identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y en los procesos de filiación en el Perú?

3° ¿Cuál es el tratamiento que se da a la identidad dinámica en el derecho comparado?

4° ¿Cómo trata la doctrina jurídica el derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial?

5° ¿Qué posición tiene la Jurisprudencia Constitucional en relación al principio del interés superior del niño?



6° ¿Qué consideración debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad?

7° ¿Cuál es el contenido de una propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú?

1.3 Objetivos de la investigación

1.3.1 Objetivo General

Analizar la consideración que se da a la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño.

1.3.2 Objetivos Específicos

1° Conocer los principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú.

2° Determinar cómo se viene tratando el concepto de identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y en los procesos de filiación en el Perú.

3° Conocer el tratamiento que se da a la identidad dinámica en el derecho comparado.

4° Determinar cómo trata la doctrina jurídica el derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial.

5° Determinar la posición que tiene la Jurisprudencia Constitucional en relación al principio del interés superior del niño.



6° Establecer la consideración que debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad.

7° Establecer el contenido de una propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú.

1.4 Justificación de la investigación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

a) Conveniencia

El presente estudio que se pretende realizar resulta conveniente para clarificar de manera adecuada aspectos trascendentales referidos a los conceptos de identidad dinámica y filiación en el Perú, teniendo en cuenta la importancia que los estudios de investigación actualmente reconocen al desarrollo integral afectivo y emocional de las personas sobre todo en la etapa de niñez. Los resultados del estudio nos mostrarán cómo debe ser el tratamiento de la identidad dinámica en nuestro sistema jurídico.

b) Relevancia Social

Los resultados obtenidos de este estudio son socialmente relevantes porque pretenden solucionar un problema que se presenta en muchos procesos asociativos en los que hay que elegir entre el reconocimiento estático o dinámico de la identidad. El interés directo es en favor de los



menores de edad, a quienes nos esforzamos por reconocer y asegurarles un entorno que les permita desarrollarse efectivamente como personas íntegras en proporción a la protección de su interés superior.

c) Implicancias Prácticas

En la coyuntura actual donde los procesos judiciales en ocasiones no son priorizados o considerados inferiores a los intereses de las personas adultas mayores, nuestro objetivo de investigación tiene un propósito práctico ya que trata de establecer plenamente el tratamiento dinámico de la identidad en el proceso de presentación en Perú para mantener el principio de que es en el mejor interés del niño

d) Valor Teórico

En el desarrollo de la investigación se han recogido conocimientos teóricos pertinentes al tema de estudio. Dichos conocimientos han sido sistematizados y ordenados particularmente en las bases teóricas. Esto constituye un aporte teórico para que los investigadores que se aproximen a nuestro tema encuentren información teórica pertinente y clara como fundamento del trabajo.

e) Utilidad metodológica



En la ejecución de la tesis ha sido necesario elaborar instrumentos de recolección de información (fichas de análisis documental), dichos instrumentos son de hecho un aporte metodológico que investigadores en el futuro pueden aplicar si lo consideran conveniente. Así mismo el enfoque metodológico que abordamos también constituye un antecedente metodológico para investigaciones futuras sobre la materia.

1.5 Metodología aplicada al estudio

1.5.1 Enfoque de la investigación

Cualitativo documental: Puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación de documentos normativos nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia respecto al tratamiento de la identidad dinámica.

“La investigación es cualitativa debido a que utiliza datos sin medición numérica, se concentra en una situación o fenómeno jurídico en particular, el cual se describe a partir de la revisión de documentos y estrategias para la sistematización de la información”. (Fernández, Urteaga & Verona , 2015, pp.18-19).

1.5.2 Tipo de investigación jurídica

Dogmática exploratoria: Pretende el análisis, interpretación y aplicación de normas y su posible repercusión sobre otras normas o principios jurídicos (Castro Cuba, 2019). En este caso se ha pretendido analizar si se otorga real importancia a la identidad dinámica cuando está en juego el interés superior del niño.



1.6 Unidad de análisis temático

La presente investigación enfoca su análisis en el tema de la interpretación y aplicación del concepto de identidad dinámica en el proceso de filiación teniendo en cuenta el principio de protección del Interés Superior del niño.

1.7 Técnicas e instrumentos de recolección de información

a. Técnicas

1) **Documental:** Es una técnica que utiliza la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en normas, cartillas, programas, historias clínicas; leyes, dictámenes, informes, quejas registradas, juicios; discursos, declaraciones, mensajes, recortes periodísticos, folletos, etc. Para el presente caso se han analizado sentencias.

b. Instrumentos

1) **Fichas de análisis documental:** La que elabora el autor para llevar adelante el análisis documental requerido en el presente trabajo.

1.8 Hipótesis de trabajo

En los procesos de filiación en el Perú se otorga una consideración importante a la identidad dinámica en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño.



1.9 Categorías de estudio

Tabla 01

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1° El proceso de filiación y su tratamiento jurídico	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Principios- Características- Finalidad
Categoría 2° La identidad dinámica	<ul style="list-style-type: none">- Concepto de identidad- Naturaleza jurídica- Tipos de identidad- Contenido y alcances de la identidad dinámica- Importancia y trascendencia
Categoría 3° El interés superior del niño	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Origen y evolución- Características- Finalidad



CAPITULO II

2 DESARROLLO TEMATICO

SUBCAPITULO I

2.1 EL PROCESO DE FILIACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO

2.1.1 Concepto Filiación

“El término *filiación* -del latín: *filius filius*, hijo sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determina a paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”. (Albaladejo, 1991, p.34)

Así pues según refiere Bonecasse (1987):

Desde una perspectiva amplia, el derecho de la filiación comprende todas aquellas relaciones jurídicas familiares que tienen como *sujetos* a los padres respecto de los hijos y, recíprocamente que atañen tanto a la *constitución, modificación* y extinción de la relación, cuanto al *contenido* que atañe a su objetivo es decir, la realización de los fines e intereses familiares que el derecho protege en razón de la paternidad y de la maternidad. (p.89)

En esta visión amplia, el derecho a la filiación incluye el establecimiento de la patria potestad que los padres ejercen sobre los menores y, en general, también el deber-derecho de cuidado. Sin embargo, la patria potestad se ha caracterizado



tradicionalmente como el ejercicio de la patria potestad, por lo que, en un sentido más limitado, el derecho de titular se reserva al conjunto de reglas organizativas del acogimiento. La familia incluye la relación padre-hijo. - la relación jurídica, y por tanto la modificación o extinción de este estado familiar.

Así mismo en la doctrina podemos encontrar otros conceptos que nos dan una visión complementaria del término:

Las relaciones de parentesco son según se ha visto, múltiples y de diversa naturaleza e intensidad. Hay una relación parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay también entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y su madre. La hay, igualmente, entre los hijos de hermanos y entre uno de estos y el hijo de otro. La hay, en fin, entre el marido y los padres a los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc., etc. (Cornejo, 1987, p.23)

“Pero de todas estas relaciones, la más importante es, sin duda, la que se llama filiación, esto es, la que vincula a una persona con todos sus antepasados y sus descendientes (filiación en sentido genérico) y, más restringidamente la que vincula a los padres con sus hijos (filiación en sentido escrito)” (Albaladejo, 1991, p. 45).

En este último punto, nos interesa especialmente la relación parental llamada más propiamente paterno-filial, dicha relación desde el punto de vista del hijo se llama



filial, y desde el punto de vista de los padres se denomina paternidad o maternidad.

2.1.2 Procreación y Filiación

En principio la filiación se determina por la paternidad y la maternidad. Por ello el procrear constituye la precondition biológica básica para que se configure jurídica paterno filial. Esta relación también puede constituirse sin atender al hecho biológico como es el caso de la adopción.

Del mismo modo, Bonecasse (1993, p. 86) refiere que: “las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores mediante la indemnización artificial o la fecundación extracorporal e, incluso la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto. A estos temas dedicaremos un capítulo especial en esta obra”.

“De todos modos lo fundamental es precisar que la procreación es el hecho biológico presupuesto en la constitución de la filiación” (Albaladejo, 1991, p.46)).

Por lo tanto, esta es una categoría legal que se refiere a ese presupuesto. Sin embargo, esto no impide que hablemos de reproducción sin filiación en la medida en que se de una oposición entre el presupuesto biológico y la vinculación jurídica, como es el caso que se presenta cuando se da una exposición



o abandono del recién nacido sin que su padre o madre le concedan el reconocimiento por lo que no puede establecerse la relación paterno filial, la que se puede reclamar mediante la acción correspondiente.

Carbonnier (1990, p. 8) considera que: “Mientras tanto el hecho biológico de la procreación no trasciende, evidentemente; en filiación determinada. Inversamente, como recién puntualizábamos, puede haber filiación sin procreación en el caso de adopción plena de menores (art. 323 y ss., Cód. Civil, lev 24.779)”.

“La Ley de Brumario. año II, se limitó a asimilar los derechos hereditarios de los hijos naturales a los hijos legítimos. su justificación fue fundamentalmente política: deducción de las consecuencias del principio de igualdad proclamado por la Revolución Francesa”. (Plácido, 2003, p.34).

2.1.3 Orientaciones básicas de la Reforma

Esta reforma introduce soluciones fundadas en la realidad familiar actual, presuponiendo las pautas axiológicamente valiosas de su modelo social, cultural y ético.

Para entender esta afirmación no debemos olvidar el hecho de que en el siglo XX las relaciones familiares, el matrimonio y los hijos sufrieron una profunda transformación estructural. “La familia tradicional –



escribe Rodríguez Molas– es el mecanismo más apropiado para transmitir de generación en generación las propiedades propias del sistema y una posición (relaciones de poder, títulos nobiliarios, prestigio) heredadas del mundo. Naturalmente, en un sistema socioeconómico basado en la propiedad de la tierra, el ganado, la riqueza y los bienes inmuebles, la familia emerge como un conjunto de relaciones, cuyo poder es mayor que la conservación y cohesión de los componentes como participantes de ese sistema. "En el ámbito de los poseedores, sin ninguna duda, la imposición de tipo vertical entre los padres e hijos, y entre aquéllos y los sirvientes, *famulus* en latín, constituye una consecuencia directa de la propiedad de la tierra, del control de los alimentos en última instancia. Y también de las leyes que rigen la herencia de los bienes". (Mostaza, 1988, p.347)

Rodríguez (1982), sobre este modelo considera que:

Este modelo es consecuente con la unipersonal autoridad del padre no solo sobre sus hijos llamados a continuar la empresa familiar sino también sobre su esposa- incapaz de hecho y sujeta ella también a la autoridad marital. La neta diferencia entre los hijos legítimos y los ilegítimos tiende a preservar a la familia de la injerencia de quienes no han sido engendrados el matrimonio de su padre, y es el modo de garantizar la pureza de sus miembros y reaseguro de que no disputarán con los espurios, en el futuro, el poder que detentan". (p. 9)



Para Cornejo (1987, p. 97): “Los hijos nos son formados ni educados para incorporarse armoniosamente a la sociedad y asumir con responsabilidad su actividad laboral y productiva futura”.

En este contexto, las categorías tradicionales están perdiendo consenso. Tanto los padres como las madres se colocan por encima de la igualdad en la familia, el poder conyugal desaparece para dar paso a la idea de marido y mujer compartiendo en la comunidad familiar, la legitimidad de los hijos deja de ser un factor que protege la estructura de la familia. estructura familiar, ya que las relaciones que se originan en la procreación son asimiladas por el reconocimiento de la responsabilidad que asumen los padres y las madres por la sola realidad de ser tales. La asunción de la paternidad se reconoce como un imperativo ético, frente a todos los hijos. Las funciones de la familia son variables y se pueden resumir diciendo que es en ella donde el hombre encuentra plenamente su esfera moral, percibe el contenido moral de su vida, se proyecta sobre sus hijos. Y donde esto ocurre; no hay cabida para las discriminaciones y el paternalismo ejerciendo sin consideración al superior interés del niño. (Cornejo, 1987, p.108)

No es de extrañar, por tanto, que en este siglo los textos del antiguo derecho del siglo XIX hayan estado influidos por transformaciones y en los que la familia acude a su respectivo lugar de encuentro. Está lejos de nosotros que los cambios estructurales que hemos descrito brevemente hayan causado desequilibrios, malentendidos e incluso consecuencias negativas.



2.1.4 Determinación de la Filiación

La filiación que tiene lugar por naturaleza (art. 240), presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando se puede demostrar un vínculo biológico, se establece legalmente la paternidad o la maternidad. Por tanto, la determinación es, como la definen Lacruz y Sancho (2007) “la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta”. (p.87)

La determinación del parentesco puede ser legal, voluntaria y judicial. Es legal cuando la propia ley, basada en ciertos de supuestos fácticos, así lo establece. Así, por ejemplo, cuando el artículo 243 dispone que son hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta trescientos días después del matrimonio. Es voluntaria o negociable cuando la decisión se funda en el efecto del reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Finalmente es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, basándose a las pruebas relativas al nexo biológico. (Varsi, 1999, p.23)

“Es decir, atiende a un interés familiar que debe considerarse universal: el derecho de cada persona a ocupar un puesto en el estado familiar que le corresponda según su origen biológico”. (Plácido, 2003)

A esta dimensión se refiere, por ejemplo, la Convención sobre los derechos del Niño (aprobada por nuestro país por ley 23.849 e incorporada a la Constitución nacional por la reforma de 1994 – art. 75, inc. 22).



Los Estados partes se comprometen niño a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, el nombre y las relaciones familiares. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad. (Lacruz. 2007, p. 79)

La determinación de paternidad matrimonial en el actual art 243 se desvincula de la atribución de legitimidad que hacia el derogado art, 246. La atribución de la legitimidad se hacía legalmente según que el hijo hubiese sido concebido dentro del matrimonio y por el art. 240 anterior determinaba qué hijos debían reputarse concebidos después de su celebración y antes de su disolución. La determinación legal de la paternidad legítima, entonces, se vincula a la atribución de legitimidad, pues según el anterior art. 245 la ley presumía que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido, en cambio, si la ley suprime la atribución de legitimidad como calificación de un estado de familia específico, la determinación de la paternidad matrimonial puede partir del *prius* de que todo hijo nacido durante el matrimonio tiene por padre al marido como lo señala el actual art. 243.

“La confrontación de esta norma con el denominado derecho de infraconstitucional, es decir, la ley de fondo, ha sido objeto de interesantes estudios entre nosotros”. (Lacruz, 1987, p.45)



En todos los casos, el derecho a conservar la identidad personal como identidad consanguínea o genética es común a todos, no sólo a los niños. Según nuestro derecho positivo, en el código civil es incontrolable la legalidad amplia del niño para el cumplimiento de las solicitudes de relaciones maritales o extramatrimoniales (art. 254 y 255), impugnación del reconocimiento (artículo 263), o ignorancia de la paternidad conyugal (arts. 258 y 259) y la maternidad (arts. 261 y 262).

Desde este punto de vista, nos referimos, en definitiva, al derecho a reclamar la identificación biológica, es decir, como dice el Dr. Enrique Petracchi en una votación como juez de casación, el hombre tiene derecho a conocer su origen, su origen, su origen. , es una aspiración natural del hombre, en la que está implicada la dignidad humana.

2.1.5 Filiación Matrimonial

Como afirma Varsi (1999, p. 37): “La idea de esta filiación va inseparablemente unida a la de matrimonio entre los progenitores que es su causa esencial”.

De aquí que, en tesis general, se diga que la filiación corresponde al hijo tenido en las relaciones matrimoniales de los padres.

Albaladejo (1991, p. 58)) afirma que: “son matrimoniales, no los hijos habidos de matrimonio como podría parecer, sino los hijos de personas unidas en



matrimonio, o que lo estuvieron aunque después éste hubiese acabado por la causa que fuese”.

En concordancia con esta idea, resulta, pues, que lo que importa en esta filiación, no es que el hijo haya sido engendrado y ni siquiera nacido, del matrimonio de sus padres, sino que estos se hayan casado dando lo mismo que el matrimonio haya tenido lugar antes de haber tenido al hijo que después de ello.

Así el proceder del matrimonio de los padres hace matrimonial al hijo pero también hace matrimonial el matrimonio posterior o subsiguientes de los padres.

“Se tiene, pues, dos casos de hijos matrimoniales: a) Los hijos matrimoniales de origen o, al menos, desde antes de nacer; y b) los hijos que alcanzan el carácter de matrimoniales después de nacidos”. (Cornejo, 1987, p.31)

Así pues la cuestión varía de acuerdo a si se acepta la concepción o el nacimiento como el hecho o circunstancia que determina el comienzo de la persona. Si se acepta la teoría de la concepción son hijos matrimoniales los engendrados por padres casados si el hijo nació durante el matrimonio o después de haberse disuelto este.

Por otro lado, si se optara por la teoría del nacimiento, dependería de los hijos nacidos en el momento en que los padres se casaron, independientemente de cuándo fueron concebidos. Según el primer argumento, quienes son concebidos



antes del matrimonio para ser extramatrimoniales a pesar de ser vulnerables a la "legitimidad" aunque su nacimiento se produzca después de que se haya celebrado el matrimonio; y los concebidos durante el matrimonio se casarán, aunque su nacimiento tenga lugar cuando el vínculo se haya disuelto.

“Según la teoría del nacimiento, los concebidos con anterioridad a la celebración de las nupcias habrán de ser matrimoniales si nacen cuando aquellas hayan sido contrarias; y por el contrario, no los eran los nacidos luego de la disolución del casamiento, aunque hayan sido procreados durante su vigencia”. (Cornejo, 1987, p.89)

Para Cornejo (1987, p. 23): “Serán pues, matrimoniales los hijos nacidos durante el matrimonio, aunque hubieran sido concebidos antes; y lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento pero que hubieran sido concebidos antes; y lo serán los nacidos después de la disolución del casamiento pero que hubieran sido concebidos durante su vigencia”.

De estas distintas teorías, la del nacimiento tiene sin duda la ventaja de que los tres hechos de que se hace depender la calidad de la filiación a saber la celebración del casamiento, el parto y la disolución o anulación de aquel son objetivos y normalmente susceptibles de una comprobación fácil y exacta; pero es, sin embargo, la menos aceptada, en su forma pura por la injusticia y falta de lógica que implica el considerar extramatrimoniales a los hijos que fueron procreados por padres casados, aunque nacieron una vez disuelto o anulado el vínculo conyugal, esto es, que fueron engendrados como resultado de una relación sexual legítima y normal.



Por el contrario, teoría de la concepción debe resolver los casos dudosos del hijo nacido relativamente poco después de la celebración o mucho después de su disolución o anulación. En este efecto, si el hijo nace varios años después del casamiento y varios antes de su disolución o anulación, no puede haber duda de que fue concebido durante el matrimonio; pero si nace, por ejemplo, a los doscientos diez días de celebrarse las nupcias o a los trescientos después de disueltas o anuladas, surge la duda de si la concepción ocurrió en la vigencia del matrimonio o fuera de él.

“La teoría mixta, por su parte, tiene ante sí el mismo problema de la concepción en cuanto al hijo nacido mucho después de la disolución del matrimonio o fuera de él”. (Varsi, 1999, p.98)

Estos problemas, como es notorio, se reducen al de saber cuál es el periodo de gestación del ser humano, es decir, cuántos días transcurren entre su concepción y su nacimiento; problema cuya solución tropieza desde luego, con obstáculos que hasta hoy no ha logrado vencer la ciencia: en el que la fecundación no se produce necesariamente a raíz del primer contacto sexual; y el de que el periodo de gestación no es rigurosamente igual en todos los seres humanos. Al primero de estos obstáculos se une todavía otro de orden práctico, o sea, el de no ser fácil, por razones obvias, determinar en juicio las fechas de los contactos sexuales. (Cornejo, 1987, p.34)



Aun prescindiendo de este último obstáculo -esto es, haciendo referencia a los casos en que los interesados revelan exactamente la fecha de sus relaciones-, no se ha podido hasta hoy descubrir el signo infalible que denuncie el hecho de haberse producido la concepción, a efecto de computar el tiempo que transcurra entre ella y el nacimiento.

Este puede ser la causa de los diversos resultados obtenidos por distintos investigadores. La teoría de la viabilidad ofrece, para estos efectos, los mismos inconvenientes que te del nacimiento.

2.1.6 La Filiación y el Derecho a la Identidad

Respecto a este punto Varsi (1999) afirma que:

Conforme lo señala la doctrina, la filiación representa el vínculo jurídico que une hijo a su madre (filiación materna) o a su padre (filiación paterna). Las afiliaciones extramatrimoniales tienen su origen en la convivencia fuera del matrimonio. Esto sucede tanto en; Casos en los que no es posible el matrimonio entre los padres como aquellos en los que existen algunos obstáculos, ya sea por la existencia del matrimonio de alguno de ellos, o por el parentesco. El artículo 6 *in fine* de la Constitución Política del Estado civil dice: “todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre naturaleza de filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento. (p.56)



Asimismo, Conforme a lo estipulado por el artículo 361 del Código Civil, “es hijo matrimonial el nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución”. Esta norma sustantiva reconoce la presunción “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” según el cual el hijo tenido por mujer casada se reputa como hijo del marido, siendo esta presunción *juris tantum*, esto es relativa, de forma que puede ser contestada o impugnada.

En opinión del jurista experto en derecho de familia Varsi (1999, p. 67), “la filiación forma parte del derecho a la identidad, que es una forma de estado de familia”, la filiación implica para la persona una triple condición jurídica de derecho, inferida de la relación natural de reproducción que la vincula a otra sociedad, en la medida en que la tiene con otra persona o con otros; y civil, incluida la condición jurídica del niño con respecto a la familia y la sociedad.

Por su parte Rodríguez (2006) señala que:

Desde un enfoque de derechos humanos, se tiene que nuestra constitución Política reconoce el derecho a la identidad a que se refiere el artículo 2, inciso 1) los seres humanos tienen derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física, y al desarrollo libre y feliz. Desprendiéndose que todas las personas son iguales por el solo hecho de su condición humana y de la dignidad que le es inherente, sin embargo, aun siéndolo no existen dos o más personas idénticas, pues cada uno responde a las características individuales o auto determinativas que



le son propias y tiene derecho a que las mismas sean respetadas o en su caso defendidas. (p,90)

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N- 02273-2005-PH/TC, establece que el derecho a la identidad se entiende como el derecho de cada individuo a ser rigurosamente reconocido por su naturaleza y espíritu. En otras palabras, los derechos se determinan de acuerdo con ciertas características distintivas, de carácter objetivo, tales como nombre, seudónimo, registro, herencia genética, características físicas, etc. Asimismo, se ha definido en base a otros derivados del desarrollo personal y de conductas de carácter subjetivo de cada individuo tales como la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.

El jurista Fernández (2014), refiere que:

El derecho a la identidad; constituye; el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad presentándose bajo dos aspectos uno estático, mediante el cual se da una primera e inmediata visión del sujeto (nombre, seudónimo, características físicas y documentarías) y un aspecto dinámico constituido por la suma de pensamientos, opiniones, creencias, aptitudes, comportamientos de cada persona que se explyea en el mundo de la intersubjetividad. Asimismo, señala que el derecho a la identidad debe protegerse de modo preferente, atendiendo a que la vida, la libertad y la identidad conforman una trilogía



de intereses que se pueden calificar de esenciales entre los esenciales, por lo que merecen una privilegiada y eficaz tutela jurídica. (p.254)

2.1.7 La Impugnación del reconocimiento de la paternidad y el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes

En relación a la impugnación de paternidad a título ilustrativo es de observar lo siguiente:

La impugnación de paternidad es la acción efectuada por el marido demandante quien considera que, a pesar de que el hijo habido con su esposa está amparado por la referida presunción *pater is est*, él considera que no es su hijo. En cuanto a la titularidad, la legitimidad para accionar la pretensión se concede al marido (más herederos y descendientes) que participó en el reconocimiento. (Varsi, 1999, p.167)

La impugnación (o contestación) de paternidad sobre filiación matrimonial, se encuentra prescrita por los artículos 363 y siguientes del Código Civil, siendo la normativa pertinente para resolver el caso lo dispuesto por el artículo 364, aparte de las causales establecidas por la norma sustantiva, donde se señala que: "La acción contestataria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente". (Cornejo, 1987, p.84)

Por otro lado, el artículo 367 establece que "La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden



iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado". Finalmente, se tiene lo dispuesto por el artículo 369 que establece Una Acción conjunta contra el hijo y la madre, con sujeción en su caso a lo dispuesto en el artículo 606, apartado.

Por su parte, el desafío del reconocimiento tiende a atacar el reconocimiento, no por defectos de comportamiento, sino porque es inconsistente con la realidad biológica, es decir, porque quien se da cuenta que no es el verdadero padre de la persona reconocida. El legitimado para accionar la pretensión es el padre o la madre (incluido el propio hijo, descendientes y quienes tengan interés legítimo) que no ha intervenido en el reconocimiento.

El artículo 399 del Código Civil, establece "El reconocimiento puede ser negado por el padre o la madre que no interviene en él y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 395 y que al artículo 400 ce Código civil establece que el plazo para negar el reconocimiento es de 90 días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto". (Varsi, 1999, p.56)

En este sentido, conforme a las normas del código civil antes indicadas, una vez transcurrido el plazo establecido, no se podrá impugnar la paternidad. Sin embargo, la Constitución Política del Estado en su artículo 138, segundo párrafo, que reconoce la primacía de la Carta Magna sobre cualquier otra norma, permite a los jueces ejercer un control difuso de revisión constitucional,



con lo que se posibilita que los Órganos Jurisdiccionales se conviertan en los principales controladores de la legalidad constitucional.

Así también es menester precisar que el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe que cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo en una litis de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, vean que hay incompatibilidad entre su interpretación, de una disposición constitucional y otra con rango de ley, deben resolver la causa con arreglo a la norma constitucional.

En esa línea, se tiene que: “Nuestra jurisprudencia aplicando el control difuso de constitucionalidad viene inaplicado normas del Código Civil a fin de impugnar el reconocimiento de paternidad de menores de edad sustentada principalmente en la prueba genética de ADN, siendo que entre los principales podemos señalar”. (Lacruz, 1987, p.89)

El control difuso establecido por la Corte Suprema en la Consulta N° 132-2010-La Libertad, pues en esta, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente aprobó que no se aplicara el artículo 395 del Código Civil, permitiendo que se revoque el reconocimiento efectuado por el supuesto padre, la que sustenta en el hecho que la norma contraviene la Constitución peruana y a la Convención sobre los Derechos del Niño. (Cornejo, 1987, p.23)



De igual forma, la Corte Suprema en criterio jurisprudencial recaída en la Casación N° 2726-2012 Del Santa, empleando el control difuso, inaplica los artículos 396 y 404 del Código Civil, considerando que, por encima de dicha regulación, lo que está en juego es la identidad biológica del niño en cuestión y las medidas adoptadas para determinar el pedigrí del niño deben interpretarse en principio en el interés superior del niño. Por ello, declaró fundado el recurso de casación y confirmó la sentencia que estimó en primera instancia la demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad interpuesta por un padre biológico contra la madre y el padre legal de una adolescente, la que reconoció que la paternidad de un menor de edad correspondía a una persona distinta al esposo de la madre quien ya lo había reconocido, pese a que este no negó al hijo. De esta forma, protege los derechos morales de los menores en el interés superior del menor, alegando que el menor no es hijo del marido de la madre sino de un tercero.

Sin perjuicio de lo ya señalado, en cuanto al derecho a la identidad de los niños, niñas y jóvenes, es necesario mencionar no solo las disposiciones de la constitución sino también las establecidas por la Convención sobre los Derechos de las Personas del niño, su artículo 8 dispone que: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad. Incluyendo nacionalidad, nombre completo y relaciones familiares según prescriba la ley sin injerencias ilícitas. “Cuando un niño sea privado legalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”. (Lacruz, 1987, p.89)



En el ámbito nacional, el Código de los Niños y Adolescentes en adelante CNA en su artículo 6, reconoce que es uno de los derechos civiles de los niños, el derecho a ser identificados; Dice claramente: “Los niños, niñas y jóvenes tienen derecho a la identidad, incluido el derecho a tener un nombre, a tener una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar su apellido.

En tal virtud, en los casos en que se discuta la filiación biológica de un menor de edad, es necesario que el Juez dilucide tal circunstancia aplicando el principio interés Superior del niño con sujeción al pleno respeto de los derechos del niño, niña o adolescente reconocidos en la Convención sobre los derechos del niño y el derecho a la identidad reconocido en el artículo 6 del CNA, el artículo 8 de la Convención y en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Asimismo, según la doctrina de los órganos facultados para interpretar los tratados -en este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana) y la Comisión de los Derechos del Niño (en adelante, a como la Corte Interamericana de Justicia).es CDN)-, cuyas sentencias y doctrinas son vinculantes para los llamados controles ordinarios, que deben inspirar las decisiones judiciales.

En ese sentido, es de observar, que en todo proceso en el que se encuentre involucrado una niña, niño o adolescente, el juez se encuentra obligado a aplicar el principio del interés Superior del Niño reconocido por el artículo 3 primer párrafo de la Convención sobre los derechos del niño concordante



con nuestro Código de Niños y Adolescentes y la observación del Comité sobre lo derecho del niño N° 14, por el cual, en todo proceso Judicial es derecho del niño que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, debiendo entenderse como un concepto dinámico que debe evaluarse y aplicarse adecuadamente en cada contexto, el que no solo constituye un derecho sustantivo, sino, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento. (Varsi, 1999, p.238)

El tribunal constitucional actúa como intérprete supremo de la Constitución, en cuanto al contenido de la constitución en el interés superior de los niños y adolescentes, en el expediente 02132-2008-PA/TC, en la plataforma número 10, expresa: “De esta forma, el principio constitucional de protección del interés superior de la niñez y la adolescencia se constituye en la especial valía y superioridad que tienen los principios fundamentales de la niñez y la adolescencia, y en última instancia, su dignidad, tienen fuerza normativa preeminente no sólo en el momento de la producción de las normas, sino también en el momento de su interpretación, convirtiéndose así en el principio de realización ineludible para el Estado, toda la sociedad y la familia misma, lo que incluye obviamente el padre, la madre o quien sea responsable de los derechos sus fundamentos.

A su vez, el juez debe tener en cuenta no sólo el principio del interés superior del niño, sino sobre todo el hecho de que los casos de menores sean tratados como asuntos humanos, lo cual se encuentra documentado en el IX y



X de la CNA Preliminar. Título. Velar siempre por los mejores derechos e intereses del niño.

Artículo IX. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes. - En todas las medidas relacionadas con la niñez y la juventud que aplique el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Fiscalías, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y demás organizaciones, sus demás organizaciones, así como en las operaciones de la empresa, considerarán los Principios en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y respetar sus derechos.

Artículo X.- El proceso como problema humano. - El Estado asegura un sistema de gestión judicial especializado para niños, niñas y jóvenes. Los casos judiciales o administrativos que involucren a niños o jóvenes serán tratados como asuntos humanos.

En palabras de la Corte IDH: “las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad, comprometiendo las autoridades internas la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la familia y a la identidad”

La filiación consiste en las relaciones de parentesco que son, según Cornejo: Múltiples y de diversa naturaleza e intensidad. Hay una relación parental entre el padre y el hijo, entre el abuelo y el nieto. La hay, también, entre los hermanos o entre éstos y los hermanos de su padre y de su madre. La hay,



igualmente, entre los hijos de hermanos, y entre uno de éstos y el hijo del otro.

La hay, en fin, entre el marido y los padres o los hijos o los hermanos de la mujer; o entre el bautizado y su padrino, etc. (Cornejo, 1987, p.11)

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

Asimismo, Suárez Franco enseña que:

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

Por su parte, la doctrina nacional, a cargo de Varsi (1999) precisa que, “La filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendientes y



descendientes, y, en sentido estricto, es la que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de derecho entre ambos” (p. 660)

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

Fernández (2014), sobre la identidad señala que “Es el conjunto de datos biológicos, atributos y características que permiten distinguir sin duda alguna a una persona de todas las demás, dentro de la igualdad del género humano, es decir, la identidad es "ser el que soy y no otro" o, dicho, en otros términos, "ser uno mismo y no otro". (p.67)

Varsi (1999), hace lo propio, y señala que:

Toda persona tiene derecho a conocer su origen biológico, a generar consecuencias jurídicas, así como a permitirle gozar del derecho a la identificación, sin embargo, se argumenta que no siempre existe, correlación entre la paternidad jurídica y la biológica, aun cuando el derecho trate de apoyar la primera en la segunda; la identidad filiatoria puede no coincidir con la identidad genética”. En ese orden de ideas, al tenor de lo prescrito en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, si bien los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de conocer a sus padres y de llevar sus apellidos (identidad biológica);



también el mismo artículo señala que tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad, ello dentro del marco de su identidad, que no es otra cosa que su identidad dinámica. (p.187)

“Este principio del desarrollo integral de la personalidad se constituye a partir del derecho a la libertad, que autoriza a cada ser humano decidir sobre su propia vida y desarrollar su personalidad en la dirección que crea conveniente, acorde a la escala de valores que posea; es gracias a la libertad que cada uno puede escribir su biografía y perfilar su identidad”. (Rodríguez, 2009, p.78)

Por tanto, podemos decir que la identidad tiene dos aspectos que constituyen una unidad indivisible: el primero, que nace por efecto de la información genética, que se sabe única y exclusiva. Ella hace que se conozca la identificación biológica de cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otra persona.

Los códigos genéticos y las huellas dactilares son ejemplos evidentes de identidades estáticas que, en principio, son inmutables. Estos elementos genéticos se suman a los demás identificadores del sujeto, ya sea nombre, lugar y fecha de nacimiento, caracteres somáticos generales, etc., en general, como se mencionó anteriormente, son invariantes. Sin embargo, el nombre sería la excepción a la regla, ya que podría cambiarse por decisión judicial previa solicitud razonable. Además de dicha información genética, la identidad se perfecciona necesariamente por un conjunto de rasgos, características y atributos de personalidad que, a diferencia de los datos biológicos, están



sujetos a cambios en el tiempo y por ello constituyen el elemento dinámico de la identidad. Este factor incluye rasgos de personalidad, creencias, cultura, ideología, etc. Este conjunto de atributos que individualizan a cada sujeto se exterioriza, es decir, se manifiesta al mundo exterior y permite que los demás identifiquen al sujeto en el seno de la comunidad. (Sesarego, 1992).

En resumen, el concepto de identidad incluye no solo datos biológicos estáticos, sino también datos que determinan el carácter dinámico del sujeto. El aspecto estático estará dado por el apego a la teoría biológica, el aspecto dinámico por el concepto de socioemocional. Ahora bien, con referencia a los conceptos desarrollados anteriormente, están íntimamente asociados a las acciones que impugnan la paternidad, ya que, al definir el estado, es decir, la relación o la constricción, la relación padre-hijo (identidad estática y dinámica) traza un mapa jurídico que nos dice el origen o no de esta pretensión.



SUBCAPITULO II

2.2 LA IDENTIDAD DINÁMICA

2.2.1 Antecedentes

Antes de entrar en el desarrollo de la identidad dinámica es necesario puntualizar el concepto de Interés superior del niño, tomando en cuenta lo expuesto por Thury (2013), de las normas de salvamento marítimo (“¡Niños y mujeres primero!”) a los slogans humanistas más difundidos (“los niños son el futuro”) existe una conciencia cultural que da una cierta preeminencia a los intereses de los menores sobre los del resto de los actores sociales. Ya sea por su vulnerabilidad al necesitar más cuidados, por la promesa que encierra su vida, o por la inocencia que predica esa existencia, la civilización moderna ha tendido a orientarse a proteger a los niños de manera especial.

En algunos casos, esta protección ha tomado un caris negativo, cuando se prohíben determinadas conductas. Así, por ejemplo, se impide que los niños menores de edad trabajen. La parte recíproca radica en **el deber activo** del Estado de que los menores se beneficien de la **educación** obligatoria. De esta manera, nuestras sociedades han enfrentado las consecuencias negativas de la industrialización y han sentado las bases para el reconocimiento legal de un



verdadero sujeto de derechos. Los sistemas legales nacionales han evolucionado en esta área y hace más de 20 años la comunidad internacional adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño como su instrumento definitorio. Sus más de 50 artículos forman la verdadera Declaración de los Derechos del Niño, cuyos criterios de interpretación están determinados por la búsqueda del “interés superior del niño”.

Este principio, consagrado en el artículo 3, se ha convertido en el fundamento de este sistema de derechos, pero esta condición no hace menos evidente la redacción. Su importancia es igual a su ambigüedad. Esta situación crea en los intérpretes un sentimiento dual: una cierta angustia, arraigada en la multitud de posibilidades que se abren ante ellos y, al mismo tiempo, del poder que les permite tomar sus propias decisiones.

Conocer lo que es mejor para un niño es complicado para los jueces y puede, al mismo tiempo, convertirse en una importante fuente de poder de decisión. Con este principio estructural abierto y múltiples connotaciones posibles, el juez parece estar completamente abandonado a su propia evaluación de la situación. Por otro lado, si este principio se articulara en un abanico de definiciones y aplicaciones que limitara a los futuros decisores, dejaría de ser una mera regla de autorización discrecional, configurada como una red de consecuentes límites a la decisión actual. obteniendo ganancias

En pocas palabras: los jueces son sujetos de derecho por naturaleza, encuentran en la ley su fuente de poder y pierden legitimidad al punto



de que sus acciones son vistas como políticas. Por lo tanto, crear y seguir reglas les da legitimidad mientras que los actos arbitrarios, relacionados con el proceso de toma de decisiones de la esfera política, se consideran cuestionables.

Por lo tanto, existen fuertes incentivos para la institucionalización del poder judicial, pero también existen incentivos para mantener los poderes discrecionales, siempre que no se perciban como poderes "políticos". Gran parte del argumento de la judicatura se basa en esto: presentar al político -en el sentido de discrecionalidad- necesariamente lícito- como algo impuesto por la ley, sobre lo cual el intérprete no tiene derecho a decidir. El manejo de controversias Jurídico-Políticas constituye institucionalmente a la Corte, por lo que la Corte optará por una u otra fuente jurídica, entre otras cosas, de acuerdo con la interpretación que la Corte haga de la ley, el contexto en el que opera la Corte y las necesidades de la organización.

A mayor inestabilidad institucional, mayor incentivo para no ceder acciones por voluntad propia, mientras que a mayor seguridad institucional, mayor oportunidad de construcción futura. A través de decisiones judiciales específicas, los tribunales desarrollan una construcción institucional que se refleja en la forma en que interpretan y ven la ley, por lo tanto, con sus propios poderes para interpretar la ley. Esto no significa necesariamente que la construcción sea consciente de sí misma, pero crea un patrón de operandos que deja una marca en cada una de sus oraciones. El principio del interés superior del niño es particularmente apto para revelar este movimiento, ya que su vaga fórmula legal le da mucha discreción al intérprete y deja espacio para



que surja la tensión. En esta contribución pretendemos analizar la ley de la Corte de Casación sobre este principio para ver cómo ilumina -y está iluminando- la estrategia de construcción de identidad y el proceso de legalización resultante. Ampliar el espacio para decidir o limitarse, escuchar a los menores o asumir cuáles son sus verdaderas preferencias, seguir directrices legislativas o modificarlas en nombre de principios superiores, son decisiones que combinan argumentos jurídicos con decisiones políticas institucionales. Muchos de ellos ocultan las sutilezas de un alegato jurídico defendido por la prerrogativa moral del "interés superior del niño". Su descubrimiento nos obliga a afinar la mirada y examinar en detalle los casos estudiados. Esta necesidad nos llevó a limitar nuestro alcance a los casos tratados por la Corte Suprema en el último año, enfocándonos en las situaciones reales presentadas y cómo la Corte argumentó y utilizó el interés superior de los niños.

2.2.2 Un principio en tensión

El principio al que nos referimos está consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN): “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”.

Si bien el Comité de los Derechos del Niño –organismo previsto en los arts. 43 y siguientes de la Convención para examinar el cumplimiento de las obligaciones



contraídas por los Estados Partes– no ha emitido Observación general sobre el principio del interés superior, lo hizo por el derecho del niño a ser oído - art. 12 de CDN6-. Allí, luego de realizar un análisis textual y contextual de la norma, el Comité vinculó este derecho del niño a la búsqueda del interés superior del niño (artículo 3) y afirmó que: “(...) El interés superior del niño es similar a un derecho procesal que requiere que los Estados tomen disposiciones en el curso de la implementación de medidas para garantizar que se tenga en cuenta el interés superior del niño”. La Convención obliga a los Estados partes a garantizar que los responsables de la adopción de tales medidas escuchen al niño de conformidad con el artículo 12. Esta disposición es obligatoria.

En el ámbito nacional, la ley 26061 de “Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” actúa como código rector de la CDN y brinda varios lineamientos interpretativos del derecho argentino: “Artículo 3 - Interés superior. Para los efectos de esta ley, se entiende por interés superior de los niños, niñas y adolescentes el cumplimiento máximo, completo y simultáneo de los derechos y garantías reconocidos por esta ley. Debe respetarse:

- a) la situación jurídica de la persona;
- b) el derecho de los niños y jóvenes a que sus opiniones sean escuchadas y consideradas;
- c) el respeto al pleno desarrollo de los derechos de la persona en el ámbito familiar, social y cultural;
- d) su edad, madurez, distinción y demás condiciones personales;



e) el equilibrio entre los derechos y garantías de la niñez y la adolescencia y las exigencias del bien común;

f) El centro de tu vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde los niños, niñas y adolescentes han pasado la mayor parte de su existencia en condiciones justificables.

En caso de conflicto entre los derechos e intereses de los niños y menores y otros derechos e intereses iguales y legítimos, prevalecerán tales derechos e intereses. La formulación del principio como una obligación "presunta" en el "interés superior del niño" ha creado numerosos problemas de interpretación.

Las normas jurídicas que prescriben prohibiciones, como el trabajo infantil, son fácilmente distinguibles en su interpretación, al igual que las normas que establecen obligaciones específicas. Todos sabemos lo que significa para un niño de 10 años no poder trabajar en una fábrica y sabemos que cuando nuestros hijos cumplan 6 años tienen que empezar la escuela primaria.

Por otro lado, determinar qué significa “en el interés superior del niño” en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño es complejo, y también es importante saber cuál es ese interés superior en una situación determinada.

. Podemos decir que esta situación surge de su propia estructura jurídica, ya que en principio su estructura es más abierta y porosa que la estructura de la norma jurídica.

Siguiendo a Alexy (1993), su función es orientar la decisión:



Son “mandatos de optimización”. Marca un norte, pero no lo define. En tanto indeterminado, su judicialización depende de su concreción y, por tanto, de su delimitación técnica. Un concepto demasiado abierto pierde concreción jurídica, en la medida en que su contenido podría nutrirse de elementos no específicamente jurídicos. En ese caso, aducir el “mejor interés del niño” sería decidir en base a criterios extra-jurídicos (ético, tradicionales, de conveniencia, etc.) que luego son judicializados a partir de su cobertura retórica por el principio. Esta situación ha generado no pocas críticas a su inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunos, por ejemplo, sostienen que genera más dudas que las que resuelve al ser indeterminado y de difícil aplicación. Así, su vaguedad otorgaría un amplio poder al intérprete, ya que la generalidad del término utilizado le brinda una discrecionalidad de actuación casi ilimitada. (p. 86)

Asimismo, otros autores resaltan el hecho de que los resultados de cualquier interpretación son indeterminados, o sea, no podemos saber ex ante cómo impactará la decisión en el futuro del niño. (Archard y Skivenes, 2009, p.8) se plantea una tensión derivada de su calidad de concepto “juridizado”: ¿es verdaderamente el interés superior del niño un concepto con contenido jurídico definido o es una mera delegación al juzgador para que ejerza su mejor criterio en la solución de los problemas que se le presentan a su decisión?



Así, la definición de su significado se torna sumamente tópica, pues en la medida en que el principio se materializa en su significado, en general - v.gr: mediante el establecimiento de reglas resolutivas o procesales - disminuye el poder del intérprete y sus acciones. volverse predecible. En este sentido, su limitación se traduce en una mayor protección de los derechos de los niños.

En cambio, como afirma Garrido (2010):

La latitud excesiva “anula por completo la idea de que los niños son sujetos de derechos al igual que los adultos y conspira contra la naturaleza de la función jurisdiccional en un estado de derecho que parece, a la luz de los derechos del niño, totalmente desprovista de legitimidad política (es un acto de autoridad en sentido neto)”. La clave de bóveda de interpretación del principio parece estar, en este sentido, en la consideración del niño como un verdadero sujeto de derechos. Si ello no fuera así, el interés superior podría interpretarse como una remisión a una directiva extra-jurídica que guiará la decisión a tomar por las personas de las que ellos dependen –padres o instituciones públicas–. En cambio, consagrado un catálogo de derechos en cabeza del menor es a él al que tal principio debe remitir. El rol de los adultos se mantiene en tanto el niño carece de plena autonomía, pero su ámbito de decisión está limitado por el carácter que el menor asume como sujeto moral y los derechos en su cabeza reconocidos.

Cillero (2015) afirma en este sentido que:



El interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos y estos son los consagrados específicamente en el texto de la Convención. Por tanto, este principio no es una directiva vacía fuera de la ley, sino que se trata de la interpretación sistemática de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ayuda a resolver los conflictos de derechos y proporciona directivas específicas a las autoridades competentes. formulación de políticas públicas. Freedman sigue la línea de Cillero pero limita la interpretación de los derechos otorgados al interés superior del niño en lo que llama el "núcleo duro" de los derechos del niño, incluyendo "el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal".

Determinación de los intereses de un menor en una situación particular donde se deben determinar los correspondientes derechos del niño - v.gr.: En la determinación de la custodia o en el proceso de adopción - presuntiva, en el sistema de la Convención, la participación directa de los niños. Arte. 12 establece el derecho a ser oído de los menores. Ahora bien, ¿qué sucede cuando esto no es posible, por ejemplo, porque se trata de un menor sin la madurez necesaria, por ejemplo, un bebé o un niño menor de dos años? En estos casos, no se puede considerar realmente la verdadera voluntad del hijo. Entonces, ¿debería ser como le plazca, bajo estas condiciones hipotéticas?



Asimismo, se toma en cuenta los siguientes conceptos:

Juárez (2010) manifiesta que:

Se ha reconocido la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 como instrumento primordial para la protección de los menores; estableciendo así un nuevo criterio; consideración fundamental de la atención del interés superior del niño a través del Principio 2: el niño gozará de especial protección y dispondrá de las oportunidades y servicios, siempre y cuando todo ello de conformidad con la ley y los medios para que el niño pueda desarrollarse física, mentalmente, moral, mental y socialmente saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (p. 341)

Bavio (2013) sostiene que:

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

En cambio, el principio del interés superior de la niñez y la adolescencia se rige por el artículo IX del Título Preliminar del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece: “En toda medida concerniente al niño y al



adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente y el respeto a sus derechos”.

En relación al Código de los Niños y Adolescentes, Placido (2015) expresa:

Que dicho artículo no define al Principio de Interés Superior del Niño, por lo que hay que recurrir a las normas internacionales, como lo es, el artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que especifica lo siguiente, en todas las medidas relativas a los niños adoptadas por organizaciones de bienestar social, tribunales, órganos u organismos administrativos: Ya sea que se aplique la legislación pública o privada, la cuestión principal a ser abordado será la preponderancia de la preocupación del niño. (p.10)

Juárez (2010) indica las siguientes conclusiones sobre el principio del interés superior del niño:

Se aplica en toda medida respecto al niño, es un mandato dirigido a todos los Órganos del Estado, personas jurídicas y personas jurídicas y personas naturales, la obligación de su cumplimiento no es exclusivo de determinado nivel de la organización estatal o social, se aplica en toda decisión de índole administrativa, normativa, jurisdiccional y parcial, dirigido a proteger el interés superior del niño, niña o adolescente, no es



discriminatorio, limita la actuación del Estado y de los particulares, a nuestro entender, es un derecho de la niñez. (p. 238 – 239)

Finalmente, se debe señalar conforme lo expone Gamarra (2003) que la finalidad que cumple el principio del interés superior es:

En otras palabras, para proteger los intereses o derechos de los niños que están prescritos por la ley o son inherentes a los niños, en otras palabras, es ayudar a que los derechos o intereses de los niños se realicen, se apliquen bien, además, se realice la interpretación adecuada o se modifique según sea necesario para lograr el pleno desarrollo del niño. (p.62)

En ese sentido, el Tribunal Constitucional sobre el principio del interés superior del niño, es en el Expediente N° 01665 2014_PHC/TC-ICA, en el cual señala en el Fundamento 16 lo siguiente:

El principio del interés superior del niño se caracteriza porque sus efectos se irradian horizontalmente. Por lo tanto, la tarea de evaluar su alcance, cada vez que pasen las decisiones que les tomen, incluyen a todas las instituciones privadas o públicas, es decir, el Congreso de la República, los organismos ejecutivos del gobierno de la República de China y los tribunales de justicia. . Y exige de cada una de estas acciones una acción "garantizada" por la cual cualquier decisión respecto de un menor debe tomarse tratándolo como sujeto de derecho sin que ello sea necesario para asegurar la plena satisfacción de sus derechos.



2.2.3 Identidad Dinámica y Estática

Para efectos de entender la identidad dinámica y estática procederemos a contextualizarla. Según Fernández (1992):

La identidad estática, llamada también primaria o física es aquella referida a los primeros rasgos personales visibles y que generan una primera e inmediata visión de cada individuo, tales como la identidad genética o filiación, nombre, nacionalidad, sexo e imagen y otras características físicas que distinguen a una determinada persona de las demás, atributos que no varían con el tiempo, aunque excepcionalmente podrían llegar a modificarse mediante pronunciamiento judicial, como por ejemplo el cambio de nombre. Esta dimensión se refiere básicamente a la identidad física, biológica o personal de un sujeto y es estable durante toda la existencia humana. La identidad dinámica, por su parte, se refiere a los atributos relacionados con la ocupación, la religión, la moral, la posición política, así como las características y valores psicológicos de cada persona, es decir, todo lo asociado al proyecto de vida, vinculado al individuo. identidad del objeto proyectado externamente. Esta faceta de la identidad complementa a la identidad estática y varía según el desarrollo personal y la maduración de la persona (p.248)

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



progresa, involuciona, cambia... tiene una connotación, con todo aquello que el ser humano hace en y con su vida. (Fernández, 2014, p. 87 - 88)

El hombre, como un ser libre y racional, contempla su ser y su obra y toma decisiones con base en el "proyecto de vida" que ha proyectado y rediseñado de acuerdo con sus potencialidades, elecciones y el contexto social que enfrenta en el corto, mediano y largo plazo. En cada decisión que toma el hombre, elige y da preferencia a aquellas actividades, situaciones y relaciones que lo vinculan a diversos objetos y bienes, según lo considere necesarios o importantes para desarrollar su "proyecto de vida".

Como nos dice el jurista Fernández (2014):

La libertad ontológica-en que consiste el ser humano- se plasma en el proyecto de vida y en todos los demás proyectos que posibilitan el hacer su vida. ... las personas viven proyectándose para convivir en el tiempo. El hombre, como hombre libre, no es sólo radiactivo, sino estimativo. Para decidir hay que elegir, elegir un determinado proyecto, considerar el abanico de posibilidades u oportunidades que existen dadas por tus circunstancias, por el entorno en el que desarrollas tu vida, para hacer eso, oye, tienes que valorar, es decir, como, fuera de tus opciones, lo que tienes. valor. Este valor le otorgará un sentido a su vida (p. 667)

Por su parte Pino (2006) afirma que:



La amplia dimensión del derecho a la identidad que trascendiendo la esfera primaria, se refiere, nada más y nada menos, que al “proyecto de vida” de una persona explica porque ese derecho es invocado en circunstancias y contextos diversos, que involucran relaciones y derechos de diferente índole entre seres humanos y entre estos y diversos bienes materiales e inmateriales. Se trata pues de un nuevo derecho personal que se caracteriza por ser multiforme y adaptable y lo suficientemente flexible como para brindar protección a las más diversas situaciones y relaciones. (p.14)

Es por ello, que se puede afirmar que la identidad dinámica, puesta de manifiesto a través del “ proyecto de vida” de cada ser humano, comprende, entre otros, el derecho de cada persona a que se le reconozca como titular de sus actividades real y potenciales y de sus principales activos, que para las mayorías en el mundo son sus tierras, viviendas y pequeños negocios, así como el derecho a que se les brinde los instrumentos jurídicos y mecanismos institucionales necesarios para desarrollar sus actividades y defender sus derechos dentro de un sistema legal, moderno e inclusivo. (Delgado, 2016)

Para Fernández (2014):

En cambio, si lo que pretende disfrutar es la "verdad personal", entonces la protección de la identidad personal es "capaz en principio de cubrir todos los aspectos de la rica personalidad del sujeto". Esta escalabilidad de la protección de la identidad, en la medida en que se vincula a amplios atributos y características distintivas de la personalidad, hace que



necesariamente interfiera con la protección de los derechos de los demás niños. El vínculo esencial entre todos los derechos humanos como cada uno de ellos se refiere y se refiere a sí mismo, lo que lleva a que no siempre sea fácil distinguir claramente, ante eventos adversos, los derechos o intereses existentes. fue dañado (p. 237)

Nuestra Corte Suprema de la República en el recurso de Casación 950-2016 Arequipa Impugnación de Paternidad, ha señalado lo siguiente:

Primero.- Continuando con el análisis de las infracciones mencionadas en el apartado III de esta resolución, relacionadas con el interés superior de los menores y sus derechos morales, es necesario en primer lugar determinar claramente que, en el mejor de los menores, el principio de especial protección del niño consagrado en la El derecho internacional de los derechos humanos como principio fundamental, originalmente consagrado en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, se basa en la presunción de que los niños son lo mejor que tiene la humanidad, por lo que debe ser especialmente protegido. De forma amplia y precisa, está consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño, en su Principio 2° con las siguientes disposiciones: “el niño gozará de especial protección y tendrá la oportunidad y los servicios (...) para que los niños puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma sana y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”.



Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos también reconoce este principio, al señalar que los niños tienen “derecho a cuidados y asistencia especiales”.

Asimismo, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce que: "En todas las medidas relativas a los niños que adopten las organizaciones de bienestar público o privado, los tribunales, las autoridades, los órganos administrativos o legislativos, la consideración principal que se atenderá será la mejor protección del niño". intereses”.

La diferencia entre la concepción de la Convención y las Convenciones anteriores, sin embargo, es cualitativa, pues mientras la primera es sólo enunciativa, la segunda otorga a los Principios un efecto poderoso. y segundo, proporcionar a estos derechos garantías de su implementación y, en este contexto, considerar este derecho como un principio vinculante para todas las autoridades públicas y organizaciones privadas. Por lo tanto, sobre la base de este principio, que se considera como el objetivo de proteger los intereses máximos de los niños y la plena realización de sus derechos, como ser humano, se debe tomar esa decisión.

Segundo. - Que, en este punto de vista, relacionado con el derecho a identificar al menor, es una organización legal formada sin apoyo para los padres, pero en beneficio de los niños y la plena protección y desarrollo. De los



adolescentes, y la validez de sus derechos está garantizada, incluida El derecho a tener una familia y no ser separado de ella se destaca.

El derecho a la identidad debe entenderse como el derecho de que todo ser humano debe ser él mismo y ser reconocido como tal; en este sentido, los derechos de identificación personal debe protegerse en sus dos aspectos: la estática es limitada para determinar (fecha de nacimiento, nombre, apellido e incluso estado civil) y más dinámico, más amplio y, lo que es más importante, porque se refiere al hecho de que la persona sabe cuál es su identidad específica, debido a que las personas, como unidad psicológica muy compleja contiene muchos aspectos conectados entre sí, espirituales, psicológicas o somáticos.

Tercero. - Nuestra Constitución Política del Perú, en sus artículos 2° inciso 1°, consagra el derecho del niño a la identidad, al establecer que:

“Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”, derecho Constitucional que guarda consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 8° incisos 1° y 2° preceptúa: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, (...) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la



asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Dicho derecho también se halla reconocido en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que estipula: “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” y que además “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”. Las normas mencionadas garantizan el derecho a la filiación y el de gozar de una familia, del nombre y la identidad, así como el derecho del padre y de la madre a que se les reconozca y ejerzan su paternidad.

Cuarto. – La jurisprudencia constitucional establece que el derecho a la identidad, a que se refiere el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, (...)”



Sarabia (2018), en relación al derecho de la identidad estática y dinámica del niño o niña señala:

Si bien, la justificación del legislador tiene sustento en un principio constitucional tan importante como la protección y la consolidación del estado de familia, también es verdad que en ese momento no se analizó el principio jurídico de la identidad del niño, quizás porque no se tenía regulado como medio probatorio una científica y eficaz como la del ADN.
(p.124)

Sin embargo, ahora, en el contexto cambiante de los derechos humanos, incluidos los derechos de la niñez y la adolescencia, se encuentra que la protección de la familia como principio constitucional estaría en conflicto con el derecho a la identidad de la niñez y la adolescencia y se integrará a su familia inmediata, la misma familia amparada por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Constitución Política de nuestro Estado. Así, el surgimiento de las pruebas científicas de ADN es de gran importancia dada al derecho de identidad en su lado estático, que como señala Ortiz de Rosas, representa el origen genético biológico del hombre, que el derecho a la identidad ha sido vulnerado. como consecuencia lógica a la dignidad personal.

Así mismo, Lloveras, citada por Varsi (1999), considera que la identidad biológica implica el derecho a conocer la fuente de donde se origina la vida, sus propiedades genéticas y cromosómicas específicas, así como sus transmisores -los padres- y el ambiente en el que se expresan los genes, lo cual es importante para la definición histórica y el contexto cultural del nacimiento o aparición de una persona en el mundo social exterior. (p. 89)



Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7.1, prevé el derecho del niño a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento, a ser nombrado y a ser conocido y cuidado por sus padres en la medida de lo posible; El artículo 7.2 de la misma Convención obliga a los Estados partes a garantizar que la reducción de estos derechos sea compatible con sus obligaciones y obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales.

El artículo 8.1 de la Convención establece el compromiso de los Estados de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares; y el artículo 8.2 establece la obligación de brindar apoyo y asistencia adecuados para el oportuno restablecimiento de la identidad cuando un menor sea privado ilícitamente de ciertos elementos de su identidad.

Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia ha determinado que los derechos morales no solo tienen un componente estático o biológico, sino también un componente dinámico, y estos dos tipos forman una unidad inseparable. El primero es el resultado de la información genética que nos permite identificar biológicamente a cada ser humano sin riesgo de confundirlo con otra persona.



Este aspecto de la identidad se complementa necesariamente con un conjunto de atributos, rasgos y rasgos de personalidad; A diferencia de los datos biológicos, estos están sujetos a cambios con el tiempo.

Este conjunto de atributos de la personalidad constituye así el elemento dinámico de la identidad. En este sentido, si bien los niños y adolescentes, conforme al artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia, tienen derecho a la identificación biológica, a conocer a sus padres ya llevar su apellido; La misma afirma que tienen derecho al pleno desarrollo de su personalidad, en el marco de su identidad, que no es sino su identidad dinámica, principio mencionado en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

El principio del desarrollo integral de la personalidad está constituido por la libertad de permitir a cada persona decidir sobre su propia vida y desarrollar su personalidad en una determinada dirección, según una determinada escala de valores.

Es en virtud de la libertad que todos pueden escribir su propia biografía y perfilar su propia identidad. Por tanto, sobre la base de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, se mantiene legítimamente la identidad dinámica. En este sentido, se puede argumentar que el concepto de identidad personal es inseparable, no incluye únicamente datos biológicos.



El derecho a una identidad dinámica nos muestra el reconocimiento de su carácter inalienable frente al estatus del Estado como constrictión social de la relación; En este sentido, la identidad biológica es importante pero no absoluta, gran parte de la controversia se basará en la verdad emocional y la posición del estado padre-hijo y no solo en la relación de sangre sino también en la relación entre la identidad biológica y el punto dinámico.

2.2.4 Relación entre filiación e identidad

El término filiación -del latín *filius*, hijo- resume el conjunto de relaciones de naturaleza jurídica, dichas relaciones se definen por la paternidad y la maternidad, que vincula a los padres con los hijos en la familia. Así pues, se debe entender que el derecho de la filiación involucra a todas las relaciones familiares con contenido jurídico que determinan como sujetos de dichas relaciones a los padres respecto de los hijos y recíprocamente. De lo dicho se puede también afirmar que el derecho de filiación incluye también la institución de la patria potestad que los padres ejercen sobre sus hijos menores de edad y, por supuesto todos los deberes y derechos asistenciales.

En cuanto a la identidad como un derecho La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido: "como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (2011, caso 122). Siguiendo la misma idea, afirma que



"la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez". (2012, caso 242)

2.2.5 La determinación de la filiación y la identidad personal

La identificación del parentesco, como categoría jurídica, tiende a asegurar la identidad individual en relación con la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe considerarse universal: el derecho de cada persona a ocupar un puesto en el estado familiar correspondiente a su origen biológico.

Por ejemplo, este aspecto lo reitera la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por nuestro país con la ley 23.849 e incluida en la constitución nacional luego de la reforma de 1994 - artículo 75 artículo 22) "los estados miembros se comprometen a respetar la ley de menores para preservar sus identidades, nombres y relaciones familiares Cuando un menor es privado injustamente de algunos o todos los elementos de su identidad legalmente, los Estados miembros deben brindar apoyo y protección adecuados para restablecer rápidamente la identidad del niño.

De todas formas, el derecho a preservar la identidad personal como identidad filiatoria o genética es común a toda persona y no solo privativo de los niños. En



nuestro derecho positivo en el código civil, es incontestable la legitimación amplia del hijo para el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial, de impugnación del reconocimiento o de desconocimiento de la paternidad matrimonial y de la maternidad.

2.2.6 Estado de familia

Hemos dicho sintéticamente que el estado de familia trasciende como la atribución subjetiva de un conjunto de las relaciones jurídicas familiares. El contenido de estas relaciones está integrado por derechos-deberes, con los caracteres ya estudiados.

El título de estado de familia añade a la oponibilidad del estado. Teóricamente, una cosa es la titularidad del estado de familia en sí mismo, es decir, como atribución subjetiva de relaciones familiares, y otra cosa es la oponibilidad del estado de que se es titular. Claro que como dicha oponibilidad es uno de los caracteres del estado, es lógico suponer, que tal estado es una resultante del título 32. Es decir, el título determina el estado de familia, en cuanto de él resulta la atribución de determinadas relaciones jurídicas familiares.

La titularidad de relaciones jurídicas familiares descansa en el vínculo biológico presupuesto en concordancia con la imputación jurídica de deberes y derechos determinantes de aquellas relaciones.



Desde este punto de vista, la paternidad presupone la procreación; el matrimonio, la unión intersexual, etcétera. Sin embargo, aún estamos, en este nivel, ante presupuestos del estado de familia. La atribución jurídica de vínculos familiares, por su estabilidad y permanencia, requiere la determinación de tales presupuestos, mediante un adecuado sistema de publicidad. Ello da origen a la necesidad de título de estado para que se juzgue a su titular emplazado en el estado. Dándose los presupuestos y no el título, estaremos ante la necesidad de la prueba del estado, como etapa previa a la obtención de un título emplazatorio.

En resumen, podemos decir que el título estatal es, por tanto, un concepto que asume una definición material y formal. El título estatal, en un sentido material o sustantivo, es una posición en una situación familiar particular, que constituye una relación de derecho de familia. El título estatal, en sentido formal, es en cambio, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos del que surge el estado familiar de una persona en la actualidad. Tanto los conceptos de materia como de forma están íntimamente relacionados. No hay página web sin título y, por lo tanto, una página web es esencialmente un título. Diremos: la sede la constituye el título estatal. Al mismo tiempo, este título requiere alguna forma -un aspecto formal- respecto a su antítesis. Este título se asocia tanto a la causa de estipular un conjunto de relaciones de derecho de familia, como a la oposición derechos-deberes como su contenido, aunque en esta doctrina se define en el siguiente sentido. (Delgado, 2016, p.110)



SUBCAPÍTULO III

2.3 EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

2.3.1 Concepto del Principio del Interés Superior del Niño

En 1989, la Organización de las Naciones Unidas publicó la Convención sobre los Derechos del Niño, la primera convención internacional de efecto universal y fuerza vinculante que rige los derechos humanos relativos a la niñez. El artículo 3 de la Convención establece: "En todas las medidas relativas a los niños adoptadas por instituciones de bienestar público o privado, tribunales, órganos administrativos o legislativos, la consideración primordial será el interés superior del niño". (CDN, 1989)

En el desarrollo de la Convención, el término interés superior del niño se menciona en cinco artículos adicionales; sin embargo, ninguno de ellos brinda una definición al respecto, dando lugar a teorías sobre las propiedades y limitaciones del término, promoviendo en la mayoría de los casos inseguridad jurídica en torno a la aplicación del interés superior del niño por parte de los tribunales de justicia.

La Convención de los Estados Partes establece el Comité de los Derechos del



Niño, con pleno respeto al interés superior del niño, que vela por la aplicación de la Convención. En ejercicio de estas facultades, en 2013 la Comisión emitió la Observación General No. 14 sobre “El derecho del niño a ser considerado en su interés superior”.

El Comité señaló que: “el propósito general de los Comentarios es promover un cambio real de actitudes a favor del pleno respeto a los menores como sujetos de derechos”. Su propósito se establece a continuación para asegurar que los Estados Partes atiendan el interés superior del niño y lo respeten.

Determinar el concepto de interés superior del niño con un carácter jurídico particular es de suma importancia ya que de él seguirá la forma de actuar del niño. Por lo tanto, si el interés superior del niño actúa como principio, será función del niño sopesar los derechos en conflicto; mientras que, si se trata de un derecho de contenido, el interés superior se aplicará directamente y el experimento recaerá sobre él.

El principio de que el interés superior del niño debe entenderse como el eje fundamental de los procesos en los que intervienen los niños, niñas o adolescentes, en tanto forma parte del sistema de protección de la niñez, reconocido desde la Declaración de Ginebra sobre la Derechos del Niño, adoptado por la Liga de las Naciones el 26 de diciembre de 1924.

Este principio normativo sobre los derechos del niño se fundamenta en la dignidad de todo ser humano, en sus características intrínsecas y en la necesidad



de promover el desarrollo global, para utilizar todo su potencial, así como la naturaleza del niño. de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Adolescente.

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

En el contexto internacional, es importante resaltar lo establecido en Declaraciones y Tratados Internacionales que han llevado al establecimiento del interés superior del niño, como un principio muy importante. Así mismo, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prescribe que todo niño o niña tiene derecho a las protecciones que, en su condición de menor de edad, tiene derecho a ser protegido por solicitudes, de familiares, la sociedad y el Estado. De igual forma, y técnicamente, ha sido amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 4 y 5, y en particular en el mencionado artículo 3, con relación a nuestro continente americano, pudiendo determinarse que la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre establece en su Artículo VII que todo niño o niña tiene derecho a protección, cuidado y asistencia especiales. En esa línea el artículo 3. 1. de dicho



Convenio indica que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (CDN, 1989), El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de los Estados Unidos, los Derechos del Niño, enfatiza que todo niño o niña tiene derecho a las protecciones requeridas por su condición de menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño toma como principio rector el interés superior del niño, por lo que el Estado debe garantizar la protección y el cuidado adecuados cuando uno de los padres u otra persona responsable no pueda hacerlo. Como tal, es del interés superior del niño ser el parámetro para que los niños, niñas y jóvenes sean considerados sujetos de derechos.

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

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



1° Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses, siendo, por lo tanto, un derecho primordial y este se toma en cuenta para todo tipo de decisión o práctica que involucre al niño y adolescente.

2° Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga el interés superior del niño; el marco interpretativo se encuentra presente en la Convención sobre los Derechos del Niño y los Protocolos Facultativos.

3° Es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

2.3.2 Relación de la identidad dinámica con el Interés Superior del Niño

Los derechos morales son bienes jurídicos creados para los hijos, no para los padres, y a través de ellos se protege y desarrolla de manera armónica y completa la personalidad de los menores de edad, las obligaciones constitucionales, y también puede garantizar la vigencia de los derechos propios, como el de tener una familia. y no estar separado de ella.

El interés superior del niño es el principio rector del derecho de familia, y es sobre



esta base que deben resolverse los conflictos en los que se ven envueltos. Cabe señalar que habrá casos en que las disputas podrán ser resueltas sin mayores inconvenientes administrativos, ya que se aplicarán las realidades biológicas, por ejemplo, cuando los menores aún no hayan desarrollado una identidad familiar con el padre legal, o a causa de este abandono, por motivos de violencia u otros motivos; De igual forma, quienes a pesar de haber desarrollado una relación parental con el padre legal, también conocen sus orígenes biológicos y logran desarrollar una relación con el padre, superando el pasado con ayuda profesional.

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

2.3.3 El principio de protección especial del Niño

El principio de protección especial del niño es considerado un principio fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos y así debería considerarse en las legislaciones de cada Estado. Fue establecido originalmente en la Declaración de Ginebra de los Derechos del



Niño, partiendo de reconocer a los niños como un gran valor para la familia humana, razón por la cual es necesario brindarles una protección especial.

De manera general, este principio ha sido consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño, donde el principio 2º establece que "el niño gozará de protección especial y de oportunidades y servicios (...) para desarrollarse física, mental, moral, mental y mentalmente". y socialmente en forma sana y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad".

Por su parte, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce también este principio cuando establece que los niños tienen "derecho a cuidados y asistencia especiales". Asimismo, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 reconoce que "Los Estados Partes se comprometen a garantizar al niño la protección y los cuidados necesarios para su bienestar".

Finalmente, el artículo 19 de la Convención de Derechos Humanos de los Estados Unidos establece que todo "niño tiene derecho a las protecciones que las condiciones del niño como menor exigen de su familia, la sociedad y el gobierno". Asimismo, el principio de protección especial del niño está reconocido por los artículos 23.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de la sociedad y la cultura.



Por lo dicho debe entenderse que todo ser humano menor de dieciocho años de edad, se constituye como sujeto de derecho y por tanto de protección especial requiriendo la asistencia y cuidados necesarios para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos.

De ahí que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partiendo de la premisa de que el niño es un sujeto de derecho de protección especial para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, haya destacado que la "protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos" '. Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4° de la Constitución reconoce que la "comunidad y el Estado protegen especialmente al niño".

2.3.4 La Función Tuitiva del Juez de Familia en los procesos de familia en el marco del Estado Constitucional (Tercer Pleno Casatorio Civil)



El derecho procesal de familia está concebido para resolver con prontitud los conflictos surgidos en las relaciones familiares y personales, proteger a los hijos, padres, cónyuges, hermanos, etc. de la parte agraviada con el juicio civil. por la naturaleza de los conflictos a resolver y exigen al Juez una conducta conciliatoria y sensible que vaya más allá de las meras cuestiones procesales y técnicas, situando la discusión como último recurso.

En la tercera versión integral de la revisión de casación civil, la versión de casación n. 4664-2010-PUNO Caso René Huaquipaco, Corte Suprema de Justicia designa:

Es cierto que la Doctrina considera la tutela efectiva de los derechos judiciales fundamentales un elemento fundamental del estado de derecho, y cabe señalar que esto también se aplica al debido proceso. Es cierto que para que una defensa eficaz requiera un proceso con una "mínima garantía" para poder dictar un juicio justo y objetivo, deben existir procedimientos al servicio del contenido, en la medida en que son medios para determinados fines.

En el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, que incluye dos formulaciones, se sostiene que el Perú es un Estado democrático de derecho, así como un Estado social, del cual debe participar y responder a los requerimientos de todos los segmentos de la sociedad. Posteriormente, la Corte Suprema concluyó el principio de la jerarquía suprema y manifiesta que el Perú es un estado socialdemócrata.



La teoría de que el estado social de derecho alude a: un estado constitucional, es decir, un estado de justicia social, exige justicia e igualdad ante la ley para todos y en particular una protección para sectores vulnerables como el de los niños. En tal sentido los jueces tienen el compromiso de hacer justicia con honestidad y respeto a las leyes buscando proteger especialmente a los más débiles de la sociedad. El artículo 4 de la constitución política del Perú impone al Estado y sus instituciones la obligación de brindar protección especial a los niños, adolescentes, ancianos y madres desamparadas, extendiéndose también a proteger al matrimonio y la familia.

Las normas jurídicas que tratan de la familia se encuentran tanto en el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, reiterando los deberes, derechos y obligaciones que se derivan de la relación familiar, aprovechando principios como el de socialización, la igualdad de derechos y el interés superior de los niños.

La naturaleza del derecho de familia permite que el tribunal tenga competencia para evitar procedimientos innecesarios, siempre que brinde garantías de un juicio justo y en igualdad de condiciones a las partes en el juicio, por lo que es importante enfatizar que las partes buscan un proceso eficiente y juicio justo. Comentarios sobre la fiesta. de autoridades judiciales. En los juicios de familia debe prevalecer una conducta conciliatoria y sensible, más allá de las meras formalidades y cuestiones técnicas, en favor de la resolución de conflictos, que es propia de la función tutelar o tutelar del juez de familia.



CAPITULO III

3 PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú

El Estado tiene un especial interés en lo que concierne a investigar la paternidad. Para tal fin se pone especial atención a la estructuración y ubicación de las acciones de filiación dentro del Derecho Familiar Público, ello con el propósito de dar las mayores seguridades y cautela a las medidas judiciales orientadas a determinar la relación de familia.

Toda acción referida al estado filial está dirigida a las posibles afectaciones del estado civil del sujeto. Del resultado de dichas acciones varían como consecuencia los atributos de la persona como la identidad, nombre, estado, justificándose la denominación como acciones de estado. Su importancia, como señala Díez-Picazo y Gullón, (1986), se da en “la relevancia que adquiere en los momentos patológicos en los que se origina un conflicto o un litigio” (p.341).

Nuestro Código no tiene un título especial que regule las acciones de filiación, a diferencia de otros como el de Cataluña, Chile, España, Francia, Paraguay, República Dominicana, por mencionar algunos. A pesar de su importancia, las acciones de filiación están contenidas dentro de cada uno de los Títulos I y II de la Sección Tercera: Sociedad Paterno-Filial.



3.1.1 Concepto de acciones o pretensiones de filiación

Toda acción o pretensión referida a la filiación se orienta indudablemente al estado de familia y pretende establecer el denominado *status filii* o calidad de hijo mediante un emplazamiento que es iniciado por quien carece de ese estatus, o un desplazamiento en caso que la filiación establecida no coincida con la real.

Dice Azpiri (2006), refiriéndose a las acciones o pretensión de filiación, señala que “son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Es llevar a los estrados judiciales su determinación, es decir, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta” (p. 113).

a. Delimitación

Las mencionadas acciones se orientan a un estado de familia de carácter especial, concreto y particular, es decir, aquel estado que se limita a la vinculación entre padres e hijos en razón del hecho biológico de la procreación y de la institución jurídica de la filiación.

b. Objetivo

Las acciones de filiación buscan facilitar la adecuación entre la filiación como hecho y la filiación como relación jurídica. Se canalizan a través de acciones judiciales, de demandas, que procuran la identificación de los vínculos de filiación tendiendo a la investigación de la parentalidad.



Su objeto versa sobre el título de estado de familia, sea porque se pretende comprobar un estado, y de esa manera obtener un título del que se carece, o porque ese título es falso o viciado, o para crear un estado nuevo o para modificar un estado que se ostenta.

Su fundamento reside en la prueba de un hecho: la correspondencia entre la verdad biológica (procreación) y el estado filial (situación). Buscan la adecuación entre la verdad formal y la verdad biológica.

3.1.2 Principios y características

Según señala Ferreyra de La Rúa (2012), el proceso de familia tiene principios propios como los que se consignan a continuación:

- Oficiosidad.
- Inmediación.
- Oralidad y libertad.
- Amplitud probatoria.
- Tutela judicial efectiva.
- Buena fe y lealtad procesal.

Además de los mencionados principios el proceso de familia presenta las siguientes características:

- Imprescriptibles,
- inalienables,
- personales,



- intransmisibles,
- indisponibles,
- irrenunciables,
- eficacia *erga omnes*,
- declarativas.

1° Imprescriptibles

Esta característica se refiere a que el transcurrir del tiempo no afecta a su admisibilidad o requerimiento. La caducidad presenta una especial importancia en lo que se refiere a las acciones de filiación. La aplicación de la imprescriptibilidad ha determinado, como es el caso de Argentina, ciertos criterios de interpretación en el ámbito jurisprudencial y algunas declaraciones de inconstitucionalidad en lo referido a los plazos de caducidad o la forma de cómputo.

2° Inalienables

Esto quiere decir que sus efectos no pueden ser limitados o restringidos, tampoco pueden ser mercantilizados ni cedidos.

3° Personales

Esto quiere decir que pueden ser utilizados por un número limitado de personas.

Hay que señalar que actualmente la tendencia se orienta a liberalizar la legitimidad



de obrar. Así pues, esta característica está perdiendo relevancia, no son tan *intuitio personae*, puesto que prima el interés de conocer la verdad, esto quiere decir que prima el derecho obtener y difundir la verdad. De esta manera la legitimación no se cierra del todo, puesto que se concede para la defensa de intereses que se consideran prioritarios o preferentes.

Así, los bienes jurídicos no quedan completamente excluidos, sino que se otorgan para proteger intereses que se consideran prioritarios. La tendencia es extender la legitimidad a cualquier tercero que alegue un interés legítimo. Asimismo, el oponente legal, que es el responsable directo de ser demandado, el primero y más próximo en interés, da paso a terceros (herederos) que pueden ser demandados.

4° Intransmisibles

Según esta característica no pueden ser transferidas bajo ningún título.

5° Indisponibles

Las acciones escapan al ámbito de la autonomía de la voluntad. Según esta característica la materia no puede ser regulada fuera de proceso judicial, así como también no cabe la transacción, el arbitraje, ni el allanamiento, en todo caso se entiende como mero reconocimiento.

6° Irrenunciables



El disfrute natural de estas acciones impide que sea posible renunciar a ellas, sin embargo, si se podrá renunciar al derecho a ejercitarlas.

7° Eficacia *erga omnes*

De acuerdo a ello los efectos de las acciones son de carácter general en relación a las personas que se hallan vinculadas mediante la filiación. No es posible establecer una filiación una filiación *in diminuto*, por ello se rebata la institución del hijo alimentista quien termina siendo un hijo a plazo determinado.

3.1.3 Eficacia de las acciones de filiación en su realización

E objetivo de las acciones de filiación es lograr que se concrete y realice un estado de familia, por ello es entendible que se acepte el ejercicio de medidas cautelares como las de alimentos y derechos sucesorios.

Las medidas cautelares en el Derecho de Familia presentan algunas particularidades o connotaciones propias en cuanto a su carácter instrumental, a su providencia inaudita parte, a los presupuestos que hacen a su admisibilidad y ejecutabilidad, a la facultad del órgano para disponerlas de oficio, a la disponibilidad inmediata de su objeto y a la no sujeción normativa a plazos de caducidad. (Fama, 2009, p.230)

3.1.4 Clases de acciones de estado filial



Las acciones de estado filial tienen como objetivo adjudicar o desarticular una filiación. Esto quiere decir que se puede emplazar el estatus que no tengo o desplazar la filiación que está establecida y considero no es la mia, de allí que se denominen de reclamación e impugnación.

Entre ellas tenemos las siguientes:

Acciones								
Reclamación			Desconocimiento					
Matrimonial	Extramatrimonial		Matrimonial		Extramatrimonial	Adopción		
	Paternidad	Maternidad	Paternidad	Maternidad	Reconocimiento	Invalididad	Impugnación	
			Impugnación		Impugnación			
373, 374	40	2	40	36	37	399	Nulidad	Anulabilidad
	L. 28457		9	3	1		219	
								385

Fuente: Enrique Varsi Rospigliosi en: “Las acciones filiatorias”.

A. Acción de Reclamación



A este tipo de acción se le denomina también como acción de declaración positiva, acción o vindicación de estado civil, inquisición de estado, o también solamente reivindicación.

Esta acción constituye un reconocimiento judicial, que se da de manera forzada o coaccionada. Así pues, este tipo parte del supuesto que considera la falta de un título de estado.

Según refiere Krasnow (2005, p. 31) la acción de emplazamiento: “Se traduce en colocar a una persona en un determinado estado de familia”. Por lo que se puede afirmar que esta acción pretende otorgar una filiación a quien no la tiene. En este caso la pretensión resulta emplazatoria. Por esta acción se puede solicitar se declare una filiación que no se ostenta, esto en dos casos:

1° Matrimonial: en este caso la acción opera cuando el hijo no posee título ni posesión de estado de hijo matrimonial, razón por la cual solicita se le declare como hijo matrimonial.

2° Extramatrimonial: en este caso el derecho se otorga a quien no tiene una filiación establecida, y se le faculta solicitar se establezca la filiación respecto a quien considera su padre o madre.

B. Acciones de desconocimiento

A esta clase de acciones se les conoce también con el nombre de acciones de repudio filial o declaración negativa. Básicamente lo que se busca es separar



a una persona del estado de familia que posee, esto quiere decir también que se pretende dejar sin efecto la filiación de quien la posee, ello por supuesto fuera de los supuestos que permite la ley.

3.2 Tratamiento de la identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y los procesos de filiación en el Perú

En cuanto al derecho a la identidad, como sabemos, hubo un importante desarrollo constitucional en el Perú, sin embargo, ante este desarrollo, la doctrina asumió sus primeras y sólidas proposiciones. Tanto es así que el principal exponente es el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego, pionero de la teoría de la identidad individual en América Latina y Perú.

El Doctor Fernández Sessarego (2006, p. 18) la definió como: “el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro”.

Esta teoría de la identidad personal se sustenta en la libertad que como señala el mismo autor: “constituye el ser del hombre, esta permite que cada ser humano realice, de acuerdo con su decisión, su único, singular e irreplicable proyecto de vida...cada ser humano tiene derecho a ser él y no otro” (Fernández Sessarego, 2010, pp. 733-734).



Y cuando hablamos de libertad, hablamos de existencialismo, de esa corriente filosófica que redescubre al hombre como un ser libre, un ser creativo, responsable, móvil, en constante movimiento. Así, como en la libertad cada uno construye su propio proyecto de vida, es él quien establece su propia identidad, su propio ser, es decir, la identidad encuentra también su fundamento en la libertad humana y parte de la vida.

Cabe señalar que, como antecedente de esta teoría, tenemos el caso de Italia en 1974 cuando una sentencia del Tribunal de Casación lo definió como un nuevo interés humano digno de tutela judicial. Sin embargo, se debe al jurista Adriano de Cupis su denominación desde 1961, pese a que en este momento la óptica era limitada dado que solo consideraba como identidad a los signos distintivos de la persona que aluden a una visión estática (Zamudio 2010, pp. 94-95). Posteriormente, fue la Corte di Cassazione italiana que en 1985 la reconoce como un derecho jurisprudencial en Italia, y la define como:

Cada sujeto tiene un interés, generalmente considerado como merecedor de tutela jurídica, de ser representado en la vida de relación con su verdadera identidad, tal como ésta es conocida o podría ser conocida en la realidad social, general o particular, con aplicación de los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva (Fernández Sessarego, 2015, pp. 94-95).



Se tomo en cuenta el problema de la jurisprudencia italiana sobre el tema, pero consideró que la identidad biológica también merece ser incluida en la identidad personal. (Fernández Sessarego, 2015). En su lugar, la identidad personal debe reunir todo lo que constituye la propia realidad plenamente existente y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta la identidad estática como también la identidad dinámica.

Así pues, distingue dos tipos de identidad personal, la identidad estática, que permanece y no cambia a lo largo del tiempo, y la identidad dinámica, que se sustenta en la libertad y la dignidad humana, que atiende a la naturaleza del hombre y se identifica con aspectos trascendentales a lo largo de su vida por lo que pueden cambiar.

Cabe señalar que la identidad estática muchas veces se confunde con la identidad, término que se ha utilizado erróneamente en el Perú para referirse a la identidad general sin distinguir sus aspectos.

Porque se entiende que los aspectos de la persona no cambian con el tiempo. Podemos entonces citar como ejemplos de factores objetivos o las llamadas identidades estáticas, datos que se refieren al lugar y fecha de nacimiento, quiénes son los padres, entre otros que sobre sí mismos, su calidad no cambia con el tiempo, pues no dependen del desarrollo del hombre en cuanto a su libertad y dignidad. Mientras que los factores subjetivos o lo que se llama identidad dinámica serían la orientación sexual, la ideología política, etc.



Los dos aspectos requieren protección legal y regulación. Así también, hace un interesante análisis que distingue entre derechos de identidad y derechos de privacidad, ya que en el primer apartado se refiere a un reconocimiento legítimo de la predicción que un sujeto tiene sobre sí mismo al prestar atención a su propia identidad. conseguir. protección legal. a cerca de ellos. Mientras que el segundo es una infrarrepresentación en el ámbito público de sus aspectos más personales, muchas veces asociado a esa previsión suya (Fernández Sessarego, 2015, pp. 681-682).

Cabe señalar que la investigación del profesor Fernández Sessarego influyó en la inclusión del derecho de identificación en el artículo 2 de los Derechos Fundamentales de la Constitución peruana de 1993, actualmente vigente. En este sentido, podemos resumir **el derecho a la identidad personal como el derecho a ser quienes somos y esa opción a ser legalmente reconocidos y protegidos, de modo que nuestras identidades reflejen lo que somos, en el aspecto estático y dinámico.** Esto se sustenta en aquella construcción que hacemos cada uno de nosotros mismos, atendiendo a nuestra libertad y como seres que poseemos dignidad.

En relación a lo anterior se debe precisar que la Corte Suprema, a través de su jurisprudencia en diversas ocasiones ha manifestado que el derecho a la identidad de la persona no termina en el sentido restringido de la dimensión estática, como por ejemplo en su origen genético-biológico, en su identificación, lugar y fecha



donde nació, nombre y apellidos, estado civil, etc.; sino que además dicho derecho fundamental, posee otro aspecto dinámico referido a la unidad psicosomática de la persona, la que se conforma por diversos aspectos de índole familiar, cultural, ideológica, religiosa, política e histórica existencial, las cuales van a perfilar su personalidad.

De allí el imperativo de que los jueces de familia al momento de emitir un fallo en un proceso de impugnación de paternidad (que generalmente involucran a un menor) tienen el deber de valorar la dimensión dinámica del derecho a la identidad, esto en relación con el interés superior del niño, y el derecho que éste tiene a ser escuchado, lo contrario generaría graves consecuencias en su desarrollo, además del daño psicológico al separar al menor de una figura paterna con la que ya había establecido vínculos afectivos.

3.3 La identidad dinámica y su tratamiento en la jurisprudencia y derecho comparado

En el marco del análisis del tema de la presente investigación se ha podido recoger algunos casos correspondientes a legislación y jurisprudencia en el derecho comparado, en ellos podemos reconocer la importancia que se da a la identidad dinámica. A continuación, presentamos algunos casos.

1° Argentina



Desde hace ya unos años viene abriéndose en diversos tribunales argentinos el criterio referente a la ampliación de la legitimación para la impugnación de la paternidad matrimonial. Sin embargo, la doctrina está dividida y así nos encontramos con quienes consideran que el artículo 259 del Código Civil es acertado, quienes consideran que el mismo es inconstitucional y quienes adoptan una postura intermedia. Esta última ha sido la adoptada por la justicia mendocina en el fallo sujeto a análisis, a saber “D.M., E.R.L. v/ V., R.E. s/ Impugnación de filiación matrimonial” (Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza – 18/12/2007).

La parte actora, E.R.D.M., interpone la acción de impugnación de filiación matrimonial contra el matrimonio de R.E.V. y A.N., solicitando que se declare la inconstitucionalidad del artículo 259 de Código Civil el cual legitima para la interposición de dicha acción al hijo cuya filiación es cuestionada, al marido de la madre, y excepcionalmente a los herederos de éste.

Sostiene E.R.D.M. que mantuvo una relación afectiva con la Sra. R.E.V., quien se encontraba separada de hecho de su cónyuge Sr. A.N., y como fruto de dicha relación fue concebido el niño F.E.N, cuyo nacimiento se produjo en el mes de abril de 1999, luego de haberse reconciliado el matrimonio N.V.- La inscripción en el Registro de las Personas la realizó sólo R.E.V en el mes de febrero de 2000.

Tiempo posterior a la mencionada reconciliación, el Sr. A.N reconoce a F.E.N como su hijo. La actora se ausenta de la ciudad de Mendoza, sin haber reconocido a quien dice ser su hijo, alegando que no realizó dicho reconocimiento en forma



oportuna atento que había perdido su Documento Nacional de Identidad y cuando regresó de su viaje, el niño ya había sido reconocido por A.N.

En Primera Instancia, la Jueza no hace lugar al planteo de la inconstitucionalidad del artículo 259 del Código Civil y en consecuencia, rechaza la demanda interpuesta por E.R.D.M. por falta de legitimación activa.

Al momento de resolver, **la Jueza estima que el interés superior del niño en el caso de marras es el de preservar la identidad, la estabilidad y el acceso a la verdad al margen del componente genético.** El niño se encuentra identificado con la familia en la que vive y comparte vínculos afectivos con padres, hermanas, abuelos, tíos.

La Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributaria de Mendoza, resolvió confirmar la sentencia de Primera Instancia que denegó la acción de impugnación de filiación matrimonial interpuesta por el padre biológico, quien basa su petición no en el artículo 259 del Código Civil- sino más bien **en el Interés Superior del Niño que es un principio constitucional**, con lo que se alinea con la doctrina legal de la Suprema Corte de Mendoza.

Como se vio en el caso presentado, la jurisprudencia argentina sostiene que los derechos morales pesan más en el lado dinámico que en el estático, pero siempre abre la puerta a que los niños tengan derecho a cambiar de pertenencia cuando estén en condiciones de hacerlo.



2° Chile

En la jurisprudencia chilena encontramos el caso Rol 18213-2019. Donde la verdad social sobre el parentesco prevalece sobre la verdad biológica. Un caso interesante y relevante para nuestro análisis es la sentencia del GRAN TRIBUNAL en el caso rol 18213-2019. En este caso, una madre presentó una disputa de paternidad en nombre de su hijo de ocho años contra el padre biológico del niño, junto con una demanda contra su actual pareja. Su accionar se basa en que el padre biológico del niño lo abandonó a la edad de un año, esto desde el punto de vista económico, así como desde el punto de vista afectivo y familiar, mientras que su actual pareja qué tipo de persona en realidad lo es. . se desarrolla como el verdadero padre del niño y por lo cual quiere que se le reconozca como tal.

La petición alegada fue denegada tanto en primera como en segunda instancia, sobre la base de una interpretación limitada de las disposiciones contenidas en los artículos 195, 200 y 201 del código civil, entendidos tradicionalmente como estas reglas dan precedencia a los hechos biológicos y que, sólo en casos excepcionales prevalecerá como sustento y causal de recurso la notoria tenencia del hijo y/o el estado civil del padre.

Dicho lo anterior, se ha interpuesto un recurso de apelación basado en que la interpretación a que se refiere el párrafo anterior no sólo constituiría una tergiversación de nuestro derecho interno, sino que estaría



en clara violación de la Convención sobre los derechos del niño en relación con sus artículos 3 y 8, porque la aplicación a todos los hechos sobre la prevalencia de la verdad biológica no representa una visión global de la asociación como predictor dinámico de la identidad, sino que excluye, por ejemplo, las llamadas asociaciones afectivas.

En cuanto a lo anterior, LA CORTE SUPREMA acoge el recurso de apelación, dicta sentencia de reemplazo, quita el estado civil al padre biológico y **concede al demandado, quien además es la pareja de hecho actual de la madre del menor, quién se había desempeñado a lo largo de los años como el verdadero padre.**

Lo anterior no sólo constituye un marco jurídico antecedente de gran relevancia en cuanto a la interpretación de las normas jurídicas del Código Civil en materia de filiación, sino que reconoce una concepción más amplia y armonizada del derecho internacional sobre el concepto de paternidad. Al respecto resulta digno de análisis el cuarto considerando del fallo que acoge el recurso, dicho considerando señala que “tal como lo estableció en varias ocasiones este Tribunal (CS 18.707 2019, CS 12.792 2019) al amparo de la reforma a la Ley 19.585, el legislador hace prevalecer en materia de filiación el llamado principio de veracidad, cuyo criterio rector es el derecho a la identidad, fundado en el derecho a investigar la paternidad o maternidad así como en el acceso que se reconoce a toda persona a una investigación judicial que permita una amplia admisibilidad probatoria, estatuye la imprescriptibilidad y la irrenunciabilidad de la acción de reclamación de filiación.



Pero en cuanto a la primacía de la prueba biológica que establece este estatuto, no es absoluta, puesto que se considera la excepción de la notoria posesión del estado civil de un hijo la cual se prefiere a la prueba pericial de carácter biológico. , según lo dispuesto en el artículo 201 del código civil, pues no existe en el título VIII del libro I de este estatuto algún precepto que impida demandar esa posesión evidente del estado de hijo como base de una acción de impugnación y reclamación , y no solamente como una excepción.

Ello resulta ser así, dado que esta Corte ha declarado (CS 18.707 2018) de acuerdo con la doctrina de los juristas que hoy "la filiación ya ha dejado de ser considerada como una relación de sangre entre el padre, la madre y los hijos, sino más bien como una situación jurídica, relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia"

Pues bien, los planteamientos doctrinarios antedichos permiten afirmar que el derecho a la identidad, no se limita a considerar el aspecto físico o biológico de la persona, sino que comprende su aspecto espiritual, intelectual, político y profesional entre otras peculiaridades de cada uno, se proyecta socialmente merced a la exteriorización de éstas, y encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano por el hecho de ser tal: se trata entonces de un derecho autónomo, personalísimo y por sobre todo inalienable, siendo por ende merecedor de la tutela jurídica que el derecho debe proporcionarle”.



3° México

Como informó Casares (2015), el derecho a la identidad es muy importante para el bienestar de cada persona y por supuesto también para la sociedad dado que es un derecho fundamental que involucra elementos de origen como también de identidad personal. Estos elementos conforman no solo forman el origen de la persona sino además elementos considerados claves en la identificación.

Por otra parte es cierto que los códigos civiles y las leyes en México establecen que los menores deben ser registrados ante un juez o ante el registro civil de la municipalidad o delegación y que el niño tenga información básica en el acta de nacimiento como nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad¹ y nombres de los padres.

Respecto al derecho a la identidad en la Constitución y en la ley mexicana podemos señalar lo siguiente:

“La adición constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 17 de junio de 2014, del artículo 4, párrafo octavo, fue el parteaguas para reconocerse en México el derecho a la identidad como derecho fundamental para que las personas tengan la certeza de que el Estado tiene que reconocer y buscar los mecanismos legales para hacerla efectiva”. (Casares, 2015)

La **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, en su artículo 4, párrafo octavo, señala que: “toda persona tiene derecho a la identidad y a ser



registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”.

Asimismo, la **Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en México**, en el artículo 19, precisa los elementos que comportan el derecho a la identidad, el cual textualmente señala:

Artículo 19. Niñas, niños y adolescentes, en términos de la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho a:

- Tener el nombre y apellido que le corresponda, así como ser inscrito de forma inmediata y gratuita en el Registro Civil respectivo, y tener la primera copia certificada de la escritura correspondiente expedida en forma rápida y gratuita, en los términos aplicables;

- Tener una nacionalidad, de acuerdo a lo que se dispone en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y también en conformidad con los tratados internacionales;

- **Conocer su filiación y origen, en la medida de lo posible y siempre que ello este conforme al interés superior del niño, y**



- Preservar su identidad, incluidos sus nombres, nacionalidades y lazos culturales, así como sus lazos familiares.

Si nos fijamos en el apartado resaltado del artículo 19, podemos concluir que la identidad de los niños debe considerarse en función del interés superior del niño, por lo cual bajo este marco se puede afirmar que en el caso que el menor haya desarrollado una identidad dinámica debe prevalecer el interés superior del niño en favor de proteger su adhesión afectiva a las personas con quienes ha establecido una identidad dinámica.

3.4 El derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial desde la perspectiva de la doctrina jurídica

Según precisan López y Silva (2015) la filiación es una categoría íntimamente relacionada con la sexualidad, pues identifica a los autores genealógicos de los hijos y constituye su *causa iuris*. Por otra parte, Fama (2009) manifiesta que el vínculo biológico, entonces, se perfilaría como el elemento natural, primario e indispensable para hablar del concepto jurídico de esta categoría de filiación.

Sin embargo, el dato genético responde a un hecho único: el causado por los genes; en cambio, “la filiación como hecho jurídico no es un simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento” (Molina, 2014). Basta simplemente adherirse a las instrucciones legislativas aprobadas para dicho propósito.



Por otra parte, Kemelmajer y Herrera (2010) sostienen que en materia de filiación no hay una sola verdad, sino varias verdades:

- La filiación afectiva que considera que el verdadero padre es el que ama.
- La biológica que sostiene que los lazos son sagrados.
- La sociológica que alude a la posesión de estado.
- La volitiva que considera que para ser padre o madre es necesario que sea un acto de voluntad libre que quiera serlo.
- La del tiempo pues día a día se refuerza el vínculo.

“En dicho orden de ideas, si bien esta categoría clásica de filiación observa una interacción entre la realidad biológica y el emplazamiento filial, entender que el respeto a la identidad se remite exclusivamente al elemento biológico, es caer en una postura extrema y peligrosa. Desde esta visión se deja de lado su faz dinámica y resulta errada”. (Herrera, 2015)

De lo dicho no debe entenderse que el origen biológico no sea un elemento necesario del derecho a la identidad, todo lo contrario “la verdad histórica, en su manifestación biológica, debe construir el pilar central del enclave normativo del vínculo filial” (Llovera y Salomón, 2015, p.115). Lo que sucede es que la verdad como axioma y principio rector excede el emplazamiento filial.

Kemelmajer y Herrera (2010) observan que -en relación a la acción de impugnación de la filiación matrimonial- **“no se niega el derecho a conocer la**



realidad biológica, pero se pone una restricción razonable al derecho a establecer vínculos biológicos cuando la solución jurídica no tiene justificación en la realidad social”.

En esa línea, si tanto el derecho a conocer el propio origen como el derecho al emplazamiento filial derivan del derecho a la identidad, se distinguen por apreciar conflictos específicos que indican la necesidad de considerar su autonomía. Como señala Famá (2009, p. 2): “La cuestión puede presentarse frente a diversas situaciones en las que la voluntad del requirente puede estar limitada a tomar conocimiento acerca de quiénes son sus progenitores biológicos, sin deseo alguno de establecer vínculos jurídicos con estos”.

3.5 Jurisprudencia Constitucional en favor del interés superior del niño

Según Pacheco (2017), Perú adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989), aprobando la Resolución Legislativa n. 25278, del 3 de agosto de 1990, ratificada el 14 de agosto del mismo año. La Convención como la Declaración de los Derechos del Niño, reconocen que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Esos cuidados especiales se reflejan en las normas administrativas, en la legislación civil, penal y laboral. Desde el 24 de diciembre de 1992 se recogió en un solo instrumento jurídico, la legislación especial para custodiar los derechos



de los niños y adolescentes, en el Código del Niño y del Adolescente. Este Código ha sufrido diversas modificaciones en el transcurso de los años, a la vista de situaciones de violencia familiar y otros hechos que afectaban el normal desarrollo y estabilidad emocional de los menores, pero sustancialmente se mantiene su estructura originaria y su carácter supletorio en casos relacionados con los derechos de los niños y adolescentes¹.

El Tribunal Constitucional destaca que “el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N.º 27337) implementa sus derechos y libertades, regula el Sistema Nacional de Adopción y las funciones de las instituciones familiares y establece el sistema de justicia especializada. En el ámbito penal, el Código establece un procedimiento especial en su Capítulo III, determinando que, en el caso de infracción a la ley penal, el niño será sujeto de medidas de protección y el adolescente de medidas socio-educativas (artículo IV)”²

Estas disposiciones plasman el respeto a los derechos del niño y del adolescente y ordenan que “en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones,

¹ Está dividido en cuatro libros o secciones: el primero, desarrolla los derechos, deberes y libertades de los niños, las niñas y los (as) adolescentes. El segundo, se refiere a las organizaciones responsables de su atención. El tercero, enfoca los derechos y deberes de los padres, cuando no hacen vida en común. Señala el régimen de visita, la pensión alimenticia, así como los derechos de las niñas y los niños abandonados y los requisitos para su adopción, etc. El último libro, puntualiza el funcionamiento de las instituciones que promueven los derechos reconocidos en el Código.

² Expediente N° 05966-2008-PHC/TC, fundamento jurídico 19. En consecuencia, no es contrario al orden internacional ni al nacional, ni al ISN, que haya un breve retraso en la expedición de una sentencia si se verifica que las autoridades han cumplido con estas prescripciones. En este caso, hubo incluso sustracción de la materia porque ya se había emitido sentencia, sin embargo, el TC quiso aprovechar la oportunidad para desarrollar los criterios constitucionales de protección al menor en el ámbito penal.



así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente” (Código Civil del Niño y del Adolescente, art. IX).

Existe una doctrina constitucional firme (**Expedientes N.º 03744-2007-PHC/TC, 02132-2008-PA/TC y N.º 04058 2012-PA/TU**), que se resume en dos reglas básicas:

1º La primera es que “el principio constitucional de protección del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales” (Expediente N.º 04058 2012-PA/TU).

2º La segunda, que “el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una **actuación tuitiva** por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable” (Expediente N.º 04058 2012-PA/TU), al dar solución a una controversia, “siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata de niños, niñas y adolescentes” de cuyos intereses tiene especial cuidado y prelación el Estado.



3.6 Consideración que debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad

De acuerdo con Saravia (2018), cuando existe una objeción a la paternidad, debe basarse en que los artículos 395° y 400° del Código Civil son constitucionales y tienen por objeto la protección de la familia y al ser este control constitucional excepcional, debe existir una razón válida para rechazar estos artículos.

Por lo tanto, cuando el principio de identidad colisiona, no es suficiente con justificarlo en base a la sola identidad biológica, porque así estaríamos afectando el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y jóvenes, por lo que los jueces deben también analizar su identidad dinámica.

Se debe precisar que, a diferencia de la identidad biológica que se puede verificar por una prueba científica de ADN, el reconocimiento de la identidad dinámica resulta más difícil ya que es un factor subjetivo, por lo que es necesario que las partes procesales o el juez de oficio incorporen como un medio de prueba un informe a cargo de un equipo multidisciplinar del poder judicial, y consecuentemente también se cumpla con lo dispuesto en el artículo 85 del Código de la Niñez y la Adolescencia, es decir, se escuchen las opiniones de los niños y se tenga en cuenta las de los adolescentes.

Cada caso planteado como demanda en un proceso de disputa de paternidad es diferente de otro; por lo tanto, no se puede generalizar que la



disputa se resuelva únicamente con el reconocimiento de los padres biológicos, pues habrá casos en que el niño, niña o adolescente haya desarrollado en su identidad una historia familiar en la que identificó como su padre a quien lo ha reconocido. y de hecho forma parte de su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Algunos críticos de esta teoría sostienen que los niños y adolescentes pueden ser manipulados para que puedan relatar o expresar una historia que no sucede en la realidad, pero para ello existe un grupo interdisciplinario que podrá determinar lo que el niño está contando.

Del mismo modo, se pueden combinar afirmaciones excelentes o coherentes sobre su entorno familiar y social para demostrar identidades dinámicas. Asimismo, siempre existirán casos complejos en los que los niños, niñas y adolescentes han desarrollado identidades dinámicas propias, tales como los hijos reconocidos en el matrimonio y formados en la familia conyugal arraigados a la familia del padre legal, y que luego de varios años por algunas circunstancias se les comunica que su identidad biológica es diferente, por lo que no se puede borrar en el niño todo aquello que es y ha sido parte de su posesión experiencial de estado de padre, hijo y de familia. En estos casos, las pruebas biológicas de ADN no serán suficientes para resolver la disputa.

Asimismo, se debe tener en cuenta que habrá casos en los que las disputas puedan resolverse sin mayor dificultad probatoria puesto que prevalecerá la realidad biológica, como por ejemplo en aquellos casos en los que el menor no ha



desarrollado su identidad familiar con el padre legal, ya sea porque este lo abandonó. o por motivos de violencia familiar; Del mismo modo, casos en los que el menor ha desarrollado una relación parental con el padre legal y también conocen su origen biológico y han desarrollado una relación paterno filial con su progenitor y dicha situación puede ser superada con ayuda profesional especializada. De ahí la importancia de lo señalado por la Corte Suprema cuando indica que dentro del proceso de impugnación de paternidad de un hijo se debe identificar al supuesto padre biológico e incorporarlo como *litisconsorte*, de esta forma respetando el derecho de defensa se podrá establecer la real identidad del niño al momento de sentenciar.

El derecho a la identidad debe ser entendido desde sus dos aristas, y no conceptualizarlo únicamente con la remisión al elemento biológico (identidad estática), pues se estaría dejando de lado la faz dinámica de la persona, que es más compleja y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí.

3.7 Tratamiento de la identidad dinámica en los procesos de filiación para salvaguardar el principio del interés superior del niño

En relación a la jurisprudencia se presenta un caso emblemático en el cual se fija la postura del órgano jurisdiccional respecto a la prevalencia de la identidad dinámica sobre la estática.

Presentamos primeramente las resoluciones emitidas en primera instancia y luego la casación respecto al caso.



A. Tratamiento en la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema CAS. N°
950-2016-AREQUIPA.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Identidad dinámica. Que la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez se encuentra identificada con su padre Luis Alberto Medina Vega y su hermanos, en una dinámica familiar adecuada con muestras de afecto e identificada en su entorno social con su apellido paterno "medina", configurándose de esta forma la identidad dinámica de la menor, consagrada en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú. En consecuencia, las instancias de mérito han infringido dicho derecho al no hacer prevalecer la identidad dinámica y el interés superior del niño sobre la identidad estática.

Lima, veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa número 950-2016, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente, de conformidad con lo expuesto por el dictamen fiscal, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Que se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega a fojas seiscientos ochenta y dos, contra la sentencia de segunda instancia de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, de fojas seiscientos sesenta y dos, que confirma la sentencia apelada de fecha uno de abril de dos mil quince, de fojas quinientos cincuenta y siete, que declara fundada la demandada; en consecuencia, declara judicialmente que don Joel Eduardo Vilca Flores es padre de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, hija concebida con Olivia Olinda Sánchez Medina de Medina debiendo quedar el nombre de la menor, como Fiorella Kathy Vilca Sánchez, con lo demás que contiene.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

II. ANTECEDENTES.

Para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa denunciada, es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. DEMANDA.

Por escrito de fojas treinta y cuatro, Joel Eduardo Vilca Flores, padre biológico de la menor, interpone demanda de impugnación de paternidad contra Luis Alberto Medina Vega y Fiorella Kathy Medina Sánchez, a fin de que se declare la nulidad de la partida de nacimiento número "63430876" y accesoriamente se disponga la filiación extramatrimonial del demandante como padre de la menor. Funda su pretensión en lo siguiente: 1) Que el actor Joel Eduardo Vilca Flores es padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez de nueve años de edad a la fecha de la demanda, quien ha nacido como producto de las relaciones de convivencia con Olivia Olinda Sánchez Medina, con quien mantuvo tales relaciones de manera ininterrumpida desde el año dos mil uno, hasta la fecha de su fallecimiento, ocurrido el doce de julio de dos mil once; que durante el tiempo de esta relación extramatrimonial la menor vivió con el demandante y su madre en el domicilio de su propiedad; 2) Agrega que la madre de la menor, doña Olivia Olinda Sánchez Medina, se encontraba separada de hecho del demandado Luis Alberto Medina Vega y al nacer la menor el treinta de marzo del dos mil dos, el demandante fue impedido de asentar la partida de su menor hija, razón por la cual, la madre bajo presión del demandado asentó la partida inscribiéndola como hija de su esposo Luis Alberto Medina Vega. No obstante desde su nacimiento la menor ha estado siempre al cuidado de su madre y del demandante como verdaderos padres, y al fallecer su madre estuvo al cuidado de su abuela materna doña Irene Emilia Medina Corpuna, posteriormente el demandado actuando con prepotencia y temeridad acudió a la DEMUNA y asumiendo falsamente que la menor se encontraba en abandono,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

solicito la tenencia de la menor, la que inmediatamente se la otorgaron; y, 3) Que ante tales circunstancias resulta imperativa la realización de la prueba de ADN en la persona del demandante, la menor y el demandado para desvirtuar de manera concreta y con el apoyo científico quien es el verdadero padre de la menor Fiorella Kathy.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante escrito de fojas setenta y siete, Luis Alberto Medina Vega, padre legal de la menor, contesta la demanda, en los siguientes términos: 1) Que la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez desde su nacimiento ha sido declarada como su hija, lleva su apellido y está a su cuidado; 2) Niega que su cónyuge, quien en vida fue doña Olivia Olinda Sánchez Medina, haya mantenido una relación convivencial con el demandante; además, no le consta fehacientemente que no sea el padre biológico de la menor; y, 3) Que el demandante formuló una denuncia de abandono, la que fue archivada, que en dicho proceso la Pericia Psicológica N° 022409-2011-PSC, efectuada a la menor, concluyó que a nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación al padre y hermanos y la dinámica familiar es adecuada; asimismo el Informe Social N° 293-11-XI-DIRTEPOL-UNFAM/PC.SS sugiere que la menor debe continuar bajo la protección de don Luis Alberto medina Vega quienes brinda adecuada protección.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS.

Se ha establecido como puntos controvertidos: a) Determinar la existencia o no, de vínculo de parentesco por consanguinidad entre el demandado Luis Alberto Medina Vega y la niña Fiorella Kathy Medina Sánchez; b) Determinar si el demandado Luis Alberto Medina Vega es el padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez; c) Determinar la existencia de vínculo de parentesco por consanguinidad entre el demandante Joel Eduardo Vilca Flores y la niña Fiorella Kathy Medina



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

Sánchez; y, c) Determinar si el demandante es el padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fojas quinientos cincuenta y siete, su fecha uno de abril de dos mil quince, declara **fundada** la demandada; en consecuencia, declara judicialmente que don Joel Eduardo Vilca Flores es padre de Fiorella Kathy Medina Sánchez, hija concebida con doña Olivia Olinda Sánchez Medina de Medina debiendo quedar el nombre de la menor, como Fiorella Kathy Vilca Sánchez, fundamentando la decisión en lo siguiente: 1) Que realizada la prueba de ADN se tiene que el demandante Joel Eduardo Vilca Flores no puede ser excluido de la presunta relación de parentesco, en condición de padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez; sin embargo, Luis Alberto Medina Vega queda excluido de la presunta relación de parentesco en condición de padre biológico de la referida menor; 2) Que si bien el reconociente no puede dejar unilateralmente sin efecto el reconocimiento practicado, por mandato del artículo 395 del Código Civil, ello no impide que pueda ejercer las acciones pertinentes para demandar, en sede judicial y con pruebas idóneas, la nulidad o anulabilidad; 3) En base al anterior desarrollo se puede desprender que la verdad biológica es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política y tratados internacionales, por la cual cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente es su padre; por otro lado, la jurisprudencia y legislación admiten que el reconocimiento, como cualquier acto jurídico, puede ser invalidado por adolecer de defectos sustantivos o estructurales; 4) En el presente caso se ha acreditado mediante la prueba de ADN que el demandante es el padre biológico de la referida menor; siendo así, se evidencia que es físicamente imposible que el demandado, Luis Alberto Vega Medina, sea el padre biológico de la



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, por lo que el acto del reconocimiento (partida de nacimiento) constituye un imposible físico; 5) Que al ser contrario a la realidad el reconocimiento practicado por la madre de la menor, aceptado por el demandado, se está afectando el derecho fundamental de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez a conocer su verdad biológica, por lo que dicho reconocimiento es contrario al orden público constitucional; 6) De todo lo dicho, se debe tener presente que si bien el demandante interpone una demanda de impugnación de paternidad sin que el marido haya negado su paternidad y fuera del plazo de caducidad, no obstante de los fundamentos de hecho se puede desprender que lo que en realidad se estaría cuestionando es la validez del reconocimiento practicado en favor de la menor, siendo éste un petitorio implícito; por lo que habiéndose establecido que el objeto del citado reconocimiento es físicamente imposible y que se estaría atentando contra el orden público constitucional, es evidente que procede la declaración de nulidad por estas causales.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN.

El demandado Luis Alberto Medina Vega, mediante escrito de la página quinientos setenta y siete interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando fundamentalmente lo siguiente: 1) Que el *A quo* no ha sopesado adecuadamente los medios de prueba, como la declaración de la menor Fiorella Kathy, quien lo reconoce como su padre, que vive y se siente muy tranquila y estable con su situación actual; 2) Que se afectan los derechos de la menor al obligarle a llevar el apellido *Vilca* que no le gusta, que además se afecta el derecho de identidad de la niña acostumbrada a llevar su apellido *Medina*; y, 3) Que solo la prueba de ADN, no puede servir de sustento para declarar a la menor Fiorella Kathy hija del demandante, pues el actor jamás se portó como padre frente a ella.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

6. SENTENCIA DE VISTA.

Los Jueces Superiores de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa expiden la sentencia de vista de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, de fojas seiscientos sesenta y dos, que confirma la sentencia apelada que declara fundada la demanda, en consecuencia, declara judicialmente que don Joel Eduardo Vilca Flores es padre de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, hija concebida con doña Olivia Olinda Sánchez Medina de Medina debiendo quedar el nombre de la menor, como Fiorella Kathy Vilca Sánchez, con lo demás que contiene, considerando que: 1) Es pertinente señalar que no debe confundirse la acción de invalidez de un acto jurídico, con la de impugnación de paternidad que se ha demandado en forma concreta en este caso, en primer lugar porque no existe en el caso bajo análisis un acto jurídico de reconocimiento voluntario; y, en segundo lugar, porque no se han denunciado como causales de invalidez y/o vicios que afecten la eficacia constitutiva o estructural del acto, sino la inexistencia del nexo biológico entre el demandado y la menor involucrada, situación que faculta al padre biológico a impugnar la presunta paternidad. En tal sentido es además contradictorio sostener al mismo tiempo la nulidad estructural de un acto jurídico con la impugnación del mismo, ya que sus causas y efectos son incompatibles; 2) Tampoco, se ha demandado la nulidad de la partida de nacimiento de la menor; en el curso del proceso, no se ha alegado ni discutido la validez de dicho documento, que conforme al artículo 225 del Código civil, es distinto del acto jurídico que contiene. Si bien por mandato judicial debe desplazarse el nombre del padre registrado, cediendo paso al nombre del verdadero padre biológico, ello no determina la nulidad de la referida partida que constituye la única prueba del nacimiento y por tanto de la existencia de la persona titular de la misma; 3) Que la presunción *pater est* establecida en el artículo 361 del Código Civil, es una presunción *iuris tantum*, es decir, una presunción que admite prueba en contrario. En este caso, se ha ofrecido y actuado la



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

prueba del ADN, en la cual se ha determinado que el demandado Medina Vega Luis Alberto queda excluido de la presunta relación de parentesco, en condición de padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez; si ello, es así no es su padre, en cambio, el demandante sí es padre biológico de la menor. En este contexto, debemos afirmar que el fin de toda investigación de filiación es hacer justicia, es decir, llegar a descubrir la verdad. La determinación de la filiación constituye la declaración judicial de una realidad biológica que permita asegurar el presunto vínculo biológico reclamado; pues ello incidirá no solo en la realización del derecho a la verdad al que todos los seres humanos aspiramos en nuestra sociedad; sino que además, en forma particular, en el derecho a la identidad de la persona involucrada; 4) Si bien es cierto que, el artículo 396 del Código Civil, prescribe que, *"El hijo de la mujer casada no puede ser reconocido sino después de que al marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable"*, dicha disposición legal, debe ser interpretada hoy, teniendo en cuenta la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por Resolución Legislativa N° 25278, que reconoce el derecho del niño, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, lo que significa que nuestro ordenamiento legal, reconocerá el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación o impugnarla, en todo momento, sobre la base de la prueba del vínculo biológico entre progenitor y el hijo o hija, como ha ocurrido en el caso de autos; 5) En este sentido, si bien es cierto la acción para impugnar la paternidad matrimonial corresponde al marido, según el citado artículo 396 del Código Civil, también lo es, que no se prohíbe ni se excluye expresamente la posibilidad de que otras personas con legítimo interés puedan demandar dicha pretensión, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Civil. En este caso es evidente que el demandante como padre biológico de la menor Fiorella Kathy, tiene legítimo interés para impugnar una paternidad no acorde con la realidad ni la verdad; y, 6) Finalmente, es necesario dejar establecido que la acción de



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

impugnación del reconocimiento, está dirigida a cuestionar el acto que se haya producido en forma expresa o por mandato legal, como en el caso de autos, más no, no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, en este caso, por no ser el demandado a quien se le atribuyó la paternidad de la menor Fiorella Kathy, en verdad su padre. Esta es una acción declarativa y de desplazamiento del estado de familia; siendo así, corresponde declararlo de esa manera en la sentencia.

III. RECURSO DE CASACIÓN.

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha dos de agosto de dos mil dieciséis, de folios treinta y tres del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega, por las siguientes causales:

Infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 20 del Código Civil, IX del Título Preliminar, 6 y 9 del Código de los Niños y Adolescentes. Sostiene, que el *Ad quem* no habría aplicado las normas invocadas, que regulan el interés superior del niño y el respeto a sus derechos, por cuanto no se ha tomado en cuenta la declaración de la menor, quien lo reconoce como padre, y se niega a llevar el apellido del padre biológico por no sentirse identificada con este último, sin respetar su nombre que forma parte de su personalidad e identidad desde su nacimiento y que usó en la sociedad en que se desenvuelve, afectando su derecho de identidad.

IV. MATERIA JURIDICA EN DEBATE.

Que, la materia jurídica en debate en el presente proceso, se centra en determinar si la sentencia de segunda instancia incurre en infracción normativa de las normas denunciadas, esto es, si se ha vulnerado el interés superior del niño y el derecho a la identidad de la menor.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA.

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



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

búsqueda del máximo bienestar del niño y la plena efectivización de sus derechos, en su condición de ser humano, es que debe emitirse la presente decisión.

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

TERCERO.- Que la Constitución Política del Perú en sus artículos 2° inciso 1°, consagra el derecho del niño a la identidad, al establecer que:



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

"Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar", derecho Constitucional que guarda consonancia con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuyo artículo 8° incisos 1° y 2° preceptúa: *"Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, (...) cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad";* derecho reconocido también en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes que estipula: *"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"* y que además *"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"*. Estas normas garantizan el derecho a la filiación y de gozar del estado de familia, del nombre y la identidad, así como el derecho del padre y de la madre a que se les reconozca y ejerzan su paternidad.

CUARTO.- El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha establecido que el derecho a la identidad, a que se refiere el inciso 1) del artículo 2° de la Constitución *"(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la*



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, (...).¹

QUINTO.- Bajo este contexto normativo nacional, supranacional, doctrinario y jurisprudencial, se advierte que en el presente caso, no se ha tomado en cuenta la identidad dinámica que se ha configurado en la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, como se desprende del informe social de fojas trescientos noventa y uno en cuyas apreciaciones se señala *"La menor se encuentra en aparente buen estado de salud, refiere sentirse bien con su papá Luis y sus hermanos, con quienes mantiene una buena relación, manifiesta su deseo de permanecer junto a su familia con la cual está viviendo actualmente"* así como del el examen psicológico de fojas quinientos diez, en cuyas conclusiones se indica: *"A nivel emocional se observa que muestra afecto e identificación a padre y hermanos, con una dinámica familiar adecuada"*, a lo que se aúna que don Luis Alberto Medina Vega al absolver la demanda en todo momento ha expresado afecto y vínculo paterno filial con quien siempre ha considerado y criado como una hija.

SEXTO.- De igual forma se advierte de la propia declaración de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez obrante a fojas doscientos setenta y cinco, quien manifestó lo siguiente: *"(...) que vive con sus hermanos ellos son cuatro (...) todos sus hermanos y la cuidan bien y también vive con su papá Luis Alberto y también le da cariño, amor (...); ¿Conoces a Joel Vilca? Que si lo conoce que le pegaba a su madre y se iba y la dejaba a ella sola encerrada; ¿Te gusta apellidarte Medina? sí, porque ella es Medina porque Sánchez es de su Mamá y Medina es de su papá Alberto; (...) ¿Qué sientes por tu papá Luis Alberto? Que la cuida que por ejemplo ha estado mal de un ojo y la ha hecho revisar con un médico y la*

¹ Expediente N°04509-2011-PA/TC.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

hizo ver (...) ¿Cómo te conocen en el colegio? Que la conocen bien; que cuando la llaman en la Lista Fiorella Kathy Medina Sánchez; ¿Si fuera que tu papá es el señor Joel Eduardo, te gustaría cambiarte de apellido? Contesta que no. (...)". De la declaración glosada, se infiere que la noción de familia de la adolescente se vincula exclusivamente con don Luis Alberto Medina Vega y sus hermanos Anthony, Bayron, Marcela y Luis Alberto; que la adolescente socialmente se encuentra identificada con su apellido paterno "Medina".

SÉTIMO.- Es necesario resaltar que el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9° y 85° del Código de los Niños y Adolescentes, consagran, respectivamente, el derecho de todo niño, niña y adolescente, no solo a expresar su opinión, deseo, sentir, respecto de una controversia en la que se encuentra inmerso, sino, sobre todo, a que dicha opinión sea tomada en cuenta valorada por el operador jurídico al resolver la *litis*, en clara materialización del principio del interés superior del niño.

OCTAVO.- Así, las cosas, se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado Luis Alberto Medina Vega. Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. En consecuencia, en salvaguarda del derecho a la identidad de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, y en aras de su interés superior, corresponde estimar el recurso de casación por la causal sustantiva denunciada.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

NOVENO.- Que, resulta menester considerar que la presente demanda es una de impugnación de paternidad y filiación, por ende es pertinente previamente efectuar algunas precisiones al respecto; Que, con relación al control constitucional, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de *última ratio*, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, por lo que el Juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a *priori* se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por ésta razón, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha previsto que la inaplicación de una norma legal, sólo resulta viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

DÉCIMO.- Que, así es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable al caso de autos, en torno a la impugnación de reconocimiento de paternidad. En principio, el artículo 388 del Código Civil establece que el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos; asimismo, el artículo 399 del acotado Código ha previsto que el reconocimiento puede ser negado por el padre o 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 embargo, hay que tener en cuenta que esta materia se encuentra directamente vinculada con el derecho a la identidad y el interés superior del niño, que ya se tienen analizados.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**CASACIÓN NRO. 950-2016
AREQUIPA
IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD**

DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el presente caso la titularidad de la acción o el interés del demandante se pretende hacer valer en relación a la identidad dinámica determinada de la niña Fiorella Kathy Medina Sánchez, la que prevalece en concordancia con el interés superior del niño.

VI. DECISIÓN.

- A)** Por estos fundamentos y de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado Luis Alberto Medina Vega obrante a fojas seiscientos ochenta y dos; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha diecisiete de diciembre de dos mil quince, de fojas seiscientos sesenta y dos.
- B)** Actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia apelada de fecha uno de abril de dos mil quince, que declara fundada la demanda; **reformándola**, la declararon **INFUNDADA**.
- C)** **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Joel Eduardo Vilca Flores con Luis Alberto Medina Vega y otra, sobre impugnación de paternidad; *y los devolvieron*. Interviene como ponente la Jueza Suprema señora **del Carpio Rodríguez**.

SS.

**TELLO GILARDI
DEL CARPIO RODRÍGUEZ
RODRIGUEZ CHÁVEZ
CALDERÓN PUERTAS
DE LA BARRA BARRERA**

Análisis del caso:

La cuestión jurídica en discusión en este caso se refiere a la determinación de si la sentencia de segunda instancia se relaciona con una violación normativa de las normas denunciadas, es decir, si se trata del



derecho a la identidad del niño y del interés superior del niño. Luego de revisar el recurso de apelación de la Suprema Sala Permanente de lo Civil, se encontró que, en lo que respecta al derecho de identificación de un menor, que se trata de una institución jurídica formada no en beneficio del padre madre sino en beneficio de los niños; Debe entenderse como el derecho que tiene todo ser humano a ser él mismo, y reconocido como tal; En este sentido, el derecho a la identidad individual debe ser protegido en dos sentidos: un derecho estático y limitado a la identidad (fecha de nacimiento, nombre, apellido y también estado civil) y un derecho dinámico, más amplio e importante, más importante cuando se refiere a la persona que sabe cuál es su verdad personal particular; En este sentido, la protección jurídica de los derechos morales, como derecho humano esencial, debe ser universal. La Carta Magna en su artículo 2, numeral 1, establece el derecho del niño a la identidad, derecho constitucional acorde con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, donde los artículos 8, numerales 1 y 2; Los derechos también están reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Estas normas garantizan el derecho de inscripción, el derecho de los padres a reconocer y ejercer la paternidad, y a gozar de estado familiar, nombre e identidad. En este contexto nacional, supranacional, doctrinario y legislativo, cabe señalar que, en el presente caso, no se tienen en cuenta las identidades dinámicas configuradas en los menores, como se desprende del informe social y del informe psicológico que concluye "Sobre el nivel emocional, se observa que muestra afecto e identificación con su padre y hermanos, con una dinámica familiar acorde".



De igual manera, se anota el testimonio del menor: “(...) vive con sus hermanos, tiene cuatro (...) a su cargo y el imputado también vive con su padre...”, como si Xu declarara que este padre también puede encontrar que la menor se identifica bien con el apellido de su padre, así como con el apellido de su madre, y que es popular en la escuela con el apellido de su padre (resistencia). La Corte Suprema señaló que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9 y 85 del Código de la Niñez y la Adolescencia respectivamente establecen el derecho de todos los niños, niñas y adolescentes, no sólo a expresar sus opiniones, deseos, sentimientos, sobre una controversia en la que se afecte ese derecho, sino sobre todo todo, esa opinión es evaluada por el operador de la ley al momento de resolver la disputa. En este caso, se comprobó la identidad de línea de sangre de la niña, en su lado dinámico. Cabe recalcar que la posesión de estado indica fehacientemente que se mantiene el estado familiar respecto del presunto padre o madre, y a medida que el niño crece, asimila la identidad de la supuesta familia y de la cultura en la que vive. . La Corte Suprema agregó que era necesario tener en cuenta el marco legal aplicable al presente caso, para impugnar el reconocimiento de paternidad. En principio, el artículo 388 del Código Civil establece que los hijos fuera del matrimonio pueden ser reconocidos por el padre y la madre comunes o sólo por uno de ellos; asimismo, el artículo 399 de la prescripción dispone que el progenitor que no intervino en el reconocimiento puede ser negado por el hijo o sus descendientes si éste hubiere



muerto, y aquellos con intereses legales; sin embargo, cabe señalar que este tema está directamente relacionado con el derecho de los niños a la identidad y al interés superior. Agregó que, en el presente caso, prevalecerá la propiedad o interés accionario de la demandante en relación con la identidad dinámica específica del menor, de conformidad con el interés superior del menor.

3.8 Propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO N° 363 DEL CÓDIGO CIVIL DEL PERÚ

I. Exposición de motivos

El presente Proyecto de Ley tiene por finalidad PROPONER la modificación del artículo n°363, del Código Civil Peruano, con el propósito de hacer prevalecer la identidad dinámica en salvaguarda del interés superior del niño cuando se den procesos en los que se discute su filiación.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

- a) En principio la Constitución Política del Perú en sus artículos 2° inciso 1°, consagra el derecho del niño a la identidad, al establecer que: “Toda persona



tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”.

- b) Así también el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes estipula 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” y que además “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”.
- c) artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9 y 85 del Código de la Niñez y la Adolescencia respectivamente establecen el derecho de todos los niños, niñas y jóvenes, no sólo a expresar sus opiniones, deseos, sentimientos, sobre una controversia en la que se afecte ese derecho, sino sobre todo, esa opinión es evaluada por el operador de la ley al momento de resolver la disputa. d) si bien el artículo 388 del Código Civil establece que los hijos extramatrimoniales pueden recibir al padre, a la madre comunes o a uno solo de ellos; asimismo, el artículo 399 de dicho Código dispone que la admisión del padre o de la madre no emparentados podrá ser rehusada por el hijo o sus descendientes si éste hubiere muerto, y las personas con intereses legítimos; sin embargo, cabe señalar que este tema está directamente relacionado con el derecho de los niños a la identidad y al interés superior. c) artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño dos mil nueve; y, a nivel nacional, los artículos 9 y 85 del Código de la Niñez y la Adolescencia,



respectivamente establecen el derecho de todos los niños, niñas y jóvenes, no sólo a expresar sus opiniones, deseos, sentimientos, sobre una controversia en la que se afecte ese derecho, sino sobre todo, esa opinión es evaluada por el operador de la ley al momento de resolver la disputa.

- d) Si bien el artículo 388 del Código Civil establece que los hijos extramatrimoniales pueden recibir a un padre, una madre comunes o sólo a uno de ellos; asimismo, el artículo 399 de dicho Código dispone que la admisión del padre o de la madre no emparentados podrá ser negada por el hijo o sus descendientes si éste hubiere muerto, y las personas con intereses legítimos; sin embargo, cabe señalar que este tema está directamente relacionado con el derecho de los niños a la identidad y al interés superior.

- e) Por ello es necesario tener en cuenta la identidad filiatoria del menor en su faceta dinámica, la que constituye una posesión de estado que el menor ha ido asimilando como suya al asumir vivencialmente la identidad de la familia y cultura en la que vive.

II. Modificación del artículo n° 363

Dice:

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

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



2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintidós días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
3. Cuando esta judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimara las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza”

Debe decir:

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

1. Cuando el hijo nazca antes de cumplirse ciento ochenta días después de la celebración del matrimonio.
2. En circunstancias evidentes, no puede vivir con su mujer los primeros ciento veintidós días de los trescientos días anteriores al nacimiento del hijo.
3. Cuando se separe legalmente en el mismo plazo previsto en el apartado 2); a menos que viva con su esposa durante ese tiempo.
4. Cuando tienes impotencia absoluta.
5. Cuando se demuestre mediante pruebas de ADN u otras pruebas científicamente válidas con igual o mayor certeza que no existe parentesco. El juez rechaza las presunciones mencionadas en los párrafos anteriores cuando se



ha practicado con igual o mayor certeza una prueba genética u otra prueba genética de valor científico.

6. Cuando los jueces de familia dictan sentencias durante una disputa de paternidad, tienen la tarea de evaluar el aspecto dinámico del derecho a la identidad, teniendo en cuenta también el interés superior del niño.

III. Análisis costo beneficio

Esta propuesta no afecta la economía del erario nacional, más bien por el contrario contribuye a que las leyes civiles nacionales se correspondan con la realidad vivencial de los menores de edad y se pueda alcanzar justicia a partir de leyes claras e indubitables que en el caso presente favorezcan el interés de los menores de edad.

Los beneficios que se pueden esperar de esta Ley son:

- a) Consolidar los vínculos afectivos de la familia.
- b) Salvaguardar el principio del interés superior del niño.
- c) Acercar la administración de justicia a las nuevas realidades que se constituyen en la vivencia familiar.
- d) Favorecer una cultura humanística que defienda la experiencia humana como construcción de vínculos legítimos basados en el amor recíproco de los miembros de una familia



CONCLUSIONES

PRIMERA

En la investigación se han identificado y analizado los principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú. Los principios básicamente son: Oficiosidad, Inmediación, oralidad y libertad, amplitud probatoria, tutela judicial efectiva, buena fe y lealtad procesal.

SEGUNDA

Se ha podido determinar el concepto de identidad en la perspectiva de la doctrina jurídica nacional. En tal sentido el ilustre académico Doctor Carlos Fernández Sessarego refiriéndose a la identidad la definió como “el conjunto de atributos y características tanto estáticas como dinámicas que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro.

Por su parte la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia ha dejado establecido, que el derecho a la identidad no se agota solo en el sentido restringido del aspecto estático, es decir el origen genético-biológico de la persona, sino también, el mencionado derecho fundamental, tiene otra vertiente que es el aspecto dinámico, es decir, la unidad psicosomática de la persona, constituida por diversos aspectos de carácter familiar, cultural, ideológico, religioso, político e histórico existencial.

TERCERA

Revisada la jurisprudencia y el derecho comparado, en el caso argentino, en relación a un proceso de impugnación de filiación matrimonial la Jueza estima que el interés superior del niño en el proceso mencionado es el de preservar la identidad, la estabilidad y el acceso a la verdad al margen del componente genético. En el caso de Chile, la Corte Suprema de ese país, en reiterada jurisprudencia ha dejado establecido, que la filiación ya ha dejado de ser considerada como una relación de sangre entre el padre, la madre y los hijos, sino más bien como una situación jurídica, relacionada con el lugar que ocupa una persona en una familia. En la legislación mexicana la Constitución en su artículo 4° destaca el derecho a la identidad y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 19, señala que las niñas, niños y adolescentes, en términos de



la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho a conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y **siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez.**

CUARTA

El tratamiento que da la doctrina jurídica al derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial, afirma que la filiación como hecho jurídico no es un simple reflejo de la filiación como hecho natural, aunque tenga en ella su primer y esencial fundamento (Molina, 2014). Así mismo, en materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo) así lo sostienen Kemelmajer y Herrera (2010). Por lo cual, entender que el respeto a la identidad se remite exclusivamente al elemento biológico, es caer en una postura extrema y peligrosa pues desde esta visión se deja de lado su faz dinámica y resulta errada". (Herrera, 2015)

QUINTA

En el desarrollo de la investigación se ha logrado analizar la Jurisprudencia Constitucional en relación al principio del interés superior del niño, particularmente los expedientes N.º 03744-2007-PHC/TC, 02132-2008-PA/TC y N.º 04058 2012-PA/TU). La posición de la mencionada jurisprudencia constitucional puede resumirse en dos reglas básicas: la primera es el principio constitucional de protección de la niñez y la adolescencia que asume los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia, y la última es la dignidad del niño. en el momento actual de producir las normas, pero también en el momento de interpretarlas. En segundo lugar, se da el principio de que es del interés superior del niño, entre otras cosas, incluir la acción protectora por parte de los operadores judiciales que se encargan de regular y flexibilizar las normas y formas de interpretación, con el fin de obtener la más favorable aplicación a través de la solución de controversias, este principio es de particular importancia ya que se refiere a los niños y jóvenes para quienes los intereses del Estado son de especial atención y prioridad.



SEXTA

Así también podemos concluir que en el capítulo de los resultados se han presentado algunas consideraciones que deben tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad. A diferencia de la identidad biológica que se reconoce mediante pruebas científicas de ADN, el reconocimiento de la identidad dinámica es más complicado por tratarse de un factor subjetivo, para ello es necesario: 1° que las partes sigan el procedimiento o se incorporen formalmente por el juez como medio de fundamentar un informe de la delegación interjudicial; asimismo, 2°, se observa lo dispuesto en el artículo 85 del Código de la Niñez y la Adolescencia, esto es, escuchando la opinión del menor y teniendo en cuenta la opinión del menor de edad.

SEPTIMA

En la investigación a partir del análisis respecto al tratamiento que se viene dando a la identidad dinámica en la jurisprudencia nacional, y ante la necesidad de precisar de manera indubitable la consideración que se le da a esta en los procesos en los que está en juego el interés superior del niño, de ha formulado una propuesta legislativa cuyo contenido manifiesta que los jueces de familia al momento de emitir un fallo en un proceso de impugnación de paternidad tienen el deber de valorar la dimensión dinámica del derecho a la identidad, teniendo en cuenta también el interés superior del niño.

OCTAVO

Finalmente, respecto a la consideración que se da a la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú, se concluye, a partir del análisis de la jurisprudencia, que para determinar la identidad de un menor en los procesos judiciales que se refieren a él es menester tener en cuenta que esta materia se encuentra directamente vinculada con el derecho a la identidad y el interés superior del niño



RECOMENDACIONES

Primera: Se recomienda a los magistrados, que en los procesos de filiación extramatrimonial a raíz de la impugnación de paternidad se valore de manera oportuna y necesaria la pericia psicológica, ello para garantizar el derecho a que se respete el desarrollo de la identidad dinámica del menor.

Segunda: Recomendamos a las autoridades judiciales se proteja y respete el derecho del menor a ser participe en toda acción judicial en el que esté involucrado él y su futuro, esto en salvaguarda de lo prescrito en el Artículo 9 del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

Tercera: Recomendamos a los jueces de familia evalúen y juzguen los casos en todas sus dimensiones antes de tomar una decisión, puesto que, al abarcar derechos fundamentales, no solo deben observar dichos casos de manera general sino mas bien considerar la particularidad de cada caso haciendo prevalecer el derecho objetivo y la identidad dinámica de tal manera que se garantice efectivamente el principio del interés del niño y su bienestar.

Cuarto: Por último, recomendamos a los señores legisladores impulsen la discusión y aprobación de la propuesta legislativa presentada en el presente trabajo de investigación.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Albaladejo, M. (1991) Curso de Derecho Civil – IV Derecho de Familia. Quinta edición.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Archard, D. & Skivenes, M. (2009). “Balancing a Child’s BestInterests and a Child’s Views”, International Journal of Children’s Rights vol. 17 p. 8) Discusiones XIII.
- Azpiri, J. (2006), Juicio de filiación y patria potestad. 2ª edición. Hammurabi, Buenos Aires.
- Bonnecase, (1987). La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia.
- Bustamante, E. (2010), “Acción de filiación”. En: Código Civil comentado. Tomo II: Derecho de Familia. 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima.
- Cabanellas, G., (1976) “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L.
- Casares, L. (2015). Noción básica del derecho a la identidad en México. Revista del IIIJ, UNAM, México.
- Cornejo, H, (1987), Derecho Familiar Peruano, Librería Studium, Arequipa.
- Cillero, M. (2015). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes.
- Delgado, M. (2016). El derecho a la identidad: una visión dinámica. Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica.PUCP. Lima.
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (1986), Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. 3ª edición, 2ª reimpresión. Tecnos, Madrid.



- Famá, M. V. (2009), La filiación: régimen constitucional, civil y procesal. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Ferreyra De La Rúa, A. (2012), “El procedimiento de familia en el proyecto”. En: La Ley, año LXXVI, N° 115.
- Fernández, C. (1992), Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Fernández Sessarego, C. (2015). La Constitución comentada. Lima.
- González, M. (2008). Derechos Humanos de los Niños: Una propuesta de fundamentación, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Josserand, L. (1950), Editorial Bosh, Santiago de Chile.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lamm, E. (2010). “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, Buenos Aires, La Ley 20/09/2010, 1, LL. E-977
- Kielmanovich, J. (2012), “El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. En: La Ley, año LXXVI, N° 142.
- Krasnow, A.(2005), Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad, acciones de filiación, procreación asistida. La Ley, Buenos Aires.
- Lacruz Berdejo - Sancho Rebullida. (1987) Derecho de familia. 2* ed.. p. 606, n° 327.
- López, D. y Silva, S. (2015). Estática y dinámica: idas y vueltas en busca de un abordaje omnicompreensivo de l identidad. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.



Lloveras, N., (2007), La filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y Perú.

Editorial Universidad, Buenos Aires.

Lloveras, N. y Salomón, M. (2007). “La filiación presuntiva y la filiación verdadera: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas”, en Grossman, Cecilia, Revista de Derecho de Familia N° 36, Bs. As., Abeledo Perrot.

Molina de Juan, M. (2014). Distinción entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la filiación. Buenos Aires, publicado en La Ley.

Plácido, A. (2003) Libro de Especialización en Derecho de Familia, Fondo Editorial del Poder Judicial, Lima, 2003.

Pontificia Universidad Católica Del Perú. (2015). Guía de investigación en Derecho. Vicerrectorado de investigación.

Rodríguez, M. (2009) Sexo y matrimonio en la sociedad tradicional. "Todo es historia, dic. 1982. n° 187.

Saravia, J. (2018). La consolidación del estado de familia, la identidad estática y dinámica del niño y su integración a su familia biológica como derechos del hijo en el proceso de impugnación de paternidad. Lima, “Persona y familia” N° 07 2018 Revista del Instituto de la Familia Facultad de Derecho, UNIFE.

Thury, (2013). En el nombre del niño. El interés superior del menor en la construcción del rol de la Corte Suprema. Discusiones; Lugar: Bahía Blanca.

Sambrizzi, E. (2010), Tratado de Derecho de Familia. Tomo V. La Ley, Buenos Aires.

Suarez, F. (1987). Derecho de Familia (Vol. II Volumen). Lima: Editorial Temis

Varsi, E. (1999) “Tratado de Derecho de Familia”, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima.

Zannoni, E., (1989), Derecho de Familia. Tomo II. 2ª edición. Astrea, Buenos Aires.



Zannoni, E. (2002). Derecho Civil, Derecho de Familia. Tomo II, 4ta. Edición Actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires.

WEB

Fernández Sessarego, Carlos. 2014 “El Derecho a la Identidad Personal”. Revista Comparazione e Diritto Civile. S/l. Consulta: 19 de julio del 2019.
http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego_derecho.pdf

Pino, G. (2006). “The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights”. En THE HARMONIZATION OF PRIVATE LAW IN EUROPE. Oxford: edited by M. Van Hoecke and F. Ost, Hart publishing, pp. 225-237. Consulta: 15 de marzo de 2015:

<http://www.unipa.it/gpino/The%20right%20to%20personal%20identity.pdf>

Sarabia, J.I., (2018). No basta la prueba de ADN para impugnar la paternidad. Un análisis a la identidad biológica y dinámica del hijo 2018 Recuperado de:
<https://lpderecho.pe/no-basta-prueba-adn-impugnar-paternidad-analisis-identidad-biologica-dinamica-hijo/>, el 15 de marzo del 2020.



ANEXOS



MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS DE TRABAJO	METODO
<p>¿Qué consideración se da a la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño?</p> <p>ESPECIFICOS</p> <p>1° ¿Cuáles son los principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú?</p> <p>2° ¿Cómo se viene tratando el concepto de identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y en los procesos de filiación en el Perú?</p> <p>3° ¿Cuál es el tratamiento que se da a la identidad dinámica en el derecho comparado?</p> <p>4° ¿Cómo trata la doctrina jurídica el derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial?</p> <p>5° ¿Qué posición tiene la Jurisprudencia Constitucional en relación al principio del interés superior del niño?</p> <p>6° ¿Qué consideración debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad?</p> <p>7° ¿Cuál es el contenido de una propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú?</p>	<p>Analizar la consideración que se da a la identidad dinámica en los procesos de filiación en el Perú en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño.</p>	<p>En los procesos de filiación en el Perú se otorga una consideración importante a la identidad dinámica en relación a salvaguardar el principio del interés superior del niño.</p>	<p>Enfoque de Investigación: Cualitativo documental: Puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación del objeto de estudio y no en mediciones estadísticas probabilísticas.</p> <p>Tipo de investigación jurídica: Dogmática exploratoria.</p>
	<p>1° Conocer los principios y normas que rigen el proceso de filiación en el Perú.</p> <p>2° Determinar cómo se viene tratando el concepto de identidad dinámica en la doctrina jurídica nacional y en los procesos de filiación en el Perú.</p> <p>3° Conocer el tratamiento que se da a la identidad dinámica en el derecho comparado.</p> <p>4° Determinar cómo trata la doctrina jurídica el derecho a la identidad en los casos de impugnación de la filiación matrimonial.</p> <p>5° Determinar la posición que tiene la Jurisprudencia Constitucional en relación al principio del interés superior del niño.</p> <p>6° Establecer la consideración que debe tenerse respecto a la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad.</p> <p>7° Establecer el contenido de una propuesta de reforma legislativa para promover la implementación del reconocimiento de la identidad dinámica en el Perú.</p>	<p>CATEGORIAS DE ESTUDIO</p> <p>1° (Categoría Temática) Principio de Protección del Interés Superior del Niño</p> <p>2° (Categoría Temática) Proceso de filiación</p> <p>3° (Categoría Temática) Identidad dinámica</p>	<p>UNIDAD DE ANALISIS</p> <p>La presente investigación enfoca su análisis en el tema de la interpretación y aplicación del concepto de identidad dinámica en el proceso de filiación teniendo en cuenta el principio de protección del Interés Superior del niño.</p>