



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TITULO DE TESIS

Valoración de la Identidad Dinámica en el Proceso de Impugnación de Paternidad

ASESOR

Mary Isabel Colina Moreno

AUTOR

Fidel Angel Manchay Rosales

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2019

Tesis denominada “Valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad”, presentada para optar por el TITULO DE ABOGADO, por el: Bach. Fidel Angel Manchay Rosales

.....
BACHILLER
FIDEL ANGEL MANCHAY ROSALES

.....
ASESOR
MARY ISABEL COLINA MORENO

APROBADO POR:

.....
PRESIDENTE
Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ

.....
MIEMBRO
Mag. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES

.....
VOCAL
Mag. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA

DEDICATORIA:

Para mis padres Fidel Manchay LLacsahuache y Rosa Rosales Nima, quienes, con arduo trabajo, sacrificio y dedicación, lograron darme una carrera profesional; y con sus enseñanzas, han sabido guiarme por el sendero de los buenos hombres; para Angela Del Rocio Zúñiga Gastelo, quien tiene toda mi admiración y respeto por haber sido un rayo de luz en el camino oscuro y empinado; para Nerón criatura canina con alma de niño.

AGRADECIMIENTO:

Mi agradecimiento es para mis maestros de la carrera universitaria de derecho, cuyas enseñanzas calaron en lo más profundo de mi ser y entendimiento, e hicieron de esta carrera mi pasión; a los hombres quienes crean, estudian, analizan y aplican al derecho de familia.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3
PARTE I	5
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	6
1. Realidad Problemática.	6
1.1. Planteamiento del problema.	6
1.2. Formulación del problema.....	9
1.3. Justificación e importancia del estudio.....	9
1.3.1. Justificación del estudio.	9
1.3.2. Importancia del estudio.	9
1.4. Objetivos.	10
1.4.1. Objetivo general.	10
1.4.2. Objetivos específicos.	10
1.5. Hipótesis.....	10
1.6. Variables.....	11
1.6.1. Variable independiente.....	11
1.6.2. Variable dependiente.....	11
1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.	11
1.7.1. Métodos.....	11
1.7.2. Técnicas e Instrumentos.	12
1.8. Tipo y diseño de la investigación.	14
1.8.1. Tipo.	14
1.8.2. Diseño de la investigación.	15
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	17
2. Marco Teórico.	17
2.1. Antecedentes de la investigación.....	17
2.2. Base teórica.	22
2.2.1. La filiación.	22

2.2.2.	Filiación matrimonial.	24
2.2.3.	Negación de la paternidad matrimonial.	27
2.2.4.	Titulares de la acción.	29
2.2.5.	Reclamación de la filiación matrimonial.	30
2.2.6.	Filiación extramatrimonial.	31
2.2.7.	Reconocimiento del hijo extramatrimonial.	32
2.2.8.	Sujeto activo y pasivo del reconocimiento.	33
2.2.9.	Impugnación del reconocimiento.	34
2.2.10.	Impugnación de paternidad.	38
2.2.11.	Prueba de ADN.	41
2.3.	Definición de términos básicos.	43
PARTE II.		45
CAPÍTULO I:		46
DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD; LA IDENTIDAD Y SUS DOS DIMENSIONES.		46
1.1.	Derechos del Niño y Adolescente.	46
1.1.1.	El derecho de todo Niño y Adolescente, a que en toda medida que le concierne, se deba tener en cuenta su interés superior.	47
1.1.2.	El derecho del niño y adolescente a que en la medida de lo posible conozca a sus padres, lleve sus apellidos y pueda ser cuidados por ellos.	52
1.1.3.	El derecho del niño y adolescente a expresar su opinión, ser escuchado y a que sus opiniones se tengan en cuenta.	57
1.2.	La identidad.	61
1.2.1.	El derecho a la identidad.	63
1.2.2.	Derecho a la identidad en los tratados y convenios internacionales.	65
1.2.3.	El derecho a la identidad del menor en la legislación y jurisprudencia peruana.	67
1.2.4.	La Identidad Dinámica y Estática.	69
CAPÍTULO II:		76
PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD		76

2.1. Pronunciamientos de la Corte Suprema.	76
2.2. Pronunciamientos en consulta.	87
2.3. Valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad.	91
2.3.1. Control difuso aplicado al proceso de impugnación de paternidad.	92
2.3.2. Presupuestos que debe tener en cuenta el juez al momento de valorar la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad.....	96
CAPÍTULO III:	103
CRITERIO DE ALGUNOS JUECES DE FAMILIA DE LAMBAYEQUE RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA.....	103
3.1. ENTREVISTA N°.1	105
3.2. ENTREVISTA N°.2	110
3.3. Análisis:.....	116
CAPÍTULO IV:	120
PROPUESTA LEGISLATIVA QUE INCORPORA EL DEBER DE VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD	120
4.1. Propuesta legislativa.	121
CONCLUSIONES	125
□ Conclusión General.	125
RECOMENDACIONES	128
BIBLIOGRAFÍA	130

RESUMEN

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, su identificación, lugar y fecha de nacimiento, nombre y apellidos, estado civil, etc.; 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, que van a delimitar su personalidad; por ello, los jueces de familia al momento de emitir un fallo en un proceso de impugnación de paternidad (que en su mayoría involucran a un menor) tienen el deber de valorar la dimensión dinámica del derecho a la identidad, teniendo en cuenta también el interés superior del niño, y el derecho que éste tiene a ser escuchado, pues un fallo a ciegas y valorando solo la identidad estática (realidad genética) y desconociendo la identidad dinámica del menor generaría graves consecuencias en su desarrollo, además del daño psicológico al alejar al menor de una figura paterna con la que ya había forjado un vínculo afectivo.

ABSTRACT

The Supreme Court, in settled jurisprudence has established, that the right to identity is not exhausted only in the restricted sense of the static aspect, ie the genetic-biological origin of the person, their identification, place and date of birth, name and surnames, marital status, etc .; but also, the aforementioned fundamental right, has another aspect that is the dynamic aspect, that is, the psychosomatic unity of the person, constituted by various aspects of family, cultural, ideological, religious, political and historical existential, which are going to delimit your personality; therefore, family judges at the time of issuing a ruling in a process of challenge of paternity (which mostly involve a minor) have the duty to assess the dynamic dimension of the right to identity, taking into account also the interest the child's right to be heard, because a blind failure and valuing only the static identity (genetic reality) and ignoring the child's dynamic identity would generate serious consequences in their development, in addition to the psychological damage minor of a father figure with whom he had already forged an affective bond.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la identidad ocupa un lugar esencial en la vida del ser humano, es tan importante como el derecho a la vida, pues mientras uno garantiza la existencia del hombre en la tierra, el otro permite que no vague errante por el mundo, sin personalidad, sin nombre, sin nacionalidad, sin historia; al ser este un derecho fundamental debe ser reconocido y respetado por la sociedad y sus instituciones, con más razón si esa protección esta direccionada también a las personas más vulnerables, como es el caso de los menores.

En ese punto, el estado no es ajeno a ello, pues, quien más que sus instituciones y en especial el Poder Judicial, para garantizar y proteger tan importante derecho; en este escenario, la labor del juez de familia se convierte en una labor importante y difícil a la vez, al tener que enfrentarse a procesos como el de impugnación de paternidad, en donde el derecho a la identidad de los menores se encuentra en su estado más vulnerable, teniendo el deber de tomar una decisión justa y razonable que no afecte el derecho a la identidad de estos, ni la situación armoniosa que han estado viviendo como integrantes de una familia; sin embargo, como se dijo, esta labor resulta a veces difícil, pues existen jueces que en estos procesos no valoran adecuadamente las pruebas aportadas o solo les basta el resultado de la prueba genética del ADN para declarar fundada una demanda de impugnación de paternidad, olvidando que la persona y en especial el menor, es también, un ser dinámico, un conjunto de vivencias en sociedad y familia que hacen de él un ser único, es decir tiene también una identidad dinámica.

El investigador tuvo la oportunidad de haber sido secigra en el año 2018, asignado a los juzgados de familia, y en ejercicio de sus funciones encomendadas, ha apreciado que aún existen jueces de familia con criterios puramente positivistas que tratan el proceso de impugnación de paternidad en pro del impugnante y no del menor, y en vez de resolverle un problema al niño le generan otro, desconociendo en sus fallos, la identidad dinámica, y declarando fundadas las demandas de

impugnación de paternidad solo con el resultado de la prueba genética del ADN, sin analizar otros aspectos o derechos como la identidad dinámica; por ello, y con el espíritu investigador que debe tener todo hombre dedicado a las leyes, me propuse ahondar más sobre el tema en mención, para adquirir mayor conocimiento de ello y que el mismo se convierta en un aporte para futuras investigaciones que se quieran realizar en el campo del derecho de familia.

Así las cosas, para un mejor entendimiento y presentación de la investigación realizada, la misma, se encuentra dividida en dos partes, la parte I, contiene el capítulo I y capítulo II que trata sobre los aspectos metodológicos, marco teórico y la definición de los términos básicos; asimismo, la parte II, contiene el capítulo I que versa sobre los derechos de los menores que se deben tener en cuenta en los procesos de impugnación de paternidad y la identidad y sus dos dimensiones; el capítulo II que tratará sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a la valoración de la identidad dinámica; en el capítulo III, conoceremos el criterio de algunos jueces de familia del distrito judicial de Lambayeque respecto a la valoración de la identidad dinámica; posteriormente, en el capítulo IV se tratará sobre una propuesta de ley para incorporar el deber de valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad; y para culminar trataremos las conclusiones y recomendaciones.

PARTE I.

CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Realidad Problemática.

1.1. Planteamiento del problema.

Los jueces de familia, en los procesos de impugnación de paternidad, tienen una tarea complicada, y ello debido a que en la mayoría de procesos se encuentra inmerso un niño o adolescente, quien con el solo hecho de enterarse de que se ha iniciado un proceso en el cual se está poniendo en duda su identidad, y en donde posiblemente la persona que él identifica como padre no resulte serlo, le genera angustia, dolor e incertidumbre; y es que cuando se trata de procesos referidos a menores de edad el asunto debe tratarse con suma delicadeza y el juez tiene el deber de valorar cada aspecto y prueba aportada al proceso, así como también ampararse en los principios que protegen al niño y adolescente¹; asimismo, escuchar la opinión del niño y tomar en cuenta la del adolescente; en este contexto se ha visto que en los procesos de impugnación de paternidad algunos jueces todavía siguen emitiendo fallos perjudiciales al menor, en donde solo se tiene en cuenta la realidad biológica la cual queda dilucidada con el resultado de la prueba genética del ADN, para declarar fundada la demanda que pretende impugnar la paternidad de un hijo reconocido.

El juez debe seguir los lineamientos que se han venido desarrollando respecto al derecho a la identidad y sus dos dimensiones; en cuanto al derecho a la identidad del menor resulta útil citar lo señalado el expediente número 4444-2005-PHC/TC en donde se refiere que “(...) *El derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica* (...)”; por otro lado, la Corte Suprema ha señalado que el derecho a la identidad del

¹ Según nuestro código del Niño y Adolescente (ley 27337) Art. IX (...) en toda medida concerniente al niño y 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 considerara el principio del interés superior del niño y del adolescente (...)

menor no se agota solo con la conceptualización antes citada, sino que esta encierra dos dimensiones, *la primera es la llamada identidad estática, y la segunda, identidad dinámica*, entendiéndose por la primera al origen genético-biológico de la persona, relacionado íntimamente con su identificación (lugar y fecha de nacimiento, nombre y apellidos, estado civil)² y la segunda se configura por su unidad psicosomática, constituida por diversos aspectos de carácter cultural, ideológico, religioso, político e histórico existencial, dichos aspectos delimitan la personalidad del hombre. Desde que el ser humano nace e incluso desde que es concebido, goza de una identidad estática, tiene una realidad genética única inmutable e inalterable; sin embargo, es en el contexto social, familiar, político, económico, cultural, etc., que luego va desarrollando su identidad dinámica aquello por lo cual será reconocido e individualizado.

Es menester señalar que la Corte Suprema también se ha referido al deber que tiene el juez de valorar los aspectos antes mencionados (identidad dinámica y estática) en los procesos de impugnación de paternidad (...) *cuando se objeta la identidad de una persona **se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental**; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ella no puede justificarse sólo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace así mismo en el proyecto continuo que es su vida, Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo (...)*³; siendo ello así el juez no debe enfrentarse al proceso de impugnación de paternidad con una venda en los ojos, ni ser ajeno a la realidad que le exponen, no debe basar su decisión por el simple resultado de la prueba genética del ADN sino analizar el caso en concreto cuando lo amerite, pues resultaría injusto y perjudicial en un determinado caso, para un menor y para el padre que lo ha reconocido, el desligarlos de un vínculo que se ha venido forjando en el seno de un hogar con amor, cariño y atención, en donde el menor ha tenido como figura paterna a quien en el proceso de impugnación de paternidad ha resultado no ser su

² CASACIÓN 3093-2012 – Arequipa

³ CASACIÓN 3093-2012 - Arequipa

progenitor; y ésta persona a pesar del resultado de la prueba genética no quiere desligarse del menor, pues lo considera como su hijo y por ello es que ha venido cumpliendo con el rol de padre ante él y la sociedad; frente a otra persona que es el progenitor biológico quien siempre ha sido ajeno a la realidad del menor, no ha tenido acercamiento alguno y no existe vínculo afectivo que los una.

El tomar una decisión basándose solo en el resultado de la prueba genética sin analizar el caso en concreto y valorar lo actuado en el proceso, también traería graves consecuencias al desarrollo del menor afectando su esfera psicológica y otros derechos que se desprenden del derecho a la identidad.

Por ello, el investigador ha creído importante ahondar en esta tema, motivado por el hecho de conocer un poco más sobre el derecho a la identidad y sus dos dimensiones, sobre los pronunciamientos de la Corte Suprema, así como el deber que tiene el juez de valorar la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad; de otro lado, apoyado por la entrevista a algunos jueces de familia del distrito judicial de Lambayeque, se podrá saber la opinión y criterio que tienen respecto a ello. Dicha investigación servirá para poder entender más a fondo el tema y poder ampliar los conocimientos adquiridos en las aulas universitarias, por otro lado, servirá de base para otras futuras investigaciones que deseen realizar alumnos egresados, deseosos de investigar sobre el tema abordado.

1.2. Formulación del problema.

¿Es necesario que los jueces de familia valoren la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

Es necesario abordar el tema propuesto, pues en la práctica no se ha visto mucho desarrollo sobre el mismo; se ha venido ocupando mucho sobre el derecho a la identidad e impugnación de paternidad, sin embargo, poco se ha investigado sobre las dos dimensiones que tiene el derecho a la identidad, es decir la dinámica y estática; en el caso del investigador será materia de ocupación, la valoración de la dimensión dinámica en los procesos de impugnación de paternidad. La investigación de este tema será un nuevo aporte, que resultará importante para la comunidad estudiantil, jurídica y en general, que desearos de seguir adquiriendo nuevos conocimientos se interesen en dar lectura a la presente investigación.

1.3.2. Importancia del estudio.

La importancia de la investigación del tema propuesto radica en que se podrá obtener mayor conocimiento e información respecto a la poco tratada identidad dinámica de la persona; asimismo, se podrá conocer cuál es el criterio de la Corte Suprema respecto a su valoración en los procesos de impugnación de paternidad. Por otro lado, se podrá conocer cuál es el criterio adoptado por algunos jueces de familia del distrito judicial de Lambayeque respecto al tema propuesto; es importante también, pues como futuros profesionales abogados, ya sea como litigantes, debemos advertir al juez la existencia y necesidad de valoración de este aspecto en nuestros procesos cuando el caso en concreto lo amerite; y como jueces tendremos que enfrentarnos a estas realidades, que como tales escapan de lo previsto en nuestras leyes. La información obtenida en la presente investigación al ser de acceso público podrá ser utilizada como base o apoyo para futuras investigaciones.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo general.

Determinar la necesidad de valorar la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad, en salvaguarda de los derechos de los menores.

1.4.2. Objetivos específicos.

- Describir y analizar los derechos del Niño y Adolescente que se deben tener en cuenta en los procesos de impugnación de paternidad; así como, el derecho a la identidad y sus dos dimensiones.
- Analizar la postura de la Corte Suprema respecto a la valoración de la identidad dinámica, en sus sentencias emitidas en casos de impugnación de paternidad.
- Conocer la opinión y criterio de algunos jueces de familia del Distrito Judicial de Lambayeque, respecto a la valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad, mediante la técnica de investigación denominada, entrevista.
- Proponer la incorporación en el libro de derecho de familia, de un artículo referido al deber de valoración de la identidad dinámica del menor.

1.5. Hipótesis.

Si los jueces de familia valoraran en los procesos de impugnación de paternidad la dimensión dinámica del derecho a la identidad, entonces no se afectarían los derechos de los menores al desligarlos de una figura paterna con quien han forjado un vínculo afectivo reconocido familiar y socialmente.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable independiente.

La no valoración de la identidad dinámica por parte de los jueces de familia, en los procesos de impugnación de paternidad.

1.6.2. Variable dependiente.

Afectación de los derechos de los menores al desligarlos de una figura paterna con quien han forjado un vínculo afectivo reconocido familiar y socialmente.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos.

- **Método exegético jurídico.** - Este método fue aplicado para interpretar el sentido de las normas de nuestro ordenamiento jurídico en relación con el derecho a la identidad, filiación e impugnación de paternidad.
- **Método sistemático jurídico.** - Este método se empleó para realizar un análisis conjunto e interrelacionado de nuestro ordenamiento jurídico sobre Derecho de Familia y de protección del menor y el adolescente, lo que nos llevó a la mejor conclusión del informe de investigación.
- **Método hipotético deductivo.** - Al emplear el método hipotético deductivo se ha verificado su apoyo metodológico al momento de elaborar la hipótesis de trabajo, y en el transcurso de la investigación para realizar un correcto estudio del tema abordado.
- **Método inductivo.** - La aplicación de este método permitió analizar el material de estudio, el mismo que sirvió de base para demostrar la hipótesis de trabajo, así como para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.

1.7.2. Técnicas e Instrumentos.

Respecto a las técnicas de recolección de datos, se señala que son las distintas formas o maneras que tiene el investigador para poder obtener una información, dichas técnicas nos van a conducir a verificar el problema planteado.

Por otro lado, un instrumento de recolección de datos puede tratarse de cualquier recurso del cual se vale el investigador para estudiar el fenómeno y extraer la información requerida; gracias a los instrumentos de investigaciones se puede sintetizar la labor previa de la investigación.

➤ Técnicas:

- **Análisis documental.** - Se utilizó fichas bibliográficas, fichas de investigación documental, con lo cual se obtuvo datos de los archivos de fuentes documentales, de textos que se publicaron en materia de Derecho de Familia, se enfocó con énfasis en la valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad.
- **Observación.** - La observación directa del fenómeno en estudio es una técnica bastante objetiva de recolección; con ella se pudo obtener información de la realidad problemática materia de estudio.
- **Entrevista:** - “La entrevista es una técnica de gran utilidad en la investigación cualitativa para recabar datos; se define como una conversación que se propone un fin determinado distinto al simple hecho de conversar. Es un instrumento técnico que adopta la forma de un diálogo coloquial” (DÍAZ BRAVO, TORRUCO GARCÍA, MARTÍNEZ HERNANDEZ, & VARELA RUIZ, 2013). En la presente investigación, se recurrió a esta técnica para recabar información de los jueces de familia quienes brindaron su opinión y criterio respecto a la valoración de la identidad dinámica.

➤ **Instrumentos:**

- **Ficha de registro de datos.** – Las fichas de registro son instrumentos de la investigación documental que nos permitió registrar los datos significativos de las fuentes consultadas.
- **La Guía de Entrevista.** - Es un instrumento que se utilizó en la técnica de la entrevista, y consistió en un conjunto de preguntas que se elaboraron para que sirvan de orientación en el diálogo que se tuvo con los entrevistados que en el presente caso fueron los jueces de familia.

1.8. Tipo y diseño de la investigación.

1.8.1. Tipo.

La presente investigación es de tipo básica y de nivel descriptivo, a continuación, se explicará el porqué.

Es de tipo básico porque: se busca ampliar el conocimiento respecto de la valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad; teniendo en cuenta que la finalidad de este tipo de investigación es la de obtención y recopilación de información para ir construyendo una base de conocimiento que se va agregando a la información previa existente.

Es de nivel descriptiva: porque se trabaja sobre la realidad de los hechos y sus características esenciales, al respecto autores como:

El investigador ARIAS ODON (2012) refiere:

La investigación descriptiva consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno, individuo o grupo, con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los resultados de este tipo de investigación se ubican en un nivel intermedio en cuanto a la profundidad de los conocimientos se refiere. (pág. 24)

Por lo anteriormente señalado nuestra investigación es de nivel descriptivo porque se trabajó sobre una realidad existente, en el presente caso, se abordó la problemática existente referida a la valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad.

Asimismo, es de nivel explicativo porque también tiene como propósito investigar si la no valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad trae como consecuencia, afectación de los derechos de los menores.

Al respecto ARIAS ODON (2012) refiere:

La investigación explicativa se encarga de buscar el porqué de los hechos mediante el establecimiento de relaciones causa-efecto. En este sentido, los estudios explicativos pueden ocuparse tanto de la determinación de las causas (investigación post facto), como de los efectos (investigación experimental). (pág. 26)

1.8.2. Diseño de la investigación.

Al ser la presente tesis primordialmente básica, descriptiva - explicativa se optó por un diseño que en su primer momento nos ha permitido recopilar información de diversas fuentes tales como, libros, tesis, revistas jurídicas, artículos, leyes del ordenamiento peruano y enlaces de internet, para con ello elaborar nuestro marco teórico y metodológico, recurriendo a las técnicas e instrumentos de investigación tales como, el análisis documental y la ficha de registro de datos. De otro lado, este tipo de investigación nos ha permitido utilizar la técnica de investigación – entrevista - y el instrumento guía de entrevista, y de esta manera poder obtener información relevante respecto al criterio adoptado por algunos jueces de familia en el distrito judicial de Lambayeque sobre la valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad. Por último, se ha utilizado técnicas de estudios como el subrayado y el resumen.

Asimismo, sostenemos que el diseño que corresponde es de tipo no experimental – transversal descriptivo, porque se ha realizado sin manipulación de las variables, lo que se hace es observar fenómenos tal como se dan; en la presente investigación hemos apreciado ello, de la casuística y los continuos pronunciamientos del poder judicial, asimismo de la opinión recogida de algunos jueces de familia, respecto de la valoración de la identidad dinámica para luego proceder a su análisis.

Autores como HERNANDEZ, FERNANDEZ & BAPTISTA (1991) refieren que la investigación no experimental:

Es aquella que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, una investigación donde no hacemos variar intencionalmente las variables independientes. Lo que hacemos en la investigación no experimental es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos. (pág. 189)

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2. Marco Teórico.

2.1. Antecedentes de la investigación.

Para la realización de la presente tesis, el autor ha recabado información de revistas jurídicas, publicaciones web, libros, entrevistas, tesis, etc. respecto a investigaciones preexistentes del tema a tratar, como lo es “La valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad”; que si bien, no se ha encontrado de manera precisa una investigación con el mencionado título, la exhausta investigación nos ha llevado a publicaciones que guardan estrecha relación con el tema y como tal han sido tomadas en cuenta; de esta manera, se ha considerado antecedentes investigativos de trote nacional; ello también, con la finalidad de tener un panorama amplio, de si el tema abordado ha sido exhaustivamente investigado o si hay poco desarrollo sobre ello, esto nos ayudara también a entender más el tema y a enriquecer la presente investigación.

Así las cosas, tenemos como antecedentes investigativos los siguientes:

En primer lugar, es necesario resaltar, que el desarrollo del aspecto dinámico como parte del derecho a la identidad *tiene sus orígenes en la jurisprudencia italiana*; conviene citar la tesis de la autora María del Carmen Delgado Menéndez⁴ denominada “El derecho a la identidad: una visión dinámica”, en la misma se hace referencia a la sentencia que reconoció por primera vez este aspecto.

Es la sentencia del pretor de roma del 6 de mayo de 1974 **la primera que reconoce el derecho a la identidad personal en su vertiente dinámica**, como la “verdad personal” proyectada socialmente (Fernández 1992: 63 y 66).“... en (este) insólito pronunciamiento judicial... por primera vez, se hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado

⁴ La tesis titulada “El derecho a la identidad: una visión dinámica” publicada el año 2016 por la PUCP, es uno de los trabajos más completos encontrados respecto al derecho a la identidad y su faceta dinámica, cuya autora es la Magister María del Carmen Delgado Menéndez.

por el derecho...donde la "verdad personal...(constituye) la nota conceptual determinante del derecho a la identidad". (DELGADO MENENDEZ, pág. 18)

La tesista Rosa Rondón Arredondo en su tesis titulada "IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016", ha referido en una de sus líneas que:

Por el derecho a la identidad, el sujeto está facultado a que se le reconozca como el mismo y no como otro. El derecho a la identidad demanda que no existan normas jurídicas que obstaculicen que la persona sea tenida legalmente como hijo de quien biológicamente es el padre. **El derecho a la identidad comprende la protección a una identidad dinámica, que vendrían a ser el conjunto de vivencias, actos, enseñanzas que forman la personalidad;** y la identidad estática, que está conformada por todos aquellos datos e información que nos permiten reconocer a una persona. **Cabe resaltar la importancia de la identidad dinámica dentro del derecho a la identidad; debido a que esta va a permitir reconocer a una persona como un ser único mediante su personalidad.** (RONDON ARREDONDO, 2017, pág. 119)

Por su parte BRAVO CUAYLA (2016) en su tesis "REGULACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA". Ha referido en la conclusión primera de su investigación que:

La actual regulación de la impugnación de paternidad matrimonial vulnera el principio del interés superior del niño por prevalecer en su contenido la realidad biológica y no la verdad social del hijo, debiendo una propuesta normativa coherente con los derechos involucrados, invertir tal situación. (pág. 118)

Asimismo, ha señalado en la conclusión tercera de su tesis:

El interés superior del niño se concreta en la plena satisfacción de sus derechos. Un análisis conjunto de los derechos del niño que se ven involucrados cuando se

pone en duda su filiación presumida por la ley, el derecho a su identidad comprendido en sus dos dimensiones y su derecho a ser oído, conducen a determinar que debe atenderse a la realidad afectiva y social que este vive y no solo dar prioridad a lo que revelen sus datos genéticos. **En tal sentido, la regulación legal de acción de impugnación de paternidad debe observar no solo la realidad biológica del niño, sino también la afectiva y familiar, es decir, su realidad social, de forma que se garantice la protección del interés superior del niño.** (pág. 119)

De otro lado, TANTALEAN MESTA (2017), en su tesis titulada “LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL MENOR EN LOS CASOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL” en su conclusión quinta ha señalado:

El derecho a la identidad del menor es un derecho fundamental, reconocido no solo por el ordenamiento jurídico peruano, sino también por normas de nivel internacional. **Es un derecho que debe ser comprendido en sus dos dimensiones por tener un contenido complejo,** y de acuerdo con ello, en toda controversia donde se discuta el derecho a la identidad del menor, se deberá otorgar, ante todo, la debida protección de su identidad biológica; analizando cada caso en concreto conforme al principio del interés superior del niño. (pág. 196)

MOSCOSO TICONA (2018) en su tesis titulada “IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN SOBRE IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL CERCADO DE AREQUIPA, AREQUIPA, 2014-2017” ha señalado en su conclusión primera:

La identidad dinámica es establecida en las sentencias de los Juzgados de Familia de Arequipa, mediante el análisis de cada caso en concreto, tomando en consideración la “posesión notoria de hijo de...”, mediante la cual, el menor se encuentra identificado con la figura paterna que tuvo desde que nació,

independientemente de si este comparte carga genética con el menor, **estableciéndose que en el 92.31% de los casos donde existió divergencia entre la identidad dinámica y estática se prefirió a la identidad dinámica, resultando así de gran importancia los vínculos emocionales por sobre los resultados netamente biológicos.** (pág. 86)

La tesista VALDIVIA VALDERRAMA (2018) en su tesis de licenciatura titulada “VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA DEL MENOR EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DE HUARAZ, 2018”, ha llegado a la siguiente conclusión general:

La identidad dinámica del menor también debe ser valorada por el Juez al momento de resolver una acción de impugnación de paternidad, pues considerar a la identidad con la exclusiva remisión al componente biológico, es optar por una postura extremista y hasta peligrosa, pues se estaría dejando de lado la faz dinámica de la persona, desconociendo así su naturaleza psicosomática. (pág. 37)

Entre los trabajos más recientes referidos al aspecto dinámico del derecho a la identidad tenemos el artículo publicado en el portal web de legis.pe por el Dr. José Yvan Saravia Quispe (2018) quien respecto a la identidad estática y dinámica refiere:

El primero es el resultado de una información genética que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. Por otro lado, la identidad se complementa, necesariamente, con un plexo de atributos, características y rasgos de la personalidad. Estos datos, contrariamente a los biológicos, pueden variar en el tiempo. **Por ello, este conjunto de atributos de la personalidad constituye el elemento dinámico de la identidad”.** (SARAVIA QUISPE, 2018)

Para el autor antes referido la identidad dinámica se sustenta de manera jurídica en base a la libertad y el libre desarrollo, por lo que la noción de la identidad personal es integral y comprende no sólo los datos biológicos estáticos sino, también,

aquellos que determinan la personalidad dinámica del sujeto.

Hemos citado en los párrafos anteriores, investigaciones realizadas por diversos tesisistas respecto a la identidad dinámica, con ello podemos concluir que el tema al cual nos estamos refiriendo en la presente tesis, ha venido siendo tratado pero desde diversas perspectivas y teniendo en cuenta su campo de estudio y realidad; por otro lado, en las conclusiones de los mencionados trabajos de investigación, todos los autores concuerdan en que la identidad dinámica debe ser valorada en los procesos de impugnación de paternidad en salvaguarda de los derechos de los menores; y es que al ser una dimensión del derecho a la identidad que convive con la identidad estática, no debe dejarse de lado; la prevalencia del resultado de la prueba genética (ADN) en muchos casos suele ser perjudicial, cuando entre el padre e hijo se ha forjado una identidad dinámica fuerte, existiendo vínculos afectivos, que difícilmente se pueden desaparecer; así pues la identidad dinámica como parte de la identidad del ser humano que se encuentra en constante construcción debe valorarse pues el hombre no es solo genética. De otro lado, el autor de la presente investigación, comparte el criterio sostenido por la tesisista Bravo Cuayla, en tanto señala que, la actual regulación de la impugnación de paternidad vulnera el principio del interés superior del niño por prevalecer en su contenido la realidad biológica y no la verdad social del hijo; pues de la revisión de nuestro derecho sustantivo y adjetivo podemos apreciar que la figura de la impugnación de paternidad se encuentra regulada de manera imprecisa, confusa y no protege el derecho a la identidad - en sus dos facetas – de los menores; así también, no se encuentra acorde con la realidad de hoy en día, en donde encontramos un derecho de familia más desarrollado y avanzado en el plano de la identidad, filiación e impugnación; no existe un texto expreso que imponga el deber de valoración de la identidad dinámica por parte de los jueces, en este tipo de procesos, lo que conlleva en la mayoría de los casos a que el juez de familia solo valore el resultado de la prueba genética del ADN (identidad estática) cuando en un caso en concreto existe evidencia suficiente del forjamiento de la identidad dinámica en los menores.

2.2. Base teórica.

2.2.1. La filiación.

Nos resulta necesario empezar por definir el término en cuestión, tomando en consideración las definiciones de autores reconocidos a nivel nacional e internacional que han estudiado vastamente el tema, y de esta manera poder formarnos una definición adecuada y propia del término que nos permita entender el desarrollo de la presente investigación.

Así entonces, tenemos que la palabra filiación según el portal web Deconceptos (2019) tiene su origen en el vocablo latino “filiationis”, lo que es relativo a la calidad de “filio”, que de acuerdo a su etimología deriva del latín “filius” hijo y esta palabra a su vez de “felare” que significa “mamar”⁵. Desde el estudio de la etimología de la palabra podemos entender que la filiación existe por el simple hecho de la procreación, y es la relación o correspondencia que existe entre el hijo nacido con su madre.

Para muchos hablar de filiación es hablar de una relación parental que vincula a padres e hijos; Sin embargo, HINOSTROZA MINGUEZ, (1997) refiere que el término más apropiado sería el de **relación paterno-filial**, porque desde la posición del hijo si es correcto llamarlo filiación, pero desde la posición de los padres lo adecuado es paternidad o maternidad.

Por su parte, JOSSERAND (1950) establece que:

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. (pág. 258)

⁵ Definición etimológica tomada de: <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/filiacion>

Para CORNEJO CHAVEZ (1987)

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. (pág. 11)

De otro lado, VARSÍ ROSPIGLIOSI & SIVERINO BAVIO (2003) precisan 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” (pág. 660).

Por su parte AGUILAR LLANOS (2013) señala que: “El término filiación nos conduce a la descendencia, al lazo existente entre padres e hijos. Al menos es el concepto más difundido. Ahora bien, en un concepto más amplio y genérico, tendríamos que referirnos a los antepasados de una persona, y a sus descendientes” (pág. 229).

En el mismo sentido, PLACIDO VILCACHAGUA (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” (pág. 87).

PUIG PEÑA (1972) nos dice que: “La filiación es el nombre jurídico que se brinda a la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otro” (pág. 5)

Teniendo en cuenta las citadas definiciones, podemos afirmar que la filiación es un conjunto de relaciones jurídicas determinadas por la paternidad y maternidad; mediante la filiación se vincula a los padres con los hijos dentro de una familia, es decir se genera un vínculo de parentesco; considerándose a la procreación el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación paterno filial; sin embargo, hay que tener en cuenta también que la filiación puede formarse sin

atender al hecho biológico (procreación) en matrimonio o unión de hecho, ejemplo de ello tenemos a la adopción. Asimismo, se entiende por filiación en su sentido amplio, que es el vínculo que une a una persona con sus antepasados así sea el más lejano, y en un sentido restringido como se viene entendiendo hoy en día, la filiación viene a ser el vínculo que une a los padres con los hijos.

Ahora bien, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial (extramatrimonial), se distingue por la existencia o ausencia del matrimonio, surtiendo los mismos efectos; sin embargo, aún sigue existiendo cierta diferencia en el trato de los hijos procreados en el seno matrimonial como en el extramatrimonial, como se verá a continuación.

2.2.2. Filiación matrimonial.

Esta clase de filiación la podemos ubicar en el artículo 361° de nuestro Código Civil que a la letra reza “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”⁶. Según AGUILAR LLANOS (2013) en ella rige una de las afirmaciones jurídicas más antiguas, y que tiene categoría *iuris tantum* conocida como *pater is quem nuptiae demostrant* cuyo significado etimológico es “*padre es quien las nupcias demuestran*”, traducándose en el hecho de que si una mujer casada da a luz a un hijo debe presumirse que el padre de éste es su marido; y ello obviamente tiene razón de ser por cuanto entre las obligaciones que impone el matrimonio, se encuentran principalmente la cohabitación y la fidelidad que se deben los cónyuges.

Se dice que es común definir a la filiación matrimonial como aquella que se refiere al hijo tenido en una relación matrimonial de sus padres; sin embargo, en palabras del maestro AGUILAR LLANOS (2013)

El concepto termina siendo impreciso, pues hay dos momentos distanciados en el tiempo, la concepción y el nacimiento o alumbramiento y que estos no

⁶ Nos referimos al Código Civil de 1984 - Decreto Legislativo N°295

necesariamente ocurren en el matrimonio, y así puede ser concebido antes del matrimonio y nazca dentro de él, o concebido en el matrimonio y nazca después de la disolución o anulación de este; entonces es necesario saber si por tenido ha de entenderse al concebido o alumbrado, y por último que el hecho de que una mujer casada conciba y/o alumbre un hijo, no significa necesariamente que el padre de éste sea el marido de aquella. (pág. 231)

Teniendo en cuenta la presunción *iuris tamtun* contenida en el artículo 361° de nuestro Código Civil (el hijo nacido dentro del matrimonio tiene como padre al marido de su progenitora), se deben mencionar las diversas teorías sostenidas en torno a ello; conviene citar a PLACIDO VILCACHAGUA (2018) quien en su libro titulado “Identidad filiatoria y responsabilidad parental”, destaca principalmente las siguientes teorías:

➤ **Teoría de la accesión.**

Es posiblemente, la más antigua, pues de ella se recogen testimonios en el Maava Dharma Zastrá (conocido como las Leyes de Manú) y, al parecer, también en otros derechos antiguos. Según ella, la presunción de paternidad del marido es una consecuencia del dominio que él ejerce sobre su esposa, cuyo fruto (el hijo) es accesorio, lo que en latín se traduciría con el clásico aforismo: lo accesorio sigue la condición de lo principal. Si el marido es dueño de la esposa, lo es también del hijo, que es su fruto. En la doctrina medieval de algunos canonistas, como la del cardenal de Segusia -llamado el Hostiense-, se repite esta idea: *"paternitas autem probatur per nuptias; nam quicumque semen apposuerit, marito acquiritur qui est dominus ventris"*. (pág. 138)

➤ **Teoría de la presunción de fidelidad de la esposa.**

La presunción de paternidad según esta teoría (sostenida principalmente por los exegetas del Código Civil francés, e inspirada en el iluminismo empirista), reposa en una presunción previa, o anterior: la fidelidad de la esposa hacia su marido, de modo que vendría a erigirse en una suerte de presunción de inocencia

del delito de adulterio que la mujer goza mientras no se prueben, a su respecto, relaciones extramatrimoniales. “como el delito es una excepción y no puede suponerse en principio, el deber de fidelidad conyugal obliga a admitir, hasta que se pruebe en contrario, que el hijo pertenece al marido.” (pág. 138)

➤ **Teoría de la cohabitación exclusiva.**

Es claro que a la teoría anterior se le ha replicado que, si fuese cierto que la presunción de paternidad reposa en la presunción de fidelidad de la esposa, el marido podría destruirla pura y simplemente, probando el quebrantamiento de esa fidelidad. Por eso, aun sin ser dicho explícitamente, algunos autores clásicos han expuesto que la presunción de paternidad reposa no en una presunción de fidelidad, sino en el hecho positivo de la cohabitación exclusiva entre los cónyuges, lo que implica, correlativamente, relaciones sexuales exclusivas entre ellos. Algunos autores combinan ambas tesis. Así, Fueyo Laneri dice que la presunción "se funda en la realidad evidente de las relaciones sexuales entre los cónyuges y en la fidelidad que se guardan ellos". (pág. 139)

En su libro Derecho de Familia, AGUILAR LLANOS (2013) destaca las siguientes teorías:

➤ **Teorías de la concepción y el alumbramiento.**

La concepción significará que, si el hijo ha sido procreado dentro del matrimonio, entonces será tenido como matrimonial, aun cuando el nacimiento se produzca fuera del matrimonio; mientras que el alumbramiento significará que el hijo nacido dentro el matrimonio será matrimonial, aun cuando hubiera sido concebido fuera del matrimonio. Pues bien, ambas teorías por separado llevan implícitas injurias, así, si adoptamos la teoría de la concepción, se considerará extramatrimonial al hijo concebido fuera del matrimonio pese a que nazca dentro de él, y si adoptamos la teoría del alumbramiento, se considerará extramatrimonial al hijo nacido fuera del matrimonio pese a que fue concebido dentro de él. (pág. 231)

➤ **Teoría mixta.**

El artículo 361 del Código Civil refiere que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, en consecuencia, serán, matrimoniales los hijos nacidos durante el matrimonio aunque hubieran sido concebidos fuera de él, y lo serán los nacidos después de la disolución del matrimonio si han concebido durante su vigencia. Sin embargo, una aplicación estricta del artículo 361 del Código Civil puede llevarnos a situaciones injustas, por cuanto bajo esta presunción, pueden imputarse hijos a maridos que no se consideren padres de ellos, en razón de no haber cohabitado con la mujer en la época de la concepción, y por lo tanto dicho marido de la mujer que alumbró el hijo, al no considerarse padre de él, debe tener acción para enervar esta presunción; y en efecto, la ley le concede acción pero no en forma irrestricta, limitándose a supuestos que enerven esta relación paterno filial. (pág. 231)

2.2.3. Negación de la paternidad matrimonial.

Si bien es cierto existe para el hijo nacido dentro del matrimonio la presunción de paternidad (se presume hijo del marido de su progenitora), también lo es, que esta presunción es de carácter relativo, por cuanto puede ser destruida por prueba contraria, así se encuentra señalado en el artículo 363° del Código Civil modificado por la ley 27048, en tanto señala que el marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo; asimismo, debe tenerse en cuenta que en la legislación nuestra, no se encuentran tratadas de manera independiente los supuestos de negación e impugnación de paternidad. VARSÍ ROSPIGLIOSI (2019) refiere: “A pesar de que el Código la denomina acción de negación trata supuestos de impugnación” (pág. 23). En ese mismo sentido se pronuncia PERALTA ANDÍA (2008) señalando que los supuestos de impugnación los insumen dentro de los casos de negación. Sin embargo, la doctrina se ha encargado de hacer una distinción entre las causales de negación e impugnación; así entonces tenemos:

1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio: este es el caso en que la concepción se ha producido antes del matrimonio, en tal sentido el hijo no puede gozar de la presunción pater is, pues tengamos en cuenta que la ley no puede presumir relaciones extramatrimoniales, en ese caso corresponde al marido probar la fecha del matrimonio y la del nacimiento del hijo (artículo 370°), recayendo la carga de la prueba en la madre y el hijo; **este es un supuesto de negación de paternidad.**

2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo: en este caso cuando el marido acredite que fue imposible tener trato sexual con su mujer durante la concepción, podrá impugnar el reconocimiento. “Puede ser que esta imposibilidad podría ser ausencia, privación de libertad, enfermedad, accidente, separación de hecho, pero en cualquiera de estos casos la prueba recae en el marido” (AGUILAR LLANOS B. , 2013, pág. 236). **Este es un supuesto de impugnación de paternidad.**

3.- Cuando esté judicialmente separado durante los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo: en virtud del artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación, ello significa que los esposos ya no tienen la obligación de tener trato íntimo. En este caso el esposo deberá probar con la resolución judicial de separación y la partida de nacimiento del supuesto hijo, que la concepción se dio cuando se encontraba legalmente separado de su esposa. Con la salvedad de que, si la esposa alega, que, a pesar de dicha separación han seguido cohabitando durante el período de la concepción, o que hubo reconciliación, sobre la misma recaerá la probanza de lo alegado. **Este es un supuesto de negación de paternidad.**

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta: el marido puede negar la paternidad del hijo de su esposa alegando la impotencia coeundi absoluta la misma que tuvo que estar presente durante el período de la concepción. En este caso la carga de la prueba recae en el marido. **Este es un supuesto de impugnación de paternidad.**

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; la prueba genética del ADN se ha convertido en los procesos de impugnación de paternidad, en un gran avance para poder dilucidar la paternidad respecto de un hijo nacido dentro o fuera del matrimonio, pues es la prueba de mayor veracidad científica con un rango de error mínimo, por ello tiene razón de ser la incorporación de este supuesto; así entonces, tan solo le bastara al marido, que en el proceso de impugnación ofrezca como medio probatorio la realización de la prueba genética de ADN.

➤ **Plazo para accionar.**

El artículo 364° del Código Civil señala que, esta acción debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de 90 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, presumiéndose que conoció el hecho del parto el mismo día a aquel que regresó. Este plazo para muchos autores es fatal y juega incluso en el caso del inciso 5° del artículo 363° es decir cuando se cuenta con una prueba de validez científica.

2.2.4. Titulares de la acción.

Corresponde al marido y si éste hubiera muerto o se encuentra incapacitado, entonces la ley prevé otras personas para negar la paternidad. Veamos: Si el marido se encuentra incapacitado por encontrarse privado de discernimiento, o sordomudo, ciego sordo, ciego mudo, sufre retardo mental o deterioro mental, entonces la acción puede ser ejercitada por los ascendientes del marido; ahora bien, si los ascendientes no accionan dentro del plazo de 90 días, podrá hacerlo el marido dentro de un plazo semejante al cesar la incapacidad, así lo establece el artículo 368° del Código Civil. Si el marido ha fallecido sin admitirlo como hijo y antes de vencerse el plazo de negación, en este caso, refiere el artículo 367° que los herederos y los ascendientes del marido pueden incoar la acción dentro del plazo todavía disponible, y naturalmente continuarla si el marido la dejó planteada. Según el artículo 369° del Código Civil la acción se dirige contra

la madre y el propio hijo, quien podrá actuar a través de su representante legal, esto es, la propia madre, o un curador especial si hubiera oposición de intereses. (AGUILAR LLANOS B. , 2013, pág. 238)

2.2.5. Reclamación de la filiación matrimonial.

Respecto a ello AGUILAR LLANOS (2013) señala:

En este proceso el actor deberá probar que hubo alumbramiento de una mujer, y que hay identidad entre el nacido y el demandante. Así mismo que en el momento del nacimiento la mujer estuvo casada. Entonces, probando estos hechos, podrá tener éxito para emplazarse en el estado de hijo matrimonial de esa sociedad conyugal a la que demandó. La demanda de filiación puede ser planteada por el propio hijo y no caduca, tal como lo señala el artículo 373° del Código Civil. Pero si el hijo muere antes de cumplir los 23 años sin haber interpuesto la demanda, o si devino incapaz antes de cumplir esa edad y murió en el mismo estado, entonces la ley faculta a los herederos para reclamar la filiación, dentro del plazo de 2 años: Los herederos del hijo también pueden continuar la acción, si éste la dejó iniciada. La acción debe intentarse conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. (págs. 235 - 239)

2.2.6. Filiación extramatrimonial.

Esta clase de filiación al igual que la filiación matrimonial antes desarrollada, no se encuentra definida en el Código Civil actual y así como tampoco en el de 1936, pues el artículo 386° del cuerpo normativo antes citado, se limita a señalar lo siguiente: “Son hijos extramatrimoniales, los concebidos o nacidos fuera del matrimonio”; sin embargo, de manera lógica y atendiendo a lo conceptuado respecto a la filiación matrimonial, se podría definir a la misma como aquella en que existen hijos concebidos o nacidos fuera del matrimonio, y que en virtud del acto de reconocimiento o sentencia surja dicha filiación;

Al respecto, autores como MAZA LUPUCHE (2019) refieren, que la filiación extramatrimonial: “Es aquella que se da fuera del matrimonio, producto de la procreación entre padre y madre, sin encontrarse unidos entre sí por el vínculo del matrimonio” (pág. 129)

hay que recordar que de acuerdo a lo esbozado anteriormente, el hijo matrimonial no tiene mayor problema en cuanto a la identificación de su madre y en cuanto a su padre tampoco, pues existe la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrat*, (es decir, dicho hijo tiene como padre al marido de su progenitora), lo contrario ocurre con el hijo extramatrimonial, el que si bien puede tener identificada a su madre, lo mismo no sucede con el padre ya que la ley no ampara relaciones extramatrimoniales; ante ello, para establecer una relación paterno filial se va a requerir del reconocimiento (acto libre y voluntario), o se puede demandar judicialmente al supuesto progenitor (demanda de filiación) para que el órgano jurisdiccional emita el pronunciamiento que corresponde. “La declaración judicial de la filiación opera a falta de reconocimiento voluntario del padre o de la madre respecto de un hijo extramatrimonial, sea porque desconfían de la certeza del vínculo, por un acto de mala fe, confusión (...)” (RADDA BARNEN , 1997, pág. 7).

2.2.7. Reconocimiento del hijo extramatrimonial.

El reconocimiento en el derecho de familia viene a constituir un acto jurídico libre y voluntario mediante el cual una determinada persona manifiesta su relación de paternidad o maternidad respecto de otra.

El artículo 388° del Código Civil señala expresamente que, “el hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por solo uno de ellos”; este artículo encierra una de las formas de reconocimiento, pues, el mismo cuerpo normativo antes citado establece que el hijo extramatrimonial también puede ser reconocido por los abuelos en el caso de que los padres hayan muerto o se encuentren inmersos en las causales de incapacidad absoluta o relativa; o también cuando los padres sean menores de catorce años, los cuales cesado esa edad podrán reconocer a su hijo; asimismo en nuestra legislación se establece que el reconocimiento puede constar en el registro de nacimiento, escritura publica o testamento, protegiendo de esta manera el derecho del hijo no reconocido a tener una identidad, pues al tener el reconociente distintas alternativas, se puede optar por cualquiera de ellas dadas las circunstancias del caso.

Por otro lado, el artículo 394° del Código Civil establece que se puede reconocerse al hijo que ha muerto siempre y cuando haya dejado descendientes; no distinguiéndose de si estos son matrimoniales o extramatrimoniales. Por último, si apreciamos lo señalado en el artículo 396° nos damos cuenta que estamos ante una forma de reconocimiento especial, el cual trata de que el hijo de la mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido lo hubiese negado, esta restricción ha venido siendo superada, en algunos juzgados por cuanto se señala que la restricción contenida en el artículo antes citado vulneraría el derecho a la identidad de los menores al pretender que se tenga que esperar a que el padre niegue al menor para que este pueda ser reconocido por quien es su verdadero padre biológico.

2.2.8. Sujeto activo y pasivo del reconocimiento.

Los sujetos activos del reconocimiento vienen a ser aquellos que realizan el acto jurídico libre y voluntario de reconocer; así entonces tenemos de acuerdo a nuestra legislación, a los padres y por excepción los abuelos; en cuanto al sujeto pasivo del reconocimiento, se refiere a aquel sobre el que recae el acto de reconocer, los cuales son, los hijos concebidos, nacidos y los muertos, dada su importancia para efectos sucesorios y el hijo de mujer casado cuando el padre lo haya negado.

2.2.9. Impugnación del reconocimiento.

PLACIDO VILCACHAGUA (2018) Señala que:

el reconocimiento puede ser impugnado por dos vías: la acción de invalidez y la acción de impugnación propiamente dicha. La primera tiene lugar por aplicación de los principios generales relativos a la invalidez de los actos jurídicos. La segunda, en cambio, solo se funda en que el reconocimiento realizado no es acorde con la realidad del vínculo biológico. Téngase presente que, cuando se alude a la invalidez o a la impugnación del reconocimiento, la alusión se efectúa respecto del reconocimiento constitutivo del título de estado o del que, aun no constituyendo tal, pretenda ser opuesto por o al reconociente, o sus herederos, o, eventualmente terceros con interés legítimo. (pág. 228)

➤ Acción de invalidez del reconocimiento.

Para PLACIDO VILCACHAGUA (2018) La acción de invalidez del reconocimiento puede tener lugar en los siguientes casos:

- a) Por incapacidad del reconociente. Es nulo el reconocimiento otorgado por menores de catorce años cumplidos; por quien se halle privado de discernimiento, por cualquier causa; y, por el sordomudo, ciegosordo y ciegomudo que no puede expresar su voluntad de manera indubitable. Es anulable el reconocimiento practicado por el retardado mental; y por quien adolece de deterioro mental que le impida expresar su libre voluntad. (pág. 229)
- b) Por vicios de la voluntad del reconociente al otorgar el acto de reconocimiento. A saber: error, dolo, violencia o intimidación, que lo tornan anulable. Así, si se reconoce como hijo a quien biológicamente no lo es, sea porque se tuvo una apreciación engañosa espontánea o provocada. En tal supuesto, la prueba de ADN servirá para sustentar la pretensión si con ella se concluye que el actor no es el padre del menor. Sobre el particular, la jurisprudencia ha precisado: Si se constata del acta de nacimiento que el reconocimiento del menor lo ha practicado el propio demandante, la

negación de la paternidad extramatrimonial y la ineficacia de la partida es improcedente, no obstante las conclusiones de la prueba de la ADN que concluyen que el actor no es el padre del menor, por cuanto, conforme al artículo 395 del Código Civil, el reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable; más aún, si el actor no ha demandado la nulidad o anulabilidad del reconocimiento, calificándolo como acto jurídico. (pág. 230)

- c) Por la imposibilidad jurídica del objeto del reconocimiento. Esto es, por la imposibilidad de que el reconociente sea padre o madre, cuando se reconoce a alguien cuya filiación está previamente determinada, cuando el reconocido es mayor que el reconociente, o cuando la diferencia de edades hace biológicamente imposible que el reconociente haya engendrado o concebido al reconocido; sin perjuicio que, en este último caso, se ejercite adicionalmente la acción de impugnación del reconocimiento. (pág. 230)
- d) Por inobservancia de la forma prescrita. Al practicarse el reconocimiento en alguna forma que no sea la establecida por la ley esta adolece de algún vicio sustancial. (pág. 231)
- e) Por contravenir el ordenamiento jurídico. Esto es, al emplazar en un estado de familia incompatible con el que ya goza el reconocido. Es nulo el reconocimiento cuando el reconocido ya lo ha sido por otra persona del mismo sexo que el nuevo reconociente, o cuando posee título de estado de hijo matrimonial, transgrediéndose —en este último caso— una norma prohibitiva. Ello no obsta, desde luego, a que el posterior reconociente, a pesar de su nulidad, pueda ejercer la acción de impugnación del primer reconocimiento, y, pronunciada la sentencia que hace lugar a la impugnación y lo deja sin efecto, petitionar la inscripción del reconocimiento que él realiza. (pág. 232)

➤ **Acción de impugnación del reconocimiento.**

Es la que tiende a atacar el reconocimiento, no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, es decir, por no ser el reconociente en verdad el padre o madre del reconocido. Es una acción declarativa, de contestación y de desplazamiento del estado de familia. (pág. 232)

En concreción, cuando hablamos de filiación matrimonial, podemos decir que esta se da cuando los hijos nacen dentro de un matrimonio. Los hijos nacidos durante la vigencia del vínculo matrimonial o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución se presumirán hijos del esposo (presunción *iuris tantum* contenida en el artículo 361 del Código Civil).

En cuanto a la filiación extramatrimonial, se da cuando los hijos son concebidos y nacidos fuera del matrimonio, lo que significa que el establecimiento de su filiación paterna no es automático, pues para ello no rige dicha presunción *iuris tantum*. La **presunción de la paternidad**, al ser un efecto del matrimonio, no existe en la filiación extramatrimonial. Como hemos señalado en los párrafos anteriores para establecer el vínculo de filiación, es necesario que intervenga un elemento suplementario: ya sea un acto de voluntad expresado en el reconocimiento, o sea que intervenga el estado mediante una declaración judicial en ese sentido (sentencia).

Por último, podemos señalar que el Código Civil trata separadamente de las acciones referentes a la filiación matrimonial⁷ y la filiación extramatrimonial⁸,

⁷La filiación matrimonial, es la que tiene implícita la presunción de la paternidad y la relación jurídica derivada de la misma, entre los progenitores y sus descendientes. Se funda en tres pilares fundamentales: el vínculo de filiación materno; el vínculo de filiación paterno y el vínculo conyugal entre los padres. (...)

Extraído de www.juridicas.unam.mx/pública/librev/mv/podium/cont/16/cnt1/pdf

⁸ Surge como consecuencia de reconocimiento voluntario de un hijo, hecho por los progenitores o por la imputación de la paternidad o de la maternidad por sentencia judicial, Su objeto es que se produzcan los mismos efectos legales respecto a los derechos y obligaciones que tienen los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Extraído de www.juridicas.unam.mx/pública/librev/mv/podium/cont/16/cnt1/pdf

Las relaciones sexuales en la época en que se presume la concepción, el trato personal y social dado por el presunto padre a la madre durante el embarazo (...) son causas legales que fundan la presunción

contando la primera de los nombrados con la (negación de la paternidad, impugnación de la paternidad matrimonial, impugnación de la maternidad matrimonial y reclamación de la filiación matrimonial); y, la segunda con la (impugnación e invalidez del reconocimiento, reclamación de la paternidad y maternidad extramatrimonial).

sustancial de paternidad extramatrimonial (...) En BORDA, Guillermo A., B. Aires 2002, , Manual de D° de Familia, Editorial Lexus Nexos- Abeledo Perrot, Pág. 263

2.2.10. Impugnación de paternidad.

Es poco probable encontrar muchas definiciones de la acción de impugnación de paternidad y ello debido a que los doctrinarios han abarcado su estudio, desde la perspectiva del tipo de filiación que se trate, ya sea la filiación matrimonial o la extramatrimonial; a la vez debemos señalar que ésta se debe distinguir de la negación de paternidad, conceptos que muchas veces son confundidos y tratados como sinónimos

Al respecto, MESSINEO (1953) menciona que la impugnación es:

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

CABANELLAS DE LAS CUEVAS (2001) afirma que:

Es el acto de combatir, contradecir o refutar una actuación judicial, cualquiera sea su índole (testimonial, documental, pericial, resolutive). Todos los recursos que se interponen contra las resoluciones judiciales constituyen actos de impugnación procesal” La impugnación de la paternidad es un proceso que se origina cuando se duda respecto a la veracidad de la paternidad de una persona, cuando un niño nace bajo el matrimonio de sus padres o estando estos en unión marital de hecho se presume la paternidad, sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario. (pág. 197)

VARSI ROSPIGLIOSI (2004) expresa lo siguiente sobre la impugnación de paternidad matrimonial: “Denominada desconocimiento riguroso. En este caso el marido ataca la paternidad que tiene con el hijo concebido por su mujer durante el matrimonio. En ella está vigente la presunción pater est, pues existe una verdad biológica probable” (pág. 142).

Como podemos ver la acción de impugnación de paternidad está destinada a atacar la paternidad asumida y reconocida respecto de una determinada persona, por no concordar con la realidad genética, la misma que es probada en un proceso judicial, con esto se busca apartar a la persona que ha venido asumiendo el rol de padre respecto a su hijo, modificando de esta manera los lazos asumidos hasta ese momento.

Hay que recordar que no es lo mismo comparar impugnación de paternidad con la acción de invalidez del reconocimiento dado que la primera tiene por finalidad impugnar la paternidad de un hijo reconocido por no concordar con la realidad biológica y la segunda se interpone porque existen vicios del acto jurídico del reconocimiento, tal como se ha detallado líneas arriba; Asimismo es necesario diferenciar estas de la negación de paternidad.

➤ **Negación de Paternidad.**

Por otro lado, la negación de la paternidad:

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

El artículo 363° del Código Civil, contiene los supuestos para la acción de negación de paternidad e impugnación de paternidad:

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

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

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

El maestro AGUILAR LLANOS (2013) realiza una distinción entre negación e impugnación de la paternidad:

La primera ocurre cuando el hijo tenido por una mujer casada no está amparado por la presunción pater is, de tal manera que el padre se limita a expresar que no es suyo el hijo que alumbró su mujer, y es a la madre y al hijo a quienes corresponde probar lo contrario. La impugnación corresponde al marido, cuando el hijo tenido por su mujer y a quien no considera suyo, está amparado por la presunción pater is, recayendo la carga de la prueba en el marido. La diferencia está dada por quien soporta la prueba. (págs. 234 - 235)

Ha sido necesario realizar estas distinciones debido a que en la práctica judicial se ha visto que algunos abogados confunden estas acciones y las incluyen (negación de paternidad e invalidez del reconocimiento) dentro de la impugnación de paternidad ya sea matrimonial o extramatrimonial, como sumilla en sus demandas, sin importar la naturaleza de sus acciones; trayendo como consecuencia la declaración de inadmisibilidad e improcedencia de sus demandas, debido a no interponerlas en la vía correspondiente generando perjuicio a sus patrocinados, en especial a los menores de edad.

2.2.11. Prueba de ADN.

La prueba biológica del ADN (Ácido Desoxirribonucleico), ha significado uno de los avances científicos más trascendentes del presente siglo, utilizándose en diferentes campos de las ciencias, pero con un impacto de mayor alcance en la ciencia forense y en torno a los procesos judiciales en nuestro país viene teniendo un rol muy importante los procesos de filiación e impugnación de paternidad; la mencionada prueba genética en la actualidad es la de mayor validez y veracidad científica para dilucidar la relación de parentesco consanguíneo entre determinadas personas; que si bien es conocido que no tiene en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento propio, como medio de prueba, se puede decir que esta responde al tipo pericia.

Respecto a lo hablado, VARGAS AVILA , (2010) indica lo siguiente:

La prueba genética en términos generales, tiene por objeto establecer directa y fundamentalmente la relación biológica filial, que supone o que argumenta cualquier investigación paterno filial independientemente de la causa que se alegue, ya para establecer la filiación, ya para impugnarla, esto es, para ejercer cualquiera de las dos acciones que tiene el estado civil de una persona. (...) Precisamente, ese carácter científico del cual hoy está dotada la prueba genética, es materializado en los exámenes de ADN practicados a un individuo para determinar su compatibilidad genética con el presunto padre y además, si su determinación arroja una probabilidad superior al 99.9%. (...) Por tales razones, la realización de la prueba genética de ADN cumple un papel indispensable como medio de prueba dentro de cualquier proceso de filiación, en este caso, en la impugnación de paternidad matrimonial, he ahí la importancia de su actuación en sede judicial. (pág. 129)

El maestro AGUILAR LLANOS (2016) de manera sencilla nos explica el procedimiento para la realización de la prueba biológica de ADN:

Para realizar las pruebas de paternidad por medio del estudio del ADN, se utilizan de preferencia las células de la sangre por ser fáciles de obtener en buena

cantidad, sin embargo, se puede estudiar en cualquier otro tejido del organismo como raspado de mucosa oral, raíces del pelo, etc. Se requiere de preferencia una muestra de sangre de cada una de las 3 personas involucradas, madre, hijo y posible padre. Analizando este ADN como métodos de ingeniería genética, se obtiene un patrón de marcas o fragmentos de ADN específicas para cada persona. Este patrón se parece al código de barras de los productos. Se compara el patrón del hijo con el de la madre y del posible 131 padre. Cada una de las marcas del hijo tiene que encontrarse en el patrón de la madre o del padre. La prueba consiste en aparear las marcas del niño con las de la madre y del posible padre, si el niño tiene marcas que no tiene la madre ni el posible padre queda descartada su paternidad y maternidad, en cambio si tiene marcas que tiene el padre, entonces queda demostrado la paternidad. (pág. 56)

Hemos visto como los autores antes citados han resaltado la importancia de la prueba biológica del ADN en los procesos en los cuales hay que dilucidar la relación de parentesco de una persona con otra, y es que gracias a la misma se ha permitido en los casos de los menores de edad que en los procesos de filiación e impugnación de paternidad conozcan su verdadera realidad biológica.

➤ **Plazo.**

En nuestra legislación según el artículo 364° del Código Civil se establece que el padre tiene el plazo de 90 días para realizar su acción contestatoria contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente. De otro lado el artículo 400° del mismo cuerpo normativo citado establece que, el plazo para negar el reconocimiento es de 90 días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. La acción de impugnación dependerá de lo establecidos por el artículo 363°.

2.3. Definición de términos básicos.

Adolescente: Término acuñado a partir del verbo latino *adolescere* que significa crecer desarrollarse, es decir es aquella persona que está atravesando por la etapa de la adolescencia, para nuestro Código del Niño y Adolescente se le considera como tal desde los doce hasta cumplir los dieciocho años.

Derechos: “Son las facultades de ejercicio que tienen las personas, de todo aquello que ha sido conquistado, reconocido y establecido en su favor, el el ordenamiento jurídico del estado” (ORTECHO VILLENA , 2002, pág. 87).

Filiación: “Vínculo existente entre padres e hijos. *La filiación* puede ser *legítima* (derivada del matrimonio), *ilegítima* (derivada de unión no matrimonial) o por adopción (v).” (OSSORIO, 1996, pág. 435).

Identidad: Conjuntos de rasgos intrínsecos o extrínsecos de un individuo o de una colectividad que los diferencian de los demás. “En lo personal, con repercusión en el estado civil y en lo criminalístico, filiación o señas particulares de cada cual. | parecido o semejanza” (OSSORIO, 1996, pág. 487).

Identidad dinámica: Es la parte del derecho a la identidad que está en permanente construcción y que abarca aspectos de carácter cultural, ideológico, religioso, político e histórico existencial, que van a delimitar la personalidad.

Identidad estática: Es la parte del derecho a la identidad que es inmutable, y que excepcionalmente puede variar, se refiere al origen genético-biológico de la persona, relacionado íntimamente con su identificación (lugar y fecha de nacimiento, nombre y apellidos, estado civil).

Impugnación de paternidad: Proceso mediante el cual se discute y pretende desconocer la paternidad de una persona reconocida, ya sea por el propio reconociente o por una tercera persona con legítimo interés.

Interés superior del niño: “El interés superior del niño es un principio básico en los derechos del niño. La Convención de Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño lo establece como derecho subjetivo de los menores de edad y como principio interpretativo (...)” (TORRECUADRADA GARCIA - LOZANO, 2016, pág. 1).

Niño: Se considera niño al menor que se encuentra atravesando por la etapa de la niñez, y según el Código del Niño y Adolescente se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años.

Prueba de ADN: La prueba genética de ADN o de Acido Desoxirribonucleico es la prueba de mayor veracidad científica que permite esclarecer un vínculo paterno o materno respecto a un menor, en un proceso de impugnación de paternidad.

Proceso: “En un sentido amplio equivale a juicio, causa o pleito (...) En un sentido más restringido, el expediente, autos o legajos en que se registran los actos de un juicio, cualquiera que sea su naturaleza” (OSSORIO, 1996, pág. 804).

Proceso de filiación de paternidad: “El proceso judicial de filiación de paternidad se da cuando el padre biológico de un hijo (a), no lo ha reconocido, entonces la madre del menor recurre al órgano jurisdiccional, con la finalidad de que se declare la paternidad” (AZAÑERO SANDOVAL, 2014, pág. 490).

Presunción de paternidad: Según lo establecido en el artículo 361° del Código Civil peruano, el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, es decir, se le considerara como hijo matrimonial; sin embargo, esta presunción es de carácter relativo dado que la misma ley permite en determinados casos la negación e impugnación de la paternidad matrimonial.

Vínculo afectivo: El vínculo de tipo afectivo es aquel que se ha generado en base a distintos sentimientos que se tiene por otra persona, y que se ha generado en tal grado que de deshacerse puede traer consecuencias a la esfera interna del sujeto.

PARTE II.

CAPÍTULO I:

DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD; LA IDENTIDAD Y SUS DOS DIMENSIONES.

1.1. Derechos del Niño y Adolescente.

En cuanto a los derechos del niño y adolescente, es necesario señalar que el primer instrumento internacional que reconoce la existencia de derechos para los niños y niñas, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos, es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (versión en francés), dicha declaración en un principio no era vinculante para los estados; y no lo es hasta que fue adoptada por la Sociedad de Naciones en 1924; posteriormente las Naciones Unidas aprobarían en 1959 la Declaración de los Derechos del Niño, instrumento internacional que luego se convertiría en la Convención Sobre los Derechos del Niño (1959) el cual es el instrumento internacional más importante, en cuanto al reconocimiento de los derechos que tienen los menores.

La declaración de ginebra sobre los derechos del niño albergaba solo cinco artículos:

- 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.*
- 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.*
- 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.*
- 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.*
- 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo. (BOFILL & COTS, 1999, pág. 14)*

Para muchos especialistas en derecho de la infancia, el surgimiento de dicho documento ha significado uno de los momentos más importantes de la historia, y con razón, puesto que el mismo se dio luego de que la humanidad atravesara por un momento muy crítico (primera guerra mundial). Para el autor, lo que más resalta de dicho documento es una frase que contiene en su encabezado; frase que hoy en día merece seguir siendo recordada e invocada, por todas las personas e instituciones que tienen a su cargo asuntos relacionados con menores de edad: “la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle”.

1.1.1. El derecho de todo Niño y Adolescente, a que en toda medida que le concierne, se deba tener en cuenta su interés superior.

Reza La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3° inciso 1 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.**”* (subrayado es nuestro)

El citado derecho fue recogido con gran acierto por nuestra legislación nacional, otorgándosele la categoría de principio; es así, que nuestro Código del Niño y Adolescente (ley N°27337) proclama en su artículo IX (título preliminar) el denominado “Principio del Interés Superior del Niño”:

*“En toda medida concerniente al niño y 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.**”* (subrayado es nuestro)

El concepto de los intereses superiores del niño fue recogido del principio 2°, de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, la declaración dispone que el interés superior del niño debe ser “la consideración fundamental” únicamente

en cuanto a la promulgación de leyes destinadas a la protección y bienestar del niño. La convención amplía el alcance de este principio que, a tenor del artículo 3, debe inspirar no solo a la legislación sino también a “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas...” (ROJAS SARAPURA , 2009, pág. 17)

De esta manera, al haberse regulado dicho principio recogido de la Convención sobre los Derechos del Niño la cual señala que debe ser “la consideración fundamental”, quedan en nuestro país, tanto los poderes del estado, el Ministerio Público, los Gobiernos Locales, Regionales y sus demás instituciones, así como también, la sociedad (en sus acciones), obligados a considerar en todas sus medidas y decisiones el Principio del Interés Superior del Niño y Adolescente, obviamente ello en defensa de los derechos de los menores.

Al respecto el maestro (PLÁCIDO VILCACHAHUA , 2015) señala que:

La convención ha elevado el “interés superior del niño” al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. (pág. 135)

Se entiende que dicho mandato legal al involucrar también al Poder Judicial le otorga al juez en todos sus niveles - pues el mencionado artículo no hace distinción alguna – la potestad de que en sus procesos y fallos en que se vean involucrados menores de edad, se invoque y se tenga en consideración el mencionado principio en beneficio de los mismos, independientemente de los intereses de sus padres; asimismo, obliga al órgano jurisdiccional a que en los procesos en los que se ponga en debate o se advierta afectación de los derechos de los menores de edad, se brinde una atención prioritaria en la tramitación de sus procesos; con más razón si se tiene en cuenta lo señalado en el artículo 4º de nuestra Constitución Política: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al **niño, al adolescente** (...)”.

El principio en mención, como la propia Convención y ley nacional lo señalan debe servir de guía para la toma de las decisiones por parte de las instituciones públicas o privadas y con más razón en sede judicial que es al ámbito en donde más se ventilan casos y se toman decisiones que involucran a menores de edad.

Hoy en día se traduce el interés superior de los niños y niñas en una visión infantocéntrica (...), la cual lleva consigo que todas las normas e interpretación de las mismas se construyan y fundamenten a través del principio de “interés superior de los niños y niñas” (...). Lo cual implica que a todo niño, niña o adolescente debe protegerse con preferencia sobre cualquier otro sujeto implicado, como pueden ser su propio padre o madre, terceras personas o la administración pública; por ello se dice que el interés del sujeto menor prevalece sobre los intereses de otros sujetos, los cuales pasan a un segundo plano (...). (LÓPEZ - CONTRERAS , 2015, pág. 56)

Resulta necesario señalar que en la práctica judicial se advirtió en un inicio (cuando se empezó a aplicar el principio) y persiste aun en la actualidad, problemas en relación a su aplicación e interpretación y ello debido a su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido; lo que lleva a que el juzgador - en algunos casos – realice una interpretación vaga, sin tener en cuenta lo más beneficioso para el menor y las condiciones en que éste se encuentra, haciendo solo una mera referencia al principio sin siquiera dotarlo de desarrollo y sustento en sus fallos.

La sola referencia o mención del Principio del Interés Superior del Niño en los fallos de los jueces no es pues justificación suficiente; la determinación del principio en mención debe ser producto de la valoración de los medios aportado al proceso por las partes y las que de oficio incorpore el juez y a partir de ello el Juzgador podrá de manera razonada determinar el principio citado, consecuentemente lo mejor para los menores del proceso. Si se tiene una decisión judicial en la que solo se hace mención al principio sin desarrollo del mismo (suficiente motivación), se estaría creando una situación peligrosa para el menor, pues no olvidemos que uno de los deberes que tiene el juez es la debida motivación de sus fallos, de lo contrario ello

devendría en la nulidad de los mismos, agravando la situación del menor del proceso, ya que en vez de solucionarle un problema se le estaría generando otro.

Al respecto MIRANDA ESTRAMPES (2006) sostiene que:

Los problemas surgidos en relación al Principio del Interés Superior del Niño derivan de su calidad de concepto jurídico indeterminado e indefinido por la propia Convención; así sostiene que “la decisión sobre lo que en cada caso se ajusta al interés del menor se deja al arbitrio judicial; no obstante, el juez no se encuentra ante un concepto vacío, sino que a la luz de la anterior conceptualización, el contenido de las resoluciones judiciales debe consistir en asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de los menores, quienes por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismos, para ello el juez deberá valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, entre las que debe mencionarse la propia edad y circunstancias personales del menor (familiares, sociales)(...); el interés del menor actuará como criterio rector de la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, especialmente el interés de los progenitores. En estos casos, el conflicto deberá resolverse siempre primando el interés del menor” (pág. 109)

Los problemas con la interpretación y aplicación del principio del interés superior del niño, como se ha señalado, han venido persistiendo a pesar de que existe la Observación general N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, en donde se realiza de manera entendible, la interpretación y aclaración del mencionado principio, de dicha observación se pueden extraer las siguientes interpretaciones:

En cuanto al término "medida" señala el citado documento, que por medida se deben incluir no solo las decisiones, sino también todo acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento y demás iniciativas; así también, lo ha entendido el legislador peruano, puesto que, en nuestro Código del Niño y Adolescente aparte del término medida, se señala que el Interés Superior del Niño y Adolescente debe tenerse en cuenta “en la acción de la sociedad”.

Igualmente, este principio rector se constituirá en un estándar jurídico que permitirá adecuar los contenidos normativos abstractos a lo empírico, solucionando, de esta manera, la disociación existente, en un caso concreto, entre la norma y su administración o realización. Siendo así, “el interés superior del niño representará la valoración prevaleciente en la especie a decidir, con alcances particulares”. (D'ANTONIO, 2001, pág. 47)

De otro lado, cuando se hace alusión al término "concernientes a", por ello se debe entender a las medidas, decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios y procedimientos que se encuentran directamente relacionadas con el niño, un grupo de niños o los niños en general; hay que aclarar que si bien se utiliza en la Convención Sobre los Derechos del Niño, el término “niño” en general y no “adolescente”, ello no quiere decir que se les está excluyendo a los mismos de tales derechos, puesto que para la Convención el término "niño" hace referencia a todos menores de 18 años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, sin discriminación alguna. En nuestro Código del Niño y Adolescente, si se hace esta distinción de manera expresa, por cuanto el artículo I del título preliminar señala *“se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad (...)”*

Hemos analizado el derecho que tienen los niños y adolescentes a que en todas las medidas que le conciernen, se tenga en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño; por lo tanto, los jueces deben tener en cuenta ello en los procesos en que se encuentran inmersos, como es el caso del proceso de impugnación de paternidad, en donde no solo se debate la cuestión, de si determinada persona, es o no el verdadero padre de un menor, sino que se también, se debaten derechos que afectan directamente a su persona; el contenido de este derecho - principio debe analizarse y determinarse caso por caso, pues no todas las causas que se ventilan judicialmente tienen los mismos hechos y justiciables, sino que se presentan situaciones distintas, por lo que corresponde al juez analizar todo lo actuado y determinar dicho principio; ello atendiendo a que el concepto del Interés Superior del Niño es Flexible y adaptable por ello debe determinarse caso por caso; o como dice la propia

observación general N°14, “Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales” (niño C. d., 2013).

1.1.2. El derecho del niño y adolescente a que en la medida de lo posible conozca a sus padres, lleve sus apellidos y pueda ser cuidados por ellos.

Señala el Artículo 7 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.**” Resaltado es nuestro.

Del mismo modo, el Código del Niño y Adolescente en su artículo 6 señala: “El niño y 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.” Resaltado es nuestro.

En concreto, los citados artículos hacen referencia al derecho que tienen los menores a conocer su verdad o realidad biológica, es decir saber quién o quiénes son sus verdaderos progenitores; obviamente a ser cuidado por ellos y a llevar sus apellidos, ello en virtud de los efectos jurídicos que trae consigo la filiación, otorgándole así al menor una identidad propia (identidad personal), y la protección de sus padres, lo cual también viene a ser un derecho constitucional; autores como WONG ABAB & y otros, (2018) refieren respecto a la realidad biológica lo siguiente:

Un componente importante en el derecho a la identidad resulta ser el de nuestro vínculo biológico, el cual nos permite establecer nuestros lazos familiares, así como nuestros derechos y obligaciones en la relación paterno – filial. Es así que el derecho a la verdad biológica lo podemos entender como aquel que nos asiste para conocer nuestro origen e identidad filiatoria. (pág. 202)

Por su parte PEREZ LUÑO (1984) nos dice:

Si bien es cierto que es todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de la dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica. (pág. 175)

En palabras de los autores antes citados, el vínculo biológico es tan importante que nos permite establecer lazos familiares y gozar de los derechos y obligaciones propios del estado de familia; por ello, para el investigador este derecho es sin lugar a dudas fundamental para los menores, ya que se permite la averiguación de la verdadera paternidad que le corresponda en la medida que las circunstancias lo permitan; sin embargo, en la realidad se suscitan situaciones que no permiten ello, es decir, el conocer la verdad biológica del menor y ello porque en algunos casos la madre oculta la verdadera paternidad del menor y hace creer a su marido o conviviente que el hijo suyo, o el caso en que se frustra - en el proceso de impugnación de paternidad - la obtención de la muestra para la prueba genética del ADN; por ello, anteponiéndose al derecho del menor de “conocer a sus verdaderos padres” se encuentra el término “en la medida de lo posible”, es decir se nos advierte que pueden suscitarse dificultades para que el menor conozca su realidad biológica; otro ejemplo sería, el caso del menor que ha sido abandonado por los desconsiderados padres, en ese caso, se desconoce la identidad de los progenitores y sería imposible que el menor algún día pueda conocer a sus verdaderos padres.

PLÁCIDO VILCACHAHUA (2015) nos dice, que la expresión “en la medida de lo posible” parece contener una limitación mas estricta y menos subjetiva que la del “interés superior”, lo que implica que el menor tiene derecho a saber quienes son sus padres, si es que ello es posible incluso si se va en contra de su interés; sin embargo, dada la naturaleza holística de la convención sugiere que al niño que pudiera resultar perjudicado por conocer su identidad de sus verdaderos padres no se le debería facilitar dicha información; por lo que resulta evidente que al niño solo

se le puede negar el derecho de saber quienes son sus verdaderos padres en virtud de su interés superior, siempre que las circunstancias que motivan la negativa sean las más extremas e inequívocas.

Por otro lado, en atención al término “en la medida de lo posible”, se permite en el caso de la impugnación de paternidad que cualquier persona con legítimo interés impugne el reconocimiento, es decir debele el misterio del origen del menor, lo cual resultaría válido y legítimo pues el menor tiene derecho a conocer a sus verdaderos padres y tener una identidad de acuerdo a su realidad biológica, ello también, porque hay casos en donde el padre legal vive con la creencia errada de que el hijo de su esposa o conviviente es suyo y es una tercera persona quien conoce la verdad; o sabiendo el padre legal, el verdadero origen biológico de su hijo no acciona; por ello el artículo 399° del Código Civil establece “El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en el, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes **tengan interés legítimo**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395°.”

Y si hablamos de problemas que se suscitan y que dificultan a que el menor conozca su realidad biológica, no podemos dejar de mencionar, el plazo para las acciones de impugnación y negación de la paternidad; el plazo, ha significado una de las trabas más perjudiciales tanto para el accionante (que impugna la paternidad) y para el menor; en tanto, no permite que se dilucide la paternidad una vez vencidos los plazos de caducidad establecidos en la ley, “90 días” desde el día siguiente del parto si se estuvo presente en el lugar o desde el día siguiente de su regreso si estuvo ausente (para la acción contestatoria); y “90 días” a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto (para la negación del reconocimiento) lo que a todas luces significaría un plazo demasiado corto y perjudicial. Muchos especialistas del derecho de familia han señalado que el establecimiento de dicho plazo tiene por finalidad consolidar un estado de familia en aras de la estabilidad, protección y consolidación de la familia, atendiendo además, a que la familia goza de protección constitucional conforme así se establece en el artículo 4° de la Constitución política del estado “La comunidad y estado protegen especialmente (...) **a la familia** y

promueven el matrimonio (...)); sin embargo, a pesar de que ello no resulte inconstitucional, ello no exime a que la propia norma, en determinado caso concreto presente incompatibilidad frente a otros derechos constitucionales, por ejemplo el derecho a la identidad.

Una solución que el investigador ha venido observando en los casos de impugnación de paternidad para superar el problema del plazo y que el menor pueda acceder a conocer su realidad biológica, es la aplicación del control difuso, se viene inaplicando los artículos referidos a los plazos de caducidad para intentar la acción de impugnación, prefiriéndose por sobre el plazo, el derecho constitucional a la identidad, lo que conlleva a que el menor pueda conocer su verdadera realidad biológica y a formarse una identidad de acuerdo a ello. Puede surgir la controversia en tanto se señale que, si se impugna la paternidad del menor fuera del plazo legal establecido, perjudicaría su estado de familia que se ha generado y el vínculo con su padre legal, sin embargo, no hay mayor problema en ello, puesto que, ahora dentro del proceso el juez tiene otra tarea, la cual es, valorar la identidad en sus dos facetas la dinámica y la estática.

Se debe dejar en claro, que en el caso que se ampare una demanda de impugnación de paternidad, en un caso en concreto no se perjudicaría al menor ni la estabilidad familiar, por ejemplo en caso de que el menor no haya forjado una identidad dinámica fuerte, es decir los lazos afectivos familiares no sean adecuados con el padre por diversas motivos (falta de atención, maltrato, abandono, rechazo, etc.), en ese caso más bien se estaría preservando el derecho del menor a que viva y se desarrolle con su familia natural (verdadero padre) en un ambiente familiar adecuado para su desarrollo.

Conforme se ha dicho en los anteriores párrafos el juez también tiene que velar por que en la medida de lo posible el menor pueda conocer su realidad biológica por lo que debe eliminar cualquier barrera que impida ello, por ejemplo, el plazo. Otro ejemplo de ello sería el pronunciamiento en la Casación 1622-2015-Arequipa,

en donde se determinó que la impugnación de paternidad solo procede si se identifica al padre biológico, citamos el fundamento más relevante:

DUODÉCIMO. - En efecto, el hecho que se declare la no paternidad ordenando que se descarte toda referencia a la paternidad del acta de nacimiento, no tendría efectos positivos, por el contrario, la apreciación de las consecuencias concretas que este tipo de decisiones produce en la realidad evidencia que en los hechos el niño o niña involucrado en la controversia, en realidad no puede acceder a la verdad sobre su origen biológico, pues la decisión jurisdiccional que declara la urgencia de tutelar su derecho a conocer su origen, únicamente se limita a descartar la filiación que hasta ese momento tiene, pero no proporciona nada en reemplazo de esta afectación. No se satisface, entonces, el derecho a la identidad del menor, ya que el padre que formalmente éste tiene ya no es tal (se elimina del acta de nacimiento la paternidad que hasta el momento existía), pero en su lugar el Juez no llega a responder cuál es, entonces, la filiación que le corresponde. En consecuencia, si la situación de este menor antes del pronunciamiento del órgano jurisdiccional podría ser cuestionable, su situación luego de éste es evidentemente más precaria. (subrayado es nuestro)

1.1.3. El derecho del niño y adolescente a expresar su opinión, ser escuchado y a que sus opiniones se tengan en cuenta.

El menor que se encuentra inmerso en un proceso judicial, en donde se debaten sus derechos (alimentación, patria potestad, filiación, identidad, etc.), no es pues, un sujeto que no pueda expresar sus opiniones, alguien que tenga que esperar paciente a que la justicia y los justiciables debatan sus derechos sin siquiera poder expresar lo que piensa; por ello, resulta justo y apropiado que el mismo, pueda de alguna manera expresar lo que siente y que lo dicho en el proceso, sea tomado en cuenta para la resolución de un conflicto que le concierne y afecta; es por ello, que la Convención sobre los Derechos del Niño, estableció en su Artículo 12 inciso 1 lo siguiente: “ Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.”

A su turno el inciso 2 del mismo artículo establece: “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

Por nuestra parte, el artículo 9 del Código del Niño y Adolescente reconoce este derecho al señalar que: “El niño y adolescente que estuvieran en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.”

En tal sentido, corresponde al estado peruano el garantizar el pleno cumplimiento del derecho a ser escuchado de todo niño "que esté en condiciones de formarse su juicio propio"; sin embargo, al advertir la Convención y nuestro Código de que solo el niño que esté en condiciones de formarse su propio juicio pueda expresar su

opinión, ello no debe entenderse como una limitación, sino más bien, como una obligación para que se evalúe la capacidad del menor de formarse una opinión propia en la mayor medida posible y pueda expresarla en los juicios en que se encuentran inmersos. Por lo que no se puede partir del supuesto de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones para restringirle ese derecho. De otro lado, se entendería que al señalar los cuerpos normativos antes citados que solo el niño que pueda formarse un juicio propio pueda expresar su opinión, se estaría estableciendo un límite de edad, ello queda descartado pues el propio Comité sobre los Derechos del Niño en su observación general N°12 ha señalado:

El comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (niño c. d., 2009, pág. 9)

Asimismo, el Comité (2009) ha señalado que existen estudios que han demostrado que los menores son capaces de formarse sus opiniones propias desde temprana edad, aun cuando todavía no las puedan expresar de manera verbal; por ello la plena aplicación del artículo 12 de la convención exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, por ejemplo: el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, ya que por medio de ello los niños que no puedan expresar sus opiniones verbalmente, demuestran la capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

Para garantizar el pleno ejercicio de este derecho se debe tener en cuenta también que en el proceso en que se encuentre inmerso el menor, no se le debe infundir miedo, debe haber un ambiente pacífico, sin presiones, correspondiendo al juez realizar las acciones pertinentes para que el menor se sienta cómodo, seguro y pueda expresar lo que desee; asimismo, no resulta necesario que el menor tenga un exhaustivo conocimiento de todo el proceso que le concierne, sino solo lo conveniente y adecuado para que a partir de ello pueda formarse un juicio y emitir

su opinión; así también, en virtud del reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, en el proceso se debe velar porque el menor que tenga dificultades para expresar su opinión, en el caso de los menores con discapacidad (sordera, ceguera, etc.) se debe tener los medios técnicos y personal capacitado para poder entender los modos de comunicación del menor y de esta manera facilitar la expresión de sus opiniones.

En conclusión, el derecho bajo comentario tiene razón de ser, pues si concebimos al menor como sujeto de derecho, al cual le asisten todos los derechos y obligaciones que nuestra Constitución y ley nacional otorga, resulta apropiado - y con mayor razón en los derechos que influyen en su vida – que pueda expresar su opinión; el ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta en las medidas que le conciernen, no es más que garantizar el pleno ejercicio de sus derechos; ese derecho constitucional a “opinar” el cual se encuentra prescrito en el artículo 4° de nuestra ley suprema, señalando que, *toda persona tiene derecho “A las libertades de información, **opinión**, expresión (...)”*. Así entonces, el estado peruano como parte de la Convención sobre los derechos del Niño, que recoge el derecho a opinar del menor y conforme lo garantiza su Constitución y leyes de la materia, se encuentra obligado a que en todas sus instituciones y con más razón en sede judicial, a garantizar e invocar el mencionado derecho y adoptar las medidas necesarias, para que el menor pueda disfrutar plenamente de el; debiéndose alentar al menor a que se forme una opinión libre, en un entorno pacífico, agradable y sin presiones, distorsiones, ni manipulaciones, para que pueda ser escuchado en juicio. Se debe resaltar también de que en virtud de este derecho al señalar que el menor puede expresar sus opiniones libremente, se está garantizando también, su derecho a no opinar, por lo que el juez debe exhortar a las partes procesales en cuanto advierta presiones para que el menor exprese su opinión, a no incitar ni direccionar sus juicios, de lo contrario, tendríamos una opinión distorsionada que no serviría para solucionar el conflicto que le atañe y que perjudicaría sus derechos, pues el niño tiene derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Las opiniones que vierten los menores en los asuntos que le conciernen, y en donde se pone en debate sus derechos, por ejemplo, en el proceso de impugnación de paternidad, en donde el derecho a la identidad se encuentra en su estado más vulnerable, van a ser muy útiles para el juzgador, puesto que el menor aportará vivencias, experiencias, parentesco, vínculos de afecto, historia familiar, la cual al ser tomada en cuenta servirá para analizar su identidad dinámica y formarse un criterio para su decisión en salvaguarda de sus derechos, invocando a la vez el principio del interés superior del niño.

1.2. La identidad.

Cuando nos hablan de identidad rápidamente solemos relacionar el término con el nombre, y ello es entendible pues de esa manera reducida ha sido entendida por la sociedad; sin embargo, la identidad no se agota allí, pues si bien, el nombre también forma parte de la identidad de una persona (en su esfera estática), la identidad también abarca un sinnúmero de aspectos externos que hacen a una persona única, de tal manera que la misma no pueda ser confundida, por más que tenga el mismo nombre o apellido con otra, sino que gracias a estos aspectos (esfera dinámica) es que se va a diferenciar de los demás; para el autor la identidad comprende aquello con lo que se nace y se adquiere con el pasar del tiempo en la sociedad y familia.

La identidad es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indubitavelmente a una persona de todas las demás. Es decir, la identidad es "ser el que soy y no otro" o, dicho, en otros términos, "ser uno mismo y no otro". (FERNANDEZ SESSAREGO, 1990, pág. 20)

El maestro deja sentado que el hombre no solo es el dato biológico con el cual nace, sino que se complementa con otros atributos y características que hace que lo puedan distinguir indubitavelmente.

Para el reconocido constitucionalista CHANAME ORBE (2015) :

La identidad Humana es un término amplio que describe los aspectos generales de la personalidad del individuo, esto incluye la asimilación de las normas sociales, valores, creencias, costumbres, etc. la identidad es determinada por las características interpersonales e intrapersonales, el contexto ideológico y las interacciones de los componentes significativos del mundo. (pág. 89)

Autores como **Laing**⁹ señalan que la identidad es el sentido que un individuo da a

⁹ Ronald David Laing, es citado por el maestro Chaname Orbe en su libro "La constitución Comentada", este autor es un reconocido psiquiatra que entre sus grandes obras sobre enfermedades mentales se encuentra "El yo dividido: un estudio existencial en la cordura y la locura" en donde habla sobre la identidad de la persona.

sus actos y percepciones, motivos e intenciones, aquello por lo que uno siente que es el mismo, en este lugar y este tiempo, tal como en aquel tiempo y en aquel lugar pasados o futuros es aquello por lo cual se es identificado.

ALVAREZ (2016) refiere que:

La identidad en general es la necesidad y la capacidad que tiene un individuo de encontrar lazos psicológicos, sociales culturales y grupos humanos como la familia, una sociedad, y una nación en general. De igual forma constituye la capacidad de encontrar su propio lugar en todos los aspectos mencionados en sí mismo, e involucrado en su desarrollo personal. (pág. 13)

Por otro lado, ACOSTA (2006) agrega:

La identidad incluye aspectos socioculturales y cognitivos que influyen en la vida del hombre y en la construcción de su identidad personal. Es parte esencial de la personalidad, marca las diferencias personales y se constituye en un aprendizaje continuo y de interrelación. (pág. 60)

Las definiciones de los autores antes citados concuerdan en que el hombre no es solo un producto biológico de la naturaleza, no es un ser inmutable, ni estático, no es solo genética, ni nombre y apellido, es también cultura, costumbres, creencias, sociedad, familia, pensamiento, vivencias, y todo ello lo hace ser un ser único y forjarse una identidad propia perceptible y distinguible ante los demás.

1.2.1. El derecho a la identidad.

Al ser la identidad un aspecto fundamental en la vida de la persona, como tal debe ser reclamada y protegida, pues el hombre sin identidad no sería más que un errante que va por la vida sin sentido y sin rumbo; en ese sentido el derecho no es ajeno a ello y tanto en los aparatos internacionales como nacionales se recoge el derecho a la identidad que tienen las personas y se les da la categoría de derecho humano, elemental y fundamental.

Antes de proceder a detallar la regulación internacional y nacional respecto al derecho a la identidad es necesario citar algunas definiciones:

Ruth Saif de Preperier:

En general se considera que el derecho a la Identidad constituye un derecho humano y como tal es de carácter universal, inalienable, intransferible e irrenunciable y constituye uno de los supuestos para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano, el cual podría verse afectado si es desconocido por el Estado o por cualquier otra persona. En ese sentido, es un derecho inherente a la persona. Se reconoce que la identidad es un elemento esencial de la naturaleza humana. Es aquello que permite al ser humano ser reconocido en su existencia individual en sus tres vertientes: personal, familiar y social. (SAIF DE PREPERIER, 2005, pág. 8)

Para Carmen Meza Ingar:

La identidad es un derecho que se ejerce frente a la humanidad entera. Se presenta Juan Pérez Rodríguez y es “este” y no aquel. Socialmente se tiene nombre o nombres de pila y apellidos, que la sociedad supone son originarios de sus padres, pero esa vinculación no tiene importancia en la simple identidad, mediante la cual el sujeto, la persona, se presenta a la comunidad a la que pertenece. (MEZA INGAR, 2006, pág. 12)

Portal Web del diario oficial el peruano:

La identidad es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano porque le permite adquirir otros derechos fundamentales a lo largo de su vida, como la ciudadanía. Carecer de identificación convierte a las personas en invisibles para la sociedad y las acerca a la arriesgada condición de apátridas porque no figuran en registro oficial alguno. (Peruano, 2015)

RENIEC ha sostenido:

Concebimos la identidad como un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad de las personas, constituido por un conjunto de elementos con rasgos propios y originales que identifican y diferencian a las personas frente a los demás. Es esta individualidad -con rasgos y particularidades cuantitativas y cualitativas, estáticas y dinámicas- la que conforma la realidad de lo que cada uno es”. (Civil, 2014)

1.2.2. Derecho a la identidad en los tratados y convenios internacionales.

Son muchos los instrumentos internacionales que recogen el derecho a la identidad reconociéndolo como derecho humano fundamental que debe ser protegido en todas sus formas por las legislaciones internas de los países; algunos tratados y convenios recogen el derecho a la identidad de manera expresa y otros de manera implícita, entre ellos podemos citar:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 6: "Todo ser humano tienen derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 15: "Todos tienen derecho a la nacionalidad".

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Artículo XVII. "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales". Artículo XIX: "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda".

Convenio Internacional para la Reducción de los Casos de Apátrida de 1961. Artículo 1: "Un Estado parte deberá garantizar la nacionalidad a una persona nacida en su territorio quien, de lo contrario, no tendría nacionalidad".

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Artículo 16: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 24.2: "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre". Artículo 24.3: "Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969. Artículo 3: "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Artículo 18: "Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos". Artículo 20: "Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si es que no tiene derecho a adquirir otra nacionalidad".

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Artículo 7: "El niño deberá ser registrado inmediatamente después de nacer y tiene derecho a un nombre y a una nacionalidad y de conocer y de ser cuidado por sus padres". Artículo 8: "el Estado debe respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares".

Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Emigrantes y de los Miembros de sus Familias de 1990. Artículo 29: "Todo hijo de un trabajador emigrante deberá tener derecho a un nombre, a ser registrado al nacer y a su nacionalidad".

Como se aprecia de los instrumentos internacionales antes descritos, algunos no recogen de manera expresa el derecho a la identidad, sin embargo, señalan que las personas tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, a la nacionalidad y al nombre, siendo estos aspectos que forman parte del derecho a la identidad.

1.2.3. El derecho a la identidad del menor en la legislación y jurisprudencia peruana.

En nuestro país el derecho a la identidad como tal, aparece reconocido expresamente, por primera vez en nuestra carta magna de 1993 actualmente vigente, pues no olvidemos que su par, la de 1979 no hacía referencia a dicho derecho, regulando solo el derecho al nombre (con el cual se definía el derecho a la identidad); el artículo se encontraba redactado de la siguiente manera: (...) **Artículo 2.** Toda persona tiene derecho: 1.- A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad (...); como se ha señalado líneas arriba es con la constitución vigente que el derecho a la identidad aparece de manera expresa, en el artículo artículo 2° inciso 1) (...) La Persona Humana, tiene derecho “A la vida, **a su identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (...)

Asimismo, nuestro Código Civil establece en su Artículo 19° que: (...) *Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos*”, y en el Artículo 25° señala que: “La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil” (...)

Por otro lado, el Código del Niño y Adolescente reconoce el derecho a la identidad de los menores de edad en su artículo 6° (...) *el niño y adolescente tienen derecho a la **identidad**, lo que incluye el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y el llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo de su personalidad* (...)

Así también, el Tribunal Constitucional se ha venido pronunciando sobre este derecho en muchos de sus fallos entre los cuales conviene citar: el expediente 4444-2005 PHC/TC el cual señala que, “(...) *el derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica* (...)”.

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

1.2.4. La Identidad Dinámica y Estática.

En los párrafos anteriores nos hemos venido refiriendo a la identidad como tal y como derecho, advirtiendo el contenido amplio que este derecho encierra, de acuerdo con las posiciones doctrinarias de los expertos en la materia y a los pronunciamientos del tribunal constitucional; ahora toca analizar las dos dimensiones que tiene el derecho a la identidad, es decir la estática y dinámica.

Respecto al derecho a la identidad y sus dos dimensiones el maestro CHANAME ORBE (2015)¹⁰ señala:

El derecho a la identidad no se agota solo en la identificación de una persona con su nombre y apellidos sino también implica los siguientes derechos:

- a) derecho a una identificación;
- b) derecho al conocimiento de la identidad biológica y a gozar de un emplazamiento familiar;
- c) derecho a una sana y libre formación personal;
- d) derecho a transformar la identidad personal;
- e) derecho al respeto de las diferencias personales;
- f) derecho a la verdad sobre la propia verdad personal;
- g) derecho a no ser engañados sobre la identidad personal ajena;
- h) derecho a actuar según las personales convicciones y
- i) derecho a proyectar la identidad personal en obras y creaciones. (pág. 176)

Si bien, para Chaname Orbe la identificación es parte del derecho a la identidad, ello no es todo, pues hablar de identidad también implica hablar de otros derechos

¹⁰ Para el maestro Chaname Orbe, el entendimiento del derecho a la identidad, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.

conexos que tienen que ver aspectos de carácter personal, ideológico, cultural, etc. por tanto, para el autor citado, el derecho a la identidad no tiene un aspecto estático sino también dinámico.

Asimismo, cuando hablamos de las dos dimensiones del derecho a la identidad (estática y dinámica) no podemos dejar de invocar al maestro Carlos Fernández Sessarego quien para muchos tratadistas, es el pionero en América Latina en tratar sobre el derecho a la identidad y sus dos dimensiones, entre los trabajos del maestro Sessarego que hablan del tema, podemos ubicar un artículo publicado por la revista de derecho Themis, titulada “daño a la identidad personal”; entre sus párrafos encontramos la siguiente definición de identidad.

La identidad es el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, dentro de la igualdad del género humano, permiten distinguir indubitablemente a una persona de todas las demás. Es decir, la identidad es "ser el que soy y no otro" o, dicho, en otros términos, "ser uno mismo y no otro. (FERNANDEZ SESSAREGO, Daño a la identidad personal, 1997, pág. 4)

SESSAREGO (1997) indica que la identidad tiene dos tipos de componentes que constituyen una unidad inescindible, la primera surge como resultado de una *información genética de base que, como se sabe, es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin el riesgo de confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son claros exponentes de lo que constituye la identidad estática en cuanto ella, por principio, es invariable.* (subrayado es nuestro). Pero a esta información genética se le agrega otros elementos para la identificación de la persona como el nombre, la fecha y el lugar del nacimiento, la filiación, los caracteres somáticos en general, entre otros datos. Y algunos de estos datos pueden excepcionalmente modificarse, por ejemplo, el nombre a través de un proceso judicial; pero en principio la característica es de ser invariables e inmodificables. A ello se le une el elemento dinámico de la identidad “El cual está compuesto por las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos. Este plexo de atributos y características individualizadoras del sujeto se exterioriza, se proyecta al mundo exterior y permite a los demás

identificar al sujeto en el seno de la comunidad.”.¹¹

Para el maestro Sessarego la identidad está constituida tanto por datos biológicos, genéticos que conviven junto con los atributos propios de la persona que va adquiriendo a lo largo de su desarrollo de acuerdo con el ámbito en donde se desarrolle y son estas características internas y externas que permiten identificar e individualizar a la persona, por ello la frase “ser uno mismo y no otro”.

Por ello se señala, que la identidad es una unidad compleja compuesta no sólo de factores como el nombre, la raza o la religión sino también se construye a partir de sucesos y procesos internos por los cuales pasa la persona, por ejemplo: los lazos de afectivos, que aprecia y absorbe en el hogar, el ámbito territorial donde se desarrolla, la instrucción recibida, influencia religiosa o ideológica, etc.

¹¹ El maestro Fernández Sessarego fue el primero en tratar el derecho a la identidad en sus dos dimensiones (estática y dinámica) la segunda hasta ese entonces desconocida fue en el año 1989 en una ponencia internacional sobre “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano” celebrado en la Universidad de Lima.

a) Identidad estática:

En cuanto a esta dimensión del derecho a identidad podemos decir que se refiere a aquellas situaciones que tienen una tendencia a permanecer en el tiempo, son los atributos de la personalidad como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado biológico, huella digital; entre otras relacionado íntimamente con su identificación (lugar y fecha de nacimiento, estado civil); como se ha señalado la característica de estos aspectos es la de ser permanente, sin embargo, algunas excepcionalmente pueden ser variadas con la debida justificación, por ejemplo el derecho al nombre.

“La identidad estática responde a la concepción taxativa de identificación y se edifica, sobre los datos físicos de una persona. En cambio, la identidad dinámica, implica las relaciones sociales de la persona que comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural” (HERRERA, 2015, pág. 86).

Del mismo modo, PLACIDO VILCACHAHUA (2006) señala que la identidad estática que se hace presente desde el momento inicial de la vida se sumará luego, en el transcurso del discurrir vital, otros elementos complementarios de ésta.

FERNANDEZ CESSAREGO (1992), indica que:

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, imagen y otras características físicas que distingan 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. (pág. 251)

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

b) Identidad dinámica:

De otro lado, tenemos la dimensión dinámica es decir la parte del derecho a la identidad que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio, como lo es la edad, fisonomía, entorno sociofamiliar, vínculos afectivos, proyectos de vida, experiencias, entre otras cuestiones. Este aspecto se configura por su unidad psicosomática, constituida por diversos aspectos de carácter cultural, ideológico, religioso, político e histórico existencial, que van a delimitar la personalidad de la persona. La identidad dinámica sobrepasa a la estática, refiriéndose a la verdad personal de cada sujeto; por lo tanto, la identidad personal que se proyecta socialmente es dinámica, misma se enriquece constantemente con todo aquello que el ser humano hace en y con su vida.

(LUIS MIZRAHI, 2004) refiere que:

La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno - filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo. La mentada verdad biográfica debe merecer amparo y respeto por la justicia. De esta manera, sucede así que en los casos de posesiones de estado consolidadas no tiene por qué prevalecer el elemento biológico, afectando una identidad filiatoria que no es su correlato. Es que, como con acierto se postuló, el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, por lo que no es dable confundir el origen biológico con la identidad misma de la persona.

Somos del criterio del autor antes citado en tanto sostiene que la identidad dinámica que encierra también el arraigo de vínculos paterno – filiales aceptados y asumidos entre padre e hijo, deba ser amparada y respetada por la justicia; en caso de que se haya forjado una identidad dinámica fuerte debe prevalecer esa identidad filiatoria frente al elemento biológico, puesto que existe una historia familiar vivida (sucesos, anécdotas, vivencias, alegrías, tristezas) que han hecho que el menor se forje un vínculo fuerte con su familia y se identifique con su padre.

Respecto a la identidad dinámica el maestro FERNANDEZ SESSAREGO (2009) refiere:

(...) La segunda, aún no conocida en aquel tiempo en nuestro medio, es la dinámica es decir, aquella que se refiere a la identidad psicológica, a la “manera de ser” de la persona. Se trata de todo aquello que en la persona va cambiando con el tiempo. Son aspectos de la personalidad que se enriquecen, se consolidan o se degradan. La identidad personal no solo tiene que ver con la huella digital sino con los múltiples aspectos de la personalidad de cada cual como son, entre otros, la profesión, la ideología, las creencias, la posición política, y otras connotaciones que son propias y exclusivas de cada persona. Todo ello constituye lo que denominamos identidad personal. Toda persona es idéntica a sí misma. Cada uno “es el que es y no otro” (...). (págs. 44 - 45)

El maestro Sessarego como uno de los primeros referentes en hablar de la identidad dinámica, deja sentado, que no solo la huella digital (aspecto estático de la identidad), es toda la identidad de la persona, también lo son, los múltiples aspectos de la personalidad de cada individuo, que tiene que ver prácticamente con aspectos de carácter personal, cultural, social, político, religioso, etc. que van a complementar a la identidad estática. Más allá de lo estático y genético está el acontecer de la persona; entonces, si concebimos a la identidad dinámica como los múltiples aspectos de la personalidad, es decir, aquello que la persona va adquiriendo y construyendo a través del tiempo, podemos decir que en el caso de los menores, que desarrollan un vínculo afectivo muy fuerte con su padre legal, que tienen un lazo de familiaridad y han asumido el cariño, amor y respeto que lo han hecho crecer en un clima de armonía con su padre; que tienen una historia familiar vivida, una realidad familiar socialmente aceptada, ello conforma también, su identidad dinámica, pues son aspectos que lo han hecho desarrollarse y crecer formándose una identidad propia, teniendo como figuras a una madre y un padre; y como tal, dicha identidad dinámica merece ser reconocida y valorada más aun cuando existan situaciones en donde se pongan en debate sus derechos, por ejemplo,

en el proceso de impugnación de paternidad, cuando se da el caso en que un tercero con la creencia de ser el padre biológico de un menor reconocido impugna la paternidad, siendo que, dicho menor tiene una identidad dinámica forjada, una historia familiar construida con su padre legal, por lo tanto desconocer ello sería un grave error.

CAPÍTULO II:

PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

En este punto surge la pregunta ¿se debe declarar fundada la demanda de impugnación de paternidad por el solo mérito del resultado de la prueba de ADN?, o es que el juez tiene el deber de valorar y desarrollar la identidad dinámica del menor cuya paternidad se ha puesto en tela de juicio y con ello optar por la decisión que mejor proteja sus derechos; ello nos lleva a tener que remitirnos a los distintos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema sobre el tema en mención.

2.1. Pronunciamientos de la Corte Suprema.

En la CASACIÓN N°.2726-2012 DEL SANTA se ha sostenido principalmente en el considerando Décimo cuarto lo siguiente:

***DÉCIMO CUARTO.-** Que, en tal sentido, se verifica que la menor de iniciales M.L.G.C., y el demandante Nolberto Hugo Roca Maza, vienen desarrollando un tratamiento de padre e hija, incluso hacen vida familiar con la madre biológica, así fluye del expediente acompañado sobre anulabilidad y reconocimiento de paternidad de menor, conforme a la declaración asimilada de Eva Elvira Cárdenas a folios diez, en la cual manifiesta que desde abril de dos mil tres, se encuentra conviviendo con Nolberto Hugo Roca Maza en compañía de la menor de iniciales M.L.G.C., versión que no ha sido desvirtuada por el demandado, asimismo obra a folios ciento noventa y seis del expediente principal el informe psicológico practicado a la menor en cuyos resultados se señala que la niña se identifica con su familia, incluye dentro de la dinámica al padre que vive con ella, a la figura paterna lo refleja como protector y cariñoso, todo lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante, lo que afirma su filiación, siendo ello así, resulta procedente*

declarar inaplicable, para el presente caso y sin afectar su vigencia, lo previsto en los artículos 396 y 404 del Código Civil, de conformidad con el derecho a la identidad consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, ello se justifica acorde al principio del interés superior del niño y adolescente, en la afirmación de la identidad filiatoria concordante con su realidad familiar y biológica de la menor de iniciales M.L.G.C., en esas circunstancias la justicia mediante el control difuso posibilita que la realidad filiatoria y vivencia familiar encuentre su legitimación legal. (subrayado es nuestro)

El presente caso trata sobre una demanda de impugnación de reconocimiento de paternidad, interpuesta por el señor Nolberto Hugo Roca Maza contra don Teodoro Arturo Guerrero Alvarado y doña Eva Elvira Cárdenas Rosales padres legales de la menor de iniciales M.L.G.C. quien solicita como pretensión principal impugnar el reconocimiento de paternidad efectuado por el demandado Teodoro Arturo Guerrero Alvarado a favor de la menor de iniciales M.L.G.C, alegando principalmente que, la menor fue procreada producto de una relación extramatrimonial con la progenitora de la misma; interpuesta que fuera la demanda, el accionado Teodoro Guerrero contesta la demanda señalando principalmente que, contrajo matrimonio con la codemandada el 22 de enero de 1994 y fruto su relación matrimonial procrearon a su menor hija de autos; que se había practicado la prueba de ADN sin su consentimiento, solicitada por la madre de su hija sin orden de algún órgano jurisdiccional; alegaba también que, posteriormente en el año 2003 por mutuo acuerdo se inició el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, en donde acordaron, tenencia, alimentos y régimen de visitas para su hija; asimismo, una vez disuelto el vínculo matrimonial, salía a pasear con su hija, la llevaba a visitar a su familia y cuando se enfermaba la atendía. En primera instancia se declaró fundado su pedido, aplicándose el control difuso, señalándose principalmente que, no obstante haber sido procreada la menor durante la vigencia del matrimonio, la norma referida al presupuesto de la previa negación para la declaración judicial de paternidad extramatrimonial de hijos nacidos dentro del matrimonio, limita el derecho no solo del padre biológico, sino también el derecho

a la identidad de la menor de autos a conocer su realidad biológica la cual se había acreditado con la prueba genética del ADN, la misma que arrojó una coincidencia del 99.9999999845% entre la menor y el demandante; posteriormente, el demandado apela la sentencia y en sede superior se declara improcedente con el argumento principal, de que había quedado acreditado que la menor nació dentro del matrimonio y que el demandado (padre legal) no había impugnado la paternidad, por el contrario ha manifestado su voluntad de no hacerlo; el demandante apela y en vía casación se declara nula la sentencia, en razón de que el colegiado superior únicamente había basado su decisión en normas del código civil pero no existía pronunciamiento respecto al control difuso; la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa emite nuevo fallo declarando improcedente la demanda, señalando principalmente que, quien debería haber impugnado la paternidad era la menor representada por su madre, basada en el nuevo sistema constitucional de filiación, y obviamente en el interés superior del niño y adolescente.

Así las cosas, en el considerando bajo comentario se ha dejado señalado, que a pesar de que la menor de iniciales M.L.G.C. había nacido dentro del matrimonio Guerrero – Cárdenas, y que luego de haberse disuelto el mismo, el padre legal ha venido teniendo acercamiento con su hija, pues en el proceso de divorcio también se fijó la tenencia, alimentos y régimen de visitas de la menor con su padre legal Teodoro Guerrero; la misma ha venido teniendo un tratamiento de padre e hija con el demandante Nolberto Roca, quien incluso se encontraba viviendo en el mismo hogar con su progenitora desde el mes de abril del 2003; asimismo, en mérito de la prueba genética del ADN quedó acreditado que el accionante es el padre biológico de la menor; otro aspecto importante que resalta, es que en virtud del informe psicológico practicado a la menor, se ha concluido que la misma se encuentra identificada con su familia e incluye dentro de la dinámica a su padre Nolberto Hugo Roca Maza (demandante) quien vive con ella, reflejándolo como protector y cariñoso, lo cual determina el estado constante de familia de la niña con el demandante; es decir, la menor ha desarrollado una identidad dinámica fuerte, afianzando los lazos de parentesco con su padre biológico, a diferencia de su padre

legal, con quien a pesar de haber vivido 7 años no había forjado un vínculo fuerte (identidad dinámica), por ello se optó por esta decisión, la cual a todas luces protege tanto la identidad estática (realidad biológica) de la menor, y su identidad dinámica que se ha forjado en convivencia con el demandante .

De otro lado, en la CASACIÓN N°.4430-2015 HUAURA, se ha señalado en el **fundamento Cuarto:**

Que, siendo ello así, a criterio de este Tribunal Supremo cuando se objeta la identidad de una persona se tiene que valorar tanto el cariz estático como el dinámico del referido derecho fundamental; es decir, cuando se impugna la paternidad de una persona, ello no puede justificarse solo en el dato genético, pues ello implicaría olvidar que el ser humano se hace a sí mismo en el proyecto continuo que es su vida. Más allá de los datos fijos, es la propia historia del individuo lo que lo hace idéntico a sí mismo. Que, es en ese contexto, que el pedido del recurrente no puede admitirse porque se ampara solo en probables supuestos genéticos, teniendo como base afirmaciones de la demandada (madre de la menor) que le ha manifestado no ser el padre; realizando su impugnación en el año dos mil diez, no obstante haberla reconocido en el año dos mil cuatro. Para casos como estos resultan de aplicación los artículos 399 y 400 del Código Civil, dado que interesa tanto al Estado (que necesita saber con certeza la identidad de una persona) como al particular (que ha labrado su identidad dinámica con la certeza de conocer a su padre) que haya un punto de cierre para la impugnación de la paternidad. Amparar la demanda significaría que los tribunales de justicia fomenten la impugnación de paternidad por motivos irrelevantes, generando un estado de incertidumbre absoluta sobre la identidad de las personas. (subrayado es nuestro)

la presente demanda de impugnación de paternidad fue interpuesta por don Jorge Antonio Manayay Ramos, quien solicitaba principalmente la impugnación de paternidad de la menor de iniciales G.C.M.V. y acumulativamente la nulidad del acto jurídico y se excluya su nombre de la partida de nacimiento de la menor;

alegaba el demandante principalmente, que en el año 2003 sostuvo relaciones sexuales con la progenitora de la menor doña Yelitza lucia Verde Agama, y posteriormente nacería la menor G.C.M.V. el 30 de julio del 2004 a quien, debido a la insistencia de la madre y ante la creencia de que era el padre la reconoció; sin embargo, la accionada le ha manifestado en varias ocasiones que no es el padre de la menor, ante ello, acudió al Hospital de Barranca en donde accedió a la hoja de identificación de la niña dándose con la sorpresa que en los datos del padre se consigna a la persona de nombre Jorge Manayay Pflucker; la progenitora de la menor contesta la demanda, señalando, que es verdad lo señalado por el demandante respecto al nacimiento de la menor, pero no es cierto que le haya manifestado que él no es el padre, y que la razón de que aparezca el nombre de otra persona en la hoja de identificación, se debe a un error en cuanto al segundo apellido de su persona; señala también, que no sometió a su hija a la prueba del ADN debido a que a no quiso exponer a su hija a una situación traumática. Tramitada que fuera la demanda, en primera instancia se declaró fundada, y apelada la misma fue confirmada por la Sala Superior.

La Corte Suprema reconoce en el considerando bajo comentario, que el derecho fundamental a la identidad tiene también una dimensión dinámica, la misma que en un proceso de impugnación de paternidad, como el presente caso, debe ser valorada, pues la persona no constituye solamente el dato genético o biológico, sino que también, es proyección, vivencias, experiencias, relaciones, cultura, religión, ideología, etc., por tanto, este no debe prevalecer cuando se advierta la identidad dinámica forjada en un estado de familia con el padre, ello sería perjudicial para un menor; y que en el caso bajo comentario, ello pudiera haber ocurrido puesto que la menor ya contaba con edad suficiente para poder notar la ausencia de su padre legal, aunado a ello, prima el principio del interés superior del niño al protegerse otros derechos tales como el de los alimentos, puesto que, de haberse declarado fundada la demanda se hubiera extinguido la pensión alimenticia dejando en total desamparo a la menor.

De igual manera podemos citar la **CASACIÓN N°.4769 – 2015 LIMA NORTE** que si bien, no versa sobre impugnación de paternidad (es un proceso de nulidad de acto jurídico) se refieren a la identidad dinámica de la persona. Citamos el **considerando sexto**:

*“6. En tal sentido, no cabe confundir el derecho al nombre con el derecho a la identidad. El nombre importa a la identidad, pero no es todo el derecho a la identidad. **Tan importante como el nombre es el propio acontecer dinámico de la persona que la va haciendo irrepetible y única.**”; 8. (...) el hombre es un sí mismo por la singularidad de sus historias, por la trama de las mismas, por la conexión entre cada una de las narraciones y por el tiempo en que se suceden sus quehaceres, por lo que interesa no es el tiempo de los relojes sino el tiempo histórico de su propia existencia. **Hay, pues, una identidad estática y una dinámica, y ésta debe ser tomada en cuenta y protegida porque ella forma parte de la biografía que nos ha constituido el ente que somos.** (subrayado es nuestro)*

Al citar el presente considerando recordé las palabras del maestro Sessarego quien en la actualidad ha hecho uso de las redes sociales, en especial Facebook, para seguir ilustrándonos sobre el tema de la identidad; y en un interesante video publicado en el año 2017, nos dice: *en el pasado a la identidad se le confundía con la identificación, esto se advirtió en los congresos realizados en Italia entre los años 1980 y 1982; en el tema de la identidad los juristas no se ponían de acuerdo algunos afirmaban que existía y otros la negaban, lo que me llevo a reflexionar, llegando a la conclusión que la identidad era más que la identificación y al lado de la identificación que es el aspecto estático de la persona, **estaba la identidad dinámica**, cambiante con el tiempo y es la identificación la que se complementa con la identidad dinámica.*¹²

La identidad no significa solo el nombre, si bien este es un componente del mencionado derecho fundamental, no lo es todo, la Corte Suprema así lo ha

¹² Resumen del material videográfico publicado en la Red Social Facebook con fecha 18 de setiembre del 2017, en donde el maestro Fernández Sessarego habla sobre la dimensión dinámica del derecho a la identidad, puede verse el video completo en este enlace:

<https://www.facebook.com/carlosfernandezsessarego/videos/1267685613377149/>

entendido y en la casación bajo comentario resume ello con la frase: “*El nombre importa a la identidad, pero no es todo el derecho a la identidad*”, es decir, después del nombre o acompañado a él, existe algo más, que complementa al ser humano y por que no decirlo, algo que lo hace único, diferenciable e irrepetible, podemos tener a dos personas homónimas, sin embargo, las mismas se pueden diferenciar debido a su proyecto, historia, cultura, creencias, circunstancias en que se desenvuelven por las cuales ha adoptado una identidad única y que sigue construyendo y enriqueciendo con el paso del tiempo, entonces ha quedado atrás desde hace mucho tiempo, el concepto limitado de la identidad, a la cual se le confundía con la identificación; el entender que el hombre es mucho más que un producto biológico – genético es reconocer su pasado, presente y futuro, pues ello nos ha hecho las personas que somos, únicas e irrepetibles. Por ello, los jueces de familia deben velar porque esa biografía e historia que el menor ha construido en su hogar con sus padres, identificándolos como tales, sea reconocida y protegida valorando su identidad dinámica en los procesos en que se ponga en debate su derecho a la identidad.

De igual forma, dentro de los pronunciamientos que no versan sobre impugnación de paternidad pero que reconoce la identidad dinámica de la persona, encontramos el desarrollado en la **CASACIÓN N°.688-2016 MOQUEGUA**, sobre Adopción, en donde se ha referido en el **fundamento Sétimo que:**

*(...) es importante resaltar que sin duda, la figura de la "Colocación Familiar" cuya naturaleza es temporal y que no fue pensada por el legislador como una forma de propiciar la adopción judicial por excepción; sin embargo, en casos límites como el presente, en el cual una niña durante más de cinco años, con la anuencia de la autoridad judicial, ha crecido, vivido y desarrollado en el seno de la familia que le han prodigado los demandantes, **resulta contrario al interés superior de la niña pretender desvincularla del único referente de afecto que ha formado su personalidad e identidad dinámica**, tanto más que se ha determinado en el presente proceso judicial de adopción que los recurrentes cuentan con una proba formación en valores y principios morales, en un hogar*

unifuncional debidamente constituido y con la suficiente capacidad económica para poder sostener a la niña, cuya adopción se pretende (ver informe social).
(subrayado es nuestro)

En el presente caso los señores Lourdes Giovanna Aguilar Gómez y Raúl Fargen Huari interponen demanda de adopción contra los posibles familiares y/o personas interesadas con citación del Ministerio Público a fin de adoptar a la niña Marivic Lourdes Fargen Aguilar señalando principalmente que, la menor vive con ellos desde que les fue encargada a través del “acta de entrega de niña” en el expediente N° 00001-2012-02801-JR-FT-01, sobre Investigación Tutelar, Abandono Material, Peligro Moral y Maltratos; han criado a la menor durante dos años brindándole todo lo necesario para su bienestar y desarrollo y ambos perciben ingresos suficientes para la manutención de la menor, en primera instancia dicha demanda fue declarada fundada declarándose la adopción en favor de la menor, sin embargo, los jueces superiores, expiden una sentencia que desaprueba la sentencia apelada y actuando en sede de instancia la declaran improcedente, basándose principalmente en el artículo 128° del Código de los Niños y Adolescentes que habilita la procedencia de la adopción en la vía judicial. Así entonces, en el presente caso vemos como la Corte Suprema en un proceso de Adopción ha señalado que debe valorarse el derecho fundamental a la identidad en su faceta dinámica, en razón a que la menor de la causa a raíz de la colocación familiar dada en el proceso de abandono, había desarrollado su identidad dinámica en el seno de la familia Fargen – Aguilar, quienes habían superado el examen psicológico el cual arrojó como resultado ser personas saludables tanto mental como psicológicamente y con actitudes proteccionistas y positivas hacia la adoptada; y el hecho de que la Sala Superior declarara improcedente la demanda resulta vulneratorio a su derecho a la identidad en su faceta dinámica, por cuanto se pretende desligar a la menor del único referente de afecto que ha formado su personalidad e identidad dinámica; asimismo, se advirtió además, que la sala no había tenido en cuenta el tercer pleno casatorio, en tanto señala que en los procesos de familia debe flexibilizarse algunos principios, y con más razón en los procesos de carácter tutelar, debiendo priorizarse el principio del interés superior del niño y el derecho a desarrollarse en el seno de una familia.

Uno de los pronunciamientos de la Corte Suprema más relevantes respecto a la valoración de la identidad dinámica, se ha desarrollado en la **CASACIÓN N°.950 – 2016 AREQUIPA**, a continuación, citamos los dos considerandos mas resaltantes para el autor:

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 de 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 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". (subrayado es nuestro)

El presente caso el señor Joel Eduardo Vilca Flores (padre biológico) interpone demanda de impugnación de paternidad, contra el señor Luis Alberto Medina Vega y Fiorella Kathy Medina Sánchez con el fin de que se declare la nulidad de la partida de nacimiento de la menor y accesoriamente se disponga la filiación extramatrimonial de su persona como padre de la menor, sosteniendo principalmente que la menor ha nacido producto de la relación de convivencia con su difunta madre Olivia Olinda Sánchez Medina con quien mantuvo tal relación desde el 2001 hasta la fecha de su fallecimiento julio del 2011 y durante ese tiempo la menor ha vivido en el domicilio de su persona y de su difunta madre; la madre de la menor se encontraba separada de hecho desde el año 2002 y su persona fue impedido de asentar la partida de su menor hija, razón por la cual la madre bajo presión del demandado asentó la partida inscribiendo a la menor como hija de su esposo, sin embargo, la menor siempre ha estado bajo el cuidado del demandante y su madre hasta su fallecimiento; el señor Luis Alberto medina contesto la demanda, señalando, que la menor ha sido declarada como su hija, lleva su apellido y esta bajo su cuidado, niega que su conyugue haya mantenido una relación convivencial con el demandante; en primera instancia el juez resuelve declarar fundada la demanda, en virtud de la prueba genética del ADN la cual arrojó compatibilidad entre el demandante y la menor, apelada que fuera la sentencia los jueces superiores de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa confirman la sentencia apelada.

La Corte Suprema en este pronunciamiento ha vuelto a resaltar la importancia del vínculo afectivo generado entre una menor y su padre legal, a pesar de la existencia de un progenitor biológico con el cual también había estado viviendo en un determinado momento de su vida; ello nos conduce, a señalar que la identidad

filiatoria en su faceta dinámica presupone un arraigo de vínculos paterno - filiales los cuales son asumidos y aceptados por padre e hijo (posesión de estado de hijo), tal como se observa en el presente caso, la menor ha forjado un vínculo afectivo único con su padre legal, se identifica con él, se relaciona con sus hermanos y desea seguir llevando el apellido del mismo a pesar de que conoce su origen biológico; por su parte, el padre legal a pesar de tener pleno conocimiento del resultado de la prueba genética del ADN, el cual le demuestra que no es el progenitor biológico, no ha mostrado rechazo por la menor, por el contrario, ha venido realizando las acciones correspondientes a fin de que no se le prive a su hija de su derecho a su identidad ganado y asumido en el seno de su familia, es decir, padre e hija tienen un vínculo paterno filial asumido y reconocido por ambos; también, podemos advertir en el presente caso la importancia del trabajo realizado por el equipo multidisciplinario del poder judicial (psicólogo y trabajador social) ya que gracias a los informes psicológicos y socioeconómicos se puede determinar el grado de identidad dinámica generada. Por otro lado, podemos decir que entre el ser padre y ser progenitor biológico, existe mucha diferencia, el concepto “padre” tiene un significado muy grande ganado y aceptado socialmente. Padre es “aquel que cumple una función como representante de una ley ordenadora de las relaciones familiares” el padre es el promotor de los vínculos donde rige el afecto permitiendo el equilibrado crecimiento de hijo, el promotor que habilita el acceso de éste a la cultura y da cauce a su normalidad psíquica”¹³. En el presente caso, acertadamente ha prevalecido la identidad dinámica sobre la estática, pues hubiera resultado perjudicial para la menor el llevar una identidad que si bien le corresponde biológicamente, dinámicamente no lo es, pues no se siente bien con ella.

¹³ Mauricio Luis Mizrahi, Posesión de Estado, Filiación Jurídica y Realidad Biológica

2.2. Pronunciamientos en consulta.

Resulta apropiado también, citar los pronunciamientos en consulta por parte de la Corte Suprema respecto a la valoración de la identidad dinámica.

Pronunciamiento de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la CONSULTA EXP. N° 14681 - 2017:

(...) Asimismo, al mantener más de siete años el estado constante de familia como hija (el menor de edad con el demandante) y mantener durante este tiempo el trato de padre a hija y viceversa, repercute específicamente en la identidad de carácter dinámica de la referida menor de edad; más aún cuando a la fecha la menor de edad A.R.M.D. cuenta con doce años de edad. En el caso concreto la posesión de estado como hija se determina a partir de los actos declarativos de la paternidad, como lo refiere Alex Plácido, “[s]e aprecia que no deben ser actos aislados, sino reiterados, que revelen el estado posesorio en forma continua. A partir de ello, de tal actuación ininterrumpida se revela la libre voluntad del padre, o de su familia en su caso, de tenerlo como hijo”, como resulta en el presente caso (...) (subrayado es nuestro)

Asimismo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ha señalado en la CONSULTA N°18740–2017, lo siguiente:

(...) DÉCIMO QUINTO: De otro lado, al amparo de la misma faceta dinámica del derecho a la identidad, tenemos que en el caso concreto, la menor Daniela Franchesca Álvarez Cabrejos a la fecha de interposición de la demanda contaba con nueve años y a la actualidad casi con once años, es decir, que se encuentra camino a adquirir la mayoría de edad, lo que evidencia que si bien se ha demostrado que la identidad biológica de la citada menor con el demandante no le corresponde, sin embargo, considera este Tribunal Supremo que la menor ha estado viviendo en posesión del estado de hija del actor, que denota un estado de familia que le ha permitido desarrollarse socialmente bajo su actual identidad de Daniela Franchesca Álvarez Cabrejos, realizando sus estudios de nido y primarios; por lo que en aras de los principios del interés superior del niño y de identidad dinámica, no resulta razonable que se archive la partida

de nacimiento de la menor y sea sustituida por una nueva que consigne únicamente los apellidos de su progenitora que la reconoció, pues ello lejos de beneficiar a la menor, va a causarle serios inconvenientes (...) subrayado es nuestro)

Es de destacar el voto en minoría del Juez Supremo Wong Abad en la consulta del EXP. N°6956 – 2018:

(...) SEXTO: En atención a lo expuesto, consideramos que en el caso que nos ocupa, no se puede declarar nulo un reconocimiento sin antes analizar si el hecho de cambiarle el apellido al menor, por el de su padre biológico, puede afectar su identidad en el aspecto dinámico, produciéndose por ende algún perjuicio emocional o psicológico. En efecto, el menor al momento de interponerse la demanda tenía trece años de edad y cuando se expidió la sentencia tenía la edad de quince años, por lo que resulta evidente, que existe una identidad dinámica ganada por el ahora adolescente que lo identifica en su entorno familiar y social. No obstante, se advierte que el juzgador no ha realizado actuación probatoria alguna para determinar si el menor se encuentra de acuerdo con el cambio de apellido y si vive en realidad un estado de familia con su progenitor, pues las fotografías adjuntadas al proceso para acreditarlo no son actuales. Es por ello, que resultaba necesario contar con la declaración del menor y con un informe psicológico, antes de emitir la sentencia. Estas circunstancias no han sido debidamente analizadas por el juzgado al momento de resolver, limitándose solo a valorar los resultados de la prueba de ADN para suprimir el vínculo paterno filial y retirarle los apellidos al menor. Siendo así, se advierte que el juzgado no ha ponderado el Interés Superior del Niño frente al derecho que podría asistirle al demandante, olvidando con ello la protección especial que el Estado debe brindar a los menores (...) (subrayado es nuestro)

Como hemos visto, los continuos y recientes pronunciamientos por parte de la Corte Suprema, nos llevan a concluir que el juez, tiene el deber de valorar en los procesos de impugnación de paternidad, el aspecto dinámico del derecho a la identidad, me refiero a esa construcción de la personalidad que el menor ha ido forjando con el tiempo teniendo como base su entorno, la de su familia, en especial de la figura paterna; ese aspecto dinámico que está en constante construcción y que lo lleva a identificarse con su familia (padre, madre, hermanos, abuelos, etc.) forjando vínculos fuertes; además de gozar de la posesión de estado de familia que se da cuando alguien ocupa una determinada situación familiar, en cuanto hijo, padre, etc., y goza de las ventajas de dicha relación de parentesco, así como de las responsabilidades que de ella se deriven. Pues no bastaría el solo resultado de la prueba genética del ADN para deshacer un vínculo afectivo, de amor, cariño, respeto, admiración (obviamente de haber sido forjado) para declarar fundada una demanda de impugnación de paternidad y excluir a la persona que ha venido cumpliendo con el rol de padre, cuidando de la persona del menor, prefiriendo a otra, quien nunca ha tenido el trato ni estado de padre con el mismo, persona que no ha estado presente en gran parte de su desarrollo y formación, con quien no ha forjados vínculos afectivos ni tiene las experiencias de familia vividas con el menor; de declararse fundada la demanda en los casos en que el menor ha desarrollado una identidad dinámica fuerte, se estaría más bien perjudicándole obligándosele a adquirir una nueva identidad, a la cual siempre ha sido ajena, afectando su esfera psicológica; y si bien puede surgir la interrogante ¿Dónde queda el derecho del progenitor biológico a ser reconocido como padre? Hay que tener en cuenta que en estos procesos, está en discusión la identidad del menor y que se trata de una institución jurídica concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, en donde debe primar el principio del interés superior del niño y adolescente y el derecho que estos tienen de ser escuchados; tanto más si tenemos en cuenta que el hombre, y en el caso presente el niño y adolescente no es solo genética, sino también una serie de situaciones vividas y asimiladas que construyen y forman parte de su identidad dinámica, de tal manera que la familia y sociedad ya lo ha reconocido como hijo de una determinada persona y no de otro. Obviamente en la práctica se

ha visto que hay casos en que no se requiere desarrollar en su totalidad la identidad dinámica del menor pues entre el mismo y el impugnante no se ha forjado vínculo alguno, o en el caso en que el hijo tenga una buena relación con el padre biológico y se sienta más identificado con él, pero en casos sumamente complejos por ejemplo en los que un tercero demanda la impugnación de paternidad de un hijo ya reconocido debe desarrollarse de manera amplia la identidad dinámica. Si el juez no valora la identidad dinámica del menor cuando las circunstancias del caso así lo requieren, teniendo en cuenta lo más favorable al mismo, no estaría solucionando un problema, más bien, estaría creándole otro, el obligarle a desligarse de la figura que él ha asumido como padre creando un fuerte vínculo, a portar una identidad que si bien genéticamente le corresponde; social, familiar, personalmente y en virtud de su identidad dinámica no lo es.

2.3. Valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad.

Nos hemos referido a aspectos puntuales tales como filiación, impugnación e identidad que son los puntos claves en un proceso de impugnación de paternidad. Se ha señalado primordialmente en los párrafos anteriores de la presente investigación, que el derecho a la identidad tiene dos dimensiones la dinámica y la estática; y que el hombre no es solo genética sino también es su historia personal construida con el tiempo (identidad dinámica), por ello, dicha identidad dinámica debe ser reconocida; así entonces, es necesario que ante una vulneración al derecho a la identidad o cuando se ponga en tela de juicio la misma deba analizarse la esfera dinámica del derecho a la identidad. Ello debe ocurrir en los procesos de impugnación de paternidad en donde el derecho a la identidad se encuentra en su estado más vulnerable, pues se discute la paternidad de un menor que ha sido reconocido y que pudo haber forjado un vínculo afectivo muy fuerte con quien no resultaría ser su padre, trayendo como consecuencia que parte de su vida en que ha vivido como hijo de una determinada persona, llevando sus apellidos, adquiriendo experiencias y reconocido ante la sociedad tal relación padre – hijo, tenga que desligarse de ello en merito a una sentencia; los jueces de familia, como siempre he dicho tienen una tarea difícil en estos procesos y es que en primer lugar, tratándose de menores de edad el asunto debe tratarse con suma delicadeza pues de por sí, el inicio de este proceso ya causa daños a la esfera psicológica de los menores, al tenerlos en una situación de tensión esperando un resultado que podría cambiar lo que hasta ese momento han estado viviendo; y en segundo lugar, deben analizar todos los aspectos y pruebas aportadas al proceso a fin de tomar una decisión que garantice la mejor protección a los derechos del menor; pues, de tomarse una decisión a ciegas sin valorarse lo actuado en el proceso y teniendo en cuenta la realidad que le exponen se vulnerarían en algunos casos derechos como el de la identidad, a gozar de un ambiente adecuado a su desarrollo, al nombre, etc.

2.3.1. Control difuso aplicado al proceso de impugnación de paternidad.

Es menester resaltar, que de por si este proceso resulta engorroso, ello también, porque la realidad enfrenta a los jueces a casos diferentes y no puede haber una decisión uniforme para todos; por ejemplo, uno de los problemas que ocurre en estos procesos, es la interposición de la acción fuera del plazo legal, pues como hemos venido desarrollando, el artículo 400° del código civil, establece un plazo de caducidad, que es de 90 días a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto, siendo que, el restringir el derecho a conocer la realidad biológica que está supeditado a un plazo, nos parece una vulneración al derecho a la identidad del menor.

La solución que he podido apreciar en numerosas sentencias de procesos de impugnación de paternidad, emitidas en este Distrito Judicial de Lambayeque, es que los jueces de familia vienen optando por la aplicación del control difuso para superar el percampe del plazo de caducidad en estas acciones, justificándose de esta manera:

(...) Debido a que la mencionada acción (impugnación de reconocimiento de paternidad) se encontraría limitada, por el plazo de caducidad previsto por el artículo 400° del Código Civil; *“el plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto”*; y en la mayoría de procesos el plazo se encuentra por demás vencido, el derecho a accionar por la impugnación de reconocimiento que otorga la norma acotada habría caducado¹⁴, apreciándose un evidente conflicto entre el citado dispositivo legal y el Derecho Fundamental a la identidad que tienen los menores, ya que de aceptar el plazo de caducidad, **“importaría la afección de derechos sustanciales** de los mismos, como es el derecho a la filiación, el nombre y **la identidad**, la posibilidad de pertenecer a una familia y **gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda** así como el **derecho del padre y de la madre a**

¹⁴Artículo 2003° del Código Civil.- Efectos de la caducidad: La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

que se reconozca y ejerza su paternidad¹⁵” Derechos que se encuentran reconocidos en el artículo 2° de la Constitución Política.

Y es que efectivamente dentro de los Derechos Humanos que prevé nuestra Carta Magna, encontramos el artículo 2° inciso 1) que reconoce que la –Persona Humana–, tiene derecho “*A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”. Para ello nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente 4444-2005 PHC/TC ha señalado que, el derecho a la identidad comprende *el derecho a un nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica*. Pero, además, la identidad es aquella conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás. Y es aquí donde la identidad personal adquiere esa doble dimensión de la que habíamos hablado en páginas anteriores: **una estática y otra dinámica**; la primera hay que hacer memoria, se refiere al origen genético-biológico de la persona, relacionado íntimamente con su identificación (lugar y fecha de nacimiento, nombre y apellidos, estado civil); la segunda, se configura por su unidad psicosomática, constituida por diversos aspectos de carácter cultural, ideológico, religioso, político e histórico existencial, afectivo, que van a delimitar su personalidad ya que desde la concepción, el ser humano tiene una identidad innata, que luego va desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida. Es por ello que la identidad es una unidad compleja que se compone no sólo de factores externos como el nombre, la raza o la religión sino también se construye a partir de sucesos y procesos que tienen lugar en el ámbito interno de la persona: sus lazos de afecto, el ámbito territorial donde se desarrolla, la instrucción recibida, influencia religiosa o ideológica, etcétera. Estos valores implican reconocer el derecho de toda persona para reclamar la determinación de su filiación ó para impugnarlas, según sea el caso, sobre la base de la probanza del nexo biológico entre progenitores y procreados; siendo ello así, resulta primordial el interés de toda persona en conocer

¹⁵Exp. 860-2002 Sala Especializada de Lima 06/08/02 (LEDESMA NARVAEZ, Mariella, Jurisprudencia actual Lima 2005 T.6 p. 144

quiénes son sus verdaderos padres, por estarle ello referido directamente en las normas de rango constitucional citadas.

Por ello, la aplicación del plazo previsto por el artículo 400° del Código Civil, afectaría los derechos sustanciales de los menores, como sería su derecho a la filiación, el nombre y la identidad¹⁶, la posibilidad de conocer a su verdadero progenitor y gozar del estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponda; por lo que debe preferirse la Constitución a la ley, conforme a lo establecido por su artículo 138° de nuestra Carta Magna. Norma constitucional que es concordante con el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ordena a los magistrados **aplicar el control difuso en caso de “incompatibilidad en su interpretación”**. Asimismo, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional indica que “cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. (...)”.

Sobre el control difuso en materia de filiación en el campo de la jurisprudencia nacional, resulta emblemática la sentencia de fecha veintinueve de noviembre del año dos mil cuatro, recaída en el expediente N° 839 – 2003, expedida por el Primer

¹⁶ El artículo 2.1° de la Constitución expresamente refiere que toda persona tiene derecho a la identidad, derecho que comprende tanto al derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos–, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica.[N. ° 04444-2005-HC/TC (FJ 4)]. Desde el aspecto formal, el derecho a la identidad personal implica el derecho del cual goza todo individuo a la individualización de la persona a través de signos jurídicos que los distinguen como puede ser el nombre o el seudónimo. En sentido estricto, hace alusión a la identificación del individuo por lo consignado o consignable registralmente. En ese entendido, de manera aproximativa podemos decir que el nombre como signo formal de identidad no hace sino consignar una expresión idiomática que designa, reconoce y diferencia a una persona de otra. García Toma, Víctor. Los Derechos Fundamentales en el Perú. Lima. Jurista Editores.

Desde el punto de vista sustancial el derecho a la identidad implica el respeto por el conjunto de características que distinguen a la persona en el campo de las creencias, las actitudes, los valores, los comportamientos propios, que todo ser humano posee y que proyecta hacia la esfera pública, haciendo de él un sujeto que forma parte de un todo, en este caso la comunidad, pero titular de atributos que los particularizan. Fernández Sessarego, Carlos. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires. Astrea Editores.

Juzgado de Familia del Santa, sobre Impugnación de Paternidad, que preconiza: “(...) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera; igualmente prefieren la norma legal sobre otra de rango inferior y en el presente caso se debe preferir las normas que velan por el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y omitir aplicar las norma antes referidas (400° del Código Civil), que se opone a esta finalidad, considerando la jerarquía de la norma constitucional (...)”.

Asimismo, en la jurisprudencia internacional, podemos mencionar, la sentencia del Tribunal Constitucional Español N°138/2005, que enfatizó: “(...) Es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Al cumplimiento de ese mandato constitucional se dirigió la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción a los preceptos comprendidos en el título V de su libro I, reguladores de las relaciones paternofiliales, entre ellos el art. 136, que contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial. Al articular el régimen *jurídico de las relaciones de filiación el legislador no puede obviar la presencia de concretos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección de la familia en general (art. 39.1 CE) y de los hijos en particular (art. 39.2 CE) así como la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas. Y, al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona. (...)*”.

La aplicación del control difuso me parece la solución más adecuada y de acorde al derecho, por la que hayan optado los jueces, en donde tienen en cuenta la jerarquía de la constitución, por encima de cualquier norma con rango inferior, sin dejar de lado, la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales

que los protegen, posibilitando, que derechos como el de la filiación, nombre, identidad, posibilidad de conocer a su verdadero progenitor y gozar del estado de familia no se vean vulnerados; de esta manera se omite las normas que no ayuden a cumplir con la finalidad de protección de los derechos de los menores, el caso en mención, los lleva a inaplicar el artículo 400° del Código Civil que establece un plazo de caducidad para las acciones de impugnación de paternidad, plazo que colisiona con el derecho fundamental a la identidad biológica del menor.

2.3.2. Presupuestos que debe tener en cuenta el juez al momento de valorar la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad.

Ahora bien, habiéndose señalado que la Corte Suprema ha resaltado el deber de valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad, las interrogantes que se formularían son las siguientes, ¿Cómo acreditar en el proceso, la identidad dinámica de los menores? ¿Qué presupuestos debe tener en cuenta el juez para la valoración de la identidad dinámica?; las interrogantes tienen asidero, por cuanto, si bien el juez debe valorar la identidad dinámica en el proceso, es lógico asumir que la formación de la misma deba quedar acreditada para poder hacer un mayor desarrollo del mismo; puesto que se puede dar el caso en que el padre impugnante, sea el típico padre de pensión alimenticia, quien tiene otra familia y nunca ha estado pendiente del desarrollo del menor, por último ni lo conoce; tan solo cumple con un deber legal impuesto judicialmente, o puede darse el caso en que si bien el menor ha estado viviendo gran parte de su vida con su padre legal, pero tiene buena relación con su padre biológico, como lo fue el caso que analizamos en la casación N°2726-2012 Del Santa, en donde la menor de iniciales M.L.G.Ca pesar de haber vivido parte de su vida con su padre legal, prefirió a su padre biológico; o cuando el padre legal ha abandonado al menor en parte crucial de su desarrollo, o cuando el menor si bien ha vivido bajo la figura del padre legal mucho tiempo, sin embargo, ha venido sufriendo maltratos físicos y psicológicos; en estos casos el nivel de formación de la identidad dinámica respecto

del padre, es mínima, de tal manera que no afectaría al menor en la continuidad de su vida, por lo que el juez debería tener a la vista medios de prueba que acrediten el nivel de identidad dinámica forjado.

a) Informes del equipo multidisciplinario del Poder Judicial – Juzgados de Familia.

Como se sabe, el poder judicial cuenta con profesionales capacitados para servir de apoyo - de acuerdo a su formación y especialidad - en las labores del juzgado al que están adscritos, este equipo multidisciplinario generalmente está compuesto por, psicólogos, trabajadores sociales y educadores sociales.

El rol que juega el equipo multidisciplinario es muy importante en los procesos de impugnación de paternidad y ello en parte va ayudar a la acreditación de la identidad dinámica en el proceso en mención; siendo que, ésta es un poco más compleja de acreditar porque es un elemento subjetivo, lo diferente ocurre con la identidad estática – realidad genética, que se acredita con la realización de la prueba de ADN; por ello, para que el aspecto dinámico de la identidad quede acreditado las partes procesales o el juez de oficio deben incorporar al proceso como medio probatorio, los respectivos informes del equipo multidisciplinario del poder judicial.

En cuanto al psicólogo, el respectivo informe psicológico practicado tanto al padre, la madre, el menor y el impugnante, en donde luego del análisis realizado se podrá concluir qué grado de identidad dinámica se ha forjado y cuánto podría afectar al menor, el proceso y el desligamiento de su figura paterna.

En cuanto al trabajador social, el respectivo informe socioeconómico, en donde constará el lugar en donde se encuentra viviendo el menor, la condición familiar, económica, salud, todo ello nos llevará a concluir el nivel de vida, desarrollo, vínculos forjados de su círculo familiar y social; aunado a ello el juez debe tener en cuenta en el proceso dos aspectos muy importantes, el principio del interés superior del niño y adolescente y escuchar la opinión de los mismos.

b) Interés superior del niño.

Conforme lo hemos desarrollado en el capítulo IV – primer objetivo específico, el principio en mención se encuentra consagrado en el artículo IX del Código del Niño y Adolescente el cual señala: “...***en toda medida concerniente al niño y 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...***”.

Como podemos leer, el artículo de la ley en mención deja establecido que en sede judicial los jueces, en todos sus niveles – pues no se hace distinción alguna-, tienen el deber de considerar el principio del interés superior del niño y del adolescente, así entonces, cuando el juez se encuentra en un proceso de impugnación de paternidad en donde se está poniendo en juicio la paternidad respecto del menor y principalmente su identidad, debe adoptar aquellas medidas que promuevan y mejor protejan los derechos de los menores y no las que los conculquen.

De otro lado en virtud del tercer pleno casatorio vinculante en materia de familia, se establece que en los procesos de familia **el juez tiene facultades tuitivas**, por lo que **debe flexibilizar algunos principios y normas procesales** como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones en atención a los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, **ofreciendo protección a la parte perjudicada**”; este pronunciamiento vinculante a los jueces de familia, debe tenerse en cuenta, tanto más cuando las partes procesales en el proceso de impugnación no han ofrecido medios de prueba suficientes para acreditar la identidad dinámica de los menores; debiendo el juez de oficio incorporarlas; ofreciendo de esta manera protección a la parte más perjudicada en este caso, los menores.

La flexibilización de las normas procesales en derecho de familia tiene su sustento en la materia y derecho y situaciones que involucra, los cuales merecen protección especial, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución. (ANGELUDIS TOMASSINI, 2019, pág. 115)

Asimismo, resulta necesario citar lo señalado por parte del Comité de los Derechos del Niño en la observación general N°14 (2013), respecto a la evaluación y determinación del principio del interés superior del niño:

47. La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando haya que tomar una decisión. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación del niño. Por "determinación del interés superior" se entiende el proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño tomando como base la evaluación del interés superior. (niño C. d., 2013, pág. 12)

Según el texto antes citado, en virtud del principio del interés superior del menor se debe valorar y sopesar, por ejemplo, en un proceso de impugnación de paternidad, todos los elementos necesarios para la mejor protección de sus derechos, debiéndose tener en cuenta aspectos y circunstancias tales como, la familia, entorno, cultura, etc., aquellas circunstancias que hacen que el menor se desarrolle íntegramente sin problema alguno con su padre, así como también, analizar las posibles consecuencias que traería el desligarlo de la posesión de estado de familia en la que se encontraba; valorar cada prueba aportada al proceso y las circunstancias en que se encuentra el menor para luego determinar su interés superior es la mejor manera de garantizar sus derechos; asimismo, se hace hincapié en la participación que debe tener el menor en la determinación del principio referido, es decir deben ser escuchados y que dicha opinión vertida en juicio sea tomada en cuenta por el

juez, tanto más cuando en un proceso se está poniendo en juicio su identidad y quien mejor que el menor para que sustente la situación por la que atraviesa.

Por último, debemos señalar que, el juez debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como “problema humano” y que por ende merece especial atención ello en virtud, del artículo X del título preliminar del Código del Niño y Adolescente que señala (...) el estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. **Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos (...)**

c) Opinión del niño.

La opinión del niño es otro de los presupuestos que el juez debe tener en cuenta para la valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad. Hay que recordar que el artículo 12 de la Convención de los derechos del niños en sus incisos 1 y 2 establece lo siguiente: *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Asimismo, el artículo 9° del Código del Niño y Adolescente reza: *“el niño y adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios tendrán derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez.”*

Como ya hemos dejado sentado, el término “juicio propio” no debe entenderse de una manera limitativa, así se explica en la observación general N°12 del Comité de los Derechos del Niño

Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad. (niño c. d., 2009, pág. 9)

La observación antes citada también contiene una aclaración respecto a la edad y madurez que deba tener el niño que vierte su opinión en juicio.

El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan. (niño c. d., 2009, pág. 9)

Ello se sustenta por cuanto hay estudios que han demostrado que los niños pueden formar sus opiniones desde temprana edad, incluso cuando no son capaces de expresarlas verbalmente, se resalta que, en casos en que los menores no puedan expresar sus opiniones verbalmente existe la forma de comunicación no verbal como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, y gracias a ello, los niños pequeños demuestran capacidad de elegir, comprender y preferir.

Aunado a lo antes señalado, podemos concluir que tanto el niño y adolescente que se encuentran en condiciones de formarse su propio juicio, tienen derecho a expresar libremente sus opiniones y que las mismas se tengan en cuenta en todas las decisiones en las que se encuentren inmersos, tanto más, en las decisiones que puedan afectar sus derechos, como el de la identidad; pues, si bien, el juez tiene las facultades para que con el criterio adecuado pueda tomar una decisión, la misma debe responder a aquella que mejor proteja los derechos de los menores; dado que, si una decisión judicial no tiene en cuenta el punto de vista del menor o no le

concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez conforme lo señalan los dispositivos legales antes citados, no se estaría respetando la posibilidad de que el niño o adolescente participen en la determinación de su interés superior, y ello conllevaría a tomar decisiones en perjuicio de sus intereses.

CAPÍTULO III:

CRITERIO DE ALGUNOS JUECES DE FAMILIA DE LAMBAYEQUE RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA

Para el cumplimiento del tercer objetivo de la presente tesis, es decir, conocer la opinión y criterio de algunos jueces de familia respecto a la valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad, se ha utilizado la técnica de investigación denominada entrevista, la cual se realizó a dos juezas especializadas en familia del Poder Judicial - Distrito Judicial de Lambayeque – Sede Luis Gonzales, ubicado en Av. Luis Gonzáles Nro. 957 – Chiclayo; asimismo, para la efectividad de la entrevista y una mejor recolección de la información brindada, se utilizó el instrumento de investigación denominado guía de entrevista, el cual consta de 12 preguntas, divididas en tres partes; la primera parte, se encuentra referido a la impugnación de paternidad; la segunda, está referida al derecho a la identidad y la tercera, referida al criterio de valoración de la identidad dinámica. Asimismo, el investigador advierte, que el contenido de una entrevista no fue grabado en audio debido a que la juzgadora no disponía de mucho tiempo por la demasiada carga procesal de su juzgado; de otro lado, una segunda entrevista si fue grabada en audio, ambas han sido transcritas en el presente capítulo.

Modelo de guía de entrevista utilizada en la entrevista a los jueces especializados de familia:

ANEXO N°1: GUIA DE ENTREVISTA.

TITULO DE LA TESIS: “Valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad”.

1. Datos generales:

- Nombre completo:
- Grado de instrucción:
- Cargo que desempeña:
- Lugar de trabajo:

2. Sobre impugnación de paternidad.

¿Qué se debe entender por impugnación de paternidad?

De manera breve puede explicarnos ¿cuál es el trámite de la demanda de impugnación de paternidad?

¿Qué derechos se ponen en debate en el proceso de impugnación de paternidad?

¿Se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad?

3. Sobre el derecho a la identidad.

¿Como definiría usted el derecho a la identidad?

¿Tiene usted conocimiento de la doble dimensión del derecho a la identidad?

¿Cómo conceptualiza a la identidad dinámica?

4. Sobre el criterio de valoración de la identidad dinámica.

A su criterio ¿la identidad dinámica debe ser valorada en el proceso de impugnación de paternidad?

La identidad dinámica al ser compleja y un elemento subjetivo, ¿cómo puede probarse en el proceso de impugnación de paternidad?

Cuando se objeta la paternidad de un menor ¿solo se debe resolver el proceso con el resultado de la prueba genética del ADN? o ¿es que se debe analizar otros aspectos o derechos?

Las opiniones de los niños y adolescentes ¿deben ser tomadas en cuenta en el proceso de impugnación de paternidad?

En su experiencia como jueza de familia ¿alguna vez ha tenido un proceso en el cual ha tenido que valorar la identidad dinámica de un menor?

3.1. ENTREVISTA N°.1

Datos de la persona entrevistada:

- **Nombre completo:** Mg. Daysi Bravo Gamarra.
- **Grado de instrucción:** Post grado – Maestría en derecho penal y ciencias sociales.
- **Cargo que desempeña:** Jueza de familia - titular.
- **Lugar de trabajo:** Sexto juzgado de familia – sede Luis Gonzales.

Día: lunes 24 de junio del 2019

Hora: 3:00 p.m.

Duración de la entrevista: 30:00 min.

Preguntas referidas a impugnación de paternidad.

1) ¿Qué se debe entender por impugnación de paternidad?

Por impugnación de paternidad debemos entender que es una acción de desplazamiento en la cual el reconociente niega que sea el padre de un menor, o cuestiona el fondo del reconocimiento.

2) De manera breve, puede explicarnos ¿Cuál es el trámite de la demanda de impugnación de paternidad?

Se tramita en la vía del proceso de conocimiento de acuerdo con lo señalado en el artículo 475° del Código Procesal Civil, aplicándose los plazos establecidos en el artículo 478° del mismo código.

3) ¿Qué derechos se ponen en debate en el proceso de impugnación de paternidad?

Se ponen en debate derechos como, filiación, identidad, verdad biológica, así como también el desarrollo de la personalidad del menor; y alimentos.

4) ¿Se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad?

Si, en toda medida que concierne al niño y adolescente, se utiliza un criterio interpretativo del principio rector del interés superior del niño, ello en concordancia con el artículo IX del título preliminar del código del niño y adolescente, artículo 3 de la convención sobre de los derechos del niño, y la ley 30466 y su reglamento.

Preguntas referidas al derecho a la identidad.

5) ¿Como definiría usted el derecho a la identidad?

Definiría al derecho a la identidad como aquel derecho que permite ser uno mismo y ser reconocido como tal, el mismo que en el caso de los menores se encuentra reconocido en el artículo 6° del Código del Niño y Adolescente.

6) ¿Tiene usted conocimiento de la doble dimensión del derecho a la identidad?

Sí, el derecho a la identidad tiene una doble dimensión, la primera, es la identidad estática conformada por aspectos primordialmente estáticos como la genética y en algunos casos dichos aspectos pueden variar, por ejemplo, el nombre; tiene también una dimensión dinámica constituida por la historia personal del individuo.

7) ¿Cómo conceptualiza a la identidad dinámica?

La identidad dinámica es la suma de todos los pensamientos, valores, cultura, tradiciones, es decir, la historia propia de un individuo que va construyendo con el tiempo.

Preguntas referidas al criterio de valoración de la identidad dinámica.

8) A su criterio ¿la identidad dinámica debe ser valorada en el proceso de impugnación de paternidad?

Sí, la identidad dinámica debe ser valorada en todos los casos, pues hay que tener en cuenta que el proceso de impugnación de paternidad está concebido en interés del niño y no del padre, el niño al tener derecho a preservar la identidad que le asiste es lógico que se tenga que valorar su identidad dinámica forjada.

9) La identidad dinámica al ser compleja y un elemento subjetivo, ¿cómo puede probarse en el proceso de impugnación de paternidad?

La identidad dinámica se puede probar en el proceso con los respectivos informes sociales, así también, con la opinión del niño teniendo en cuenta la edad del menor, y la posesión de estado de hijo que ha venido ostentando en el seno de la familia.

10) Cuando se objeta la paternidad de un menor ¿solo se debe resolver el proceso con el resultado de la prueba genética del ADN? o ¿es que se debe analizar otros aspectos o derechos?

La prueba genética de ADN es un elemento probatorio más, pero no es suficiente para declarar fundada una demanda de impugnación de paternidad en la que se encuentra inmerso un menor, pues deben analizarse los otros aspectos que complementan su identidad como los valores, familia, posesión de estado de hijo, historia familiar, es decir su identidad dinámica.

11) Las opiniones de los niños y adolescentes ¿deben ser tomadas en cuenta en el proceso de impugnación de paternidad?

Sí, respetando todos los derechos de los menores, creando un ambiente pacífico para que puedan expresarse abiertamente; se escucha las opiniones de los menores en audiencia especial sin la presencia de los padres, ya que sus opiniones pueden verse condicionadas por la presencia de estos y al final se estaría escuchando una opinión alterada que de contradice con lo que el menor piensa o a vivido. La jueza recuerda, que en una oportunidad cito a una menor a una audiencia especial para escuchar su opinión y en la sala la estaba acompañando su madre, cuando le hizo las preguntas a la menor respecto a su padre, ésta no sabía nada de él, e incluso parecía que no vivía con su padre, tuvo que reprogramar dicha audiencia y en una próxima oportunidad la menor ya sabía todo del padre, allí verificó que la madre estaba direccionando la opinión del niño.

12) En su experiencia como jueza de familia ¿alguna vez ha tenido un proceso en el cual ha tenido que valorar la identidad dinámica de un menor?

Sí, y es que como jueza de familia me toca llevar estos procesos de impugnación de paternidad, y en cuanto a procesos en los que he tenido que valorar identidad dinámica si he tenido, los cuales no son muchos; sin embargo, en todos en considerado la opinión del niño y su interés superior, y declaro infundada la demanda en tanto se pruebe que existe una identidad dinámica forjada en el menor, a pesar del resultado de la prueba genética del ADN.

3.2. ENTREVISTA N°.2

Datos de la persona entrevistada:

- **Nombre completo:** Mg. Carmen Dávila Lombardi.
- **Grado de instrucción:** Post grado – Maestría en derecho civil.
- **Cargo que desempeña:** Jueza de familia - titular.
- **Lugar de trabajo:** Primer juzgado de familia – sede Luis Gonzales.

Día: lunes 01 de julio del 2019

Hora: 8:40 a.m.

Duración de la entrevista: 22:00 min.

Preguntas referidas a impugnación de paternidad.

1) ¿Qué se debe entender por impugnación de paternidad?

Los juzgados de familia no necesariamente tienen que mentalizarse en trabajar esquemáticamente como lo habla el código de manera expresa, sino que la persona que está a cargo de un juzgado y en la especialidad de familia tiene que colocar como referente en primer término al ser humano como tal, y darle la valoración y la connotación que la actualidad lo requiere. Si partimos de allí tendríamos que hablar del derecho de toda persona a ser reconocido, que mantenga su apellido, el nombre, la identidad como realmente uno lo conoce; cuando hablamos de impugnación ya estamos hablando de rechazar este origen, entonces si hablamos de impugnación estaremos hablando ya, dentro de un derecho también que es el que tiene cualquier padre o el supuesto hijo para solicitar al órgano jurisdiccional competente de que se deje sin efecto esta filiación en consecuencia lo que se busca es desconocer una filiación previamente determinada.

2) De manera breve puede explicarnos ¿cuál es el trámite de la demanda de impugnación de paternidad?

Se inicia por acción de parte con las connotaciones y especificaciones del código, con una demanda tramitada en la vía de conocimiento, admitida se corre traslado a la parte demandada, se contesta se fija los puntos controvertidos, la audiencia de pruebas, porque es vital la audiencia de toma de muestras, o también se puede admitir de oficio la que ya está dada o realizada por las partes de una manera voluntaria, recepcionado el dictamen fiscal se emite sentencia, la que puede ser elevada en apelación y puede ser revisada por la sala o la suprema.

3) ¿Qué derechos se ponen en debate en el proceso de impugnación de paternidad?

Se ponen en debate el derecho a la identidad, derecho al nombre y el derecho a la protección dentro de una familia.

4) ¿Se aplica el principio del interés superior del niño en los procesos de impugnación de paternidad?

Sí, definitivamente, ese es un principio bandera para los jueces, con todas las especificaciones y la forma de cómo se trata ahora al menor y sus derechos; el principio es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y efectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo del bienestar, es una garantía de que los niños y niñas tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen, ya sea empleando la fuerza o mandato, sobreprotección o el paternalismo.

Preguntas referidas al derecho a la identidad.

5) ¿Como definiría usted el derecho a la identidad?

Partiendo del ser humano, es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y es necesario para poder beneficiarse de los otros derechos fundamentales, es un derecho humano por el cual todas las personas desde que nacen tienen el derecho inalienable a contar con los atributos datos biológicos y culturales que permiten su individualización como sujeto en la sociedad, y a no ser privados de los mismo, el derecho a la identidad abarca los derechos a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad, a ser inscrito en un registro público, a conocer y ser cuidado por sus padres, y a ser parte de una familia. El derecho a la identidad está incluido en los artículos 7° y 8° de la convención sobre los derechos del niño aprobada en 1987.

6) ¿Tiene usted conocimiento de la doble dimensión del derecho a la identidad?

La dinámica y estática

7) ¿Cómo conceptualiza a la identidad dinámica?

Si bien, los menores tienen derecho a su identidad biológica, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, es necesario considerar la doble dimensión de la identidad, la estática y dinámica, la identidad estática se refiere a la identificación física, biológica, o registral de un sujeto como el nombre, seudónimo, imagen, sexo lugar, fecha de nacimiento, huellas digitales, filiación, nacionalidad; por su lado la identidad dinámica trasciende a la identidad estática y se extiende a la verdad personal o proyecto de vida, la identidad dinámica es aquella que se encuentra en permanente construcción en constante cambio, como lo es la edad, entorno socio familiar, proyectos de vida y otros.

Preguntas referidas al criterio de valoración de la identidad dinámica.

8) A su criterio ¿la identidad dinámica debe ser valorada en el proceso de impugnación de paternidad?

Por supuesto, si nosotros estamos hablando del cambio y justo al inicio hacia una especie de acotación que el derecho cambia, los seres humanos cambian, el derecho es el mismo pero la aplicación y la interpretación es la que va cambiando y tienes que ir amoldando y adecuándote a cómo va avanzando el ser humano y la sociedad en su conjunto.

9) La identidad dinámica al ser compleja y un elemento subjetivo, ¿cómo puede probarse en el proceso de impugnación de paternidad?

Lo bonito en un proceso de familia es que se tiene la libertad de las pruebas de oficio, cuando a veces son insuficientes las pruebas de parte. Se hace un estudio razonado de todo el conjunto de medios probatorios acá entra a tallar pericias médicas, informes socioeconómicos, pericias psicológicas, testimoniales, declaraciones de parte, hay un sinnúmero de medios probatorios que el juez debe considerar en el caso en concreto porque no todos los casos son iguales, para poder llegar a conocer a ese ser humano, la trascendencia de lo que es su vida y el derecho en su vida para poder emitir la resolución justa

10) Cuando se objeta la paternidad de un menor ¿solo se debe resolver el proceso con el resultado de la prueba genética del ADN? o ¿es que se debe analizar otros aspectos o derechos?

Se deben analizar los otros aspectos también, porque si estamos hablando de un ser humano del respeto a sus derechos, estamos hablando de la trascendencia de lo que voy a resolver entonces no lo puedo ver como un ente aislado, no lo puedo ver como un objeto al que le tengo que poner más adornos para verlo más bonito, tengo que ver que trascendencia en su vida personal va a surtir efecto lo que voy a resolver, una sentencia se cumple en los términos en que están, entonces esos términos hay que darle con mucha seguridad de que estamos hablando de un ser humano en el que se va a exigir el cumplimiento de una sentencia sin trastocar a esa persona como ser humano.

11) Las opiniones de los niños y adolescentes ¿deben ser tomadas en cuenta en el proceso de impugnación de paternidad?

Sí, claro que sí, es diferente que nosotros digamos tomar en cuenta a que nosotros decidamos de acuerdo a lo que ellos quieren, son cosas completamente diferentes, una cosa es que nosotros conozcamos lo que piensa lo que siente, porque estamos hablando de ese proyecto de vida, de la trascendencia del ser humano dentro del seno de una familia, entonces si yo quiero ver hasta dónde voy a perjudicarlo con mi resolución tengo que conocerlo, y cómo lo conozco, a través de una entrevista, en donde debe encontrarse presente un psicólogo, porque es importante ver si es que ese niño viene aquí ya preparado para tales respuestas; si yo tengo a ese niño tengo que escucharlo, tengo que conocerlo, y tengo que tener a un especialista a mi lado que me diga que tipo de preguntas necesita, o tipo de estudio.

12) En su experiencia como jueza de familia ¿alguna vez ha tenido un proceso en el cual ha tenido que valorar la identidad dinámica de un menor?

Casi siempre lo hago, y la prueba de oficio reina es la manifestación del menor, porque si yo no conozco la partecita más importante de la pretensión que voy a resolver me vuelvo en un juez mecánico automático, que lo que me dice el artículo eso tengo que hacerlo y ahora lamentablemente hay muchos problemas sociales que hacen que seamos más cuidadosos en lo que resolvamos y que nos demos el tiempo posible para realizar todas las pruebas que se puedan a fin de que podamos tener un resultado lo más acorde a lo que más necesita ese menor.

3.3.Análisis:

Las juezas conciben al proceso de impugnación de paternidad como una acción de desplazamiento, por medio de la cual, el reconociente (padre) niega o rechaza la filiación establecida y cuestiona el fondo del reconocimiento, dicha definición proveniente de la doctrina, es la que mejor resume lo que es el proceso de impugnación de paternidad; hay que resaltar, que la doctrina, también utiliza los términos desplazamiento, alejamiento, desligar, apartar, repudiar o excluir a determinada persona de su estado de familia, para definir la finalidad que se busca con la acción de impugnación de paternidad; para el autor, por medio de esta acción, se niega primordialmente, ser parte de la realidad genética del menor por lo que se acciona para cuestionar el fondo del reconocimiento basándose en ello (prueba de ADN).

De lo sostenido por la juezas, también se resalta que conciben al principio del interés superior del niño (PISN en adelante) como un principio primordial y utilizan un criterio interpretativo del mismo en sus procesos, ya que de esa manera se protegen mejor los derechos del menor, puesto que como juezas se enfrentan a casos distintos día a día, lo que conlleva a que tengan que analizar varias cuestiones para determinar el principio en mención; hay que recordar, que la consideración del PISN es un deber primordial que debe cumplir todo juez y en especial el de familia (ya que es en esta materia en donde existen más casos que involucran a menores), puesto que tanto el artículo IX del título preliminar del Código del Niño y Adolescente, como el artículo 3° de la Convención Sobre los Derechos del Niño lo conciben como una guía y principio rector.

A pesar de que se piense que el PISN, es un principio que en nuestro país no tiene un desarrollo autónomo, ni existe una ley que lo defina y garantice, y por ello sería de difícil aplicación e interpretación, ello es errado, puesto que existe la ley 30466 publicada 17 de junio del 2016, la mencionada ley establece los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del PISN, en los asuntos que involucren a menores, dicha ley tiene como base la Convención Sobre los Derechos

del Niño y la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho que tiene todo niño a que su interés superior sea una consideración primordial; asimismo, la mencionada ley tiene su reglamento el cual fue aprobado mediante decreto supremo N°002-2018-MIMP. La ley en mención aparte de fijar los parámetros y garantías procesales del PISN establece una cuestión muy importante en su artículo 5° el cual señala que *“Los organismos públicos en todo nivel están obligados a **fundamentar sus decisiones o resoluciones administrativas o judiciales**, con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.”* Con ello se entiende, que no basta (como en la mayoría de los procesos se hace) la sola mención del principio y señalar expresamente que se está teniendo en cuenta, sino, dotarlo de contenido y desarrollarlo, es decir, fundamentarlo, ello también evitara posteriores nulidades por insuficiencia de motivación, lo que perjudicaría al menor.

Para la juezas entrevistadas, el derecho a la identidad es aquel derecho que permite a una persona ser uno mismo y a ser reconocido como tal, lo que abarca también a que tenga un nombre, apellido, una nacionalidad, a ser inscrito en un registro público a conocer y ser cuidado por sus padres y ser parte de una familia; dicha definición, en parte con contenido filosófico, expresa lo que en realidad es la persona, pues, el ser uno mismo conlleva a que el hombre quien vive en sociedad sea individualizado y se distinga de otro y que de entre la multitud sea reconocido como tal, pues, es el producto de lo que ha construido en el trajinar de su vida influenciado por su entorno social, cultural, familiar, etc., y es esta persona quien por el solo hecho de nacer tiene derecho a su identidad y los demás que se derivan de el; resulta provechoso citar las palabras del maestro Sessarego quien señalaba en su oportunidad, que el derecho a la identidad era ese derecho a “ser uno mismo y no otro” es decir, cada persona es única e irrepetible con sus propias ideas, principios, valores, e historia personal, que es distinta de otra a pesar que puedan llamarse igual. A la vez, señalan las letradas, que el derecho a la identidad posee una doble dimensión que la conforman tanto la dimensión estática, como la dinámica, abarcando la primera aspectos como el nombre, identificación física,

registral, sexo, lugar, fecha de nacimiento, huellas digitales y en especial la realidad genética; siendo la identidad dinámica la suma de todos los pensamientos, valores, cultura, tradiciones, lazos familiares, de afecto, etc., es decir, la historia propia de un individuo que va construyendo con el tiempo; en efecto la identidad dinámica es todo aquello que hace al hombre un ser único en la sociedad, es fácil encontrar a una persona cuyo nombre sea idéntico al de otro pero es difícil encontrar a alguien que tenga las mismas ideas, valores, cultura, principios e historia y proyecto de vida, por eso concuerdo, con las letradas al señalar que la identidad dinámica es la suma de esos aspectos que el hombre asimila en la sociedad y especialmente en familia.

Las juezas al señalar que la identidad dinámica es un aspecto importante en la vida de la persona, también, consideran esencial que sea valorada en los procesos de impugnación de paternidad, pues, aquí encontramos a menores cuya identidad dinámica se ha forjado teniendo como referentes a su familia y al padre legal de quien se busca desvincularlo, advierten que si bien el proceso de impugnación de paternidad en su mayoría es accionado por el padre legal, ello no debe entenderse en pro del impugnante sino del menor, a quien se tiene que proteger por ser la persona más vulnerable en el proceso.

Si bien, se puede señalar que la identidad dinámica al ser cuestiones en su mayoría subjetivas (habitan en la psiquis de la persona) puede ser de difícil probanza; a diferencia de la identidad estática que queda acreditada con la prueba genética de ADN; ello resultaría erróneo, pues para la acreditación de la identidad dinámica debe recurrirse a todos los medios de prueba pertinentes, por ello la letradas refieren que en el proceso de impugnación la mencionada identidad se puede probar con los respectivos informes psicológicos, sociales, declaración de parte, testigos y con la opinión del menor, lo cual resulta lógico, dado que, las pericias e informe son realizados por personal capacitado (psicólogo, trabajador social) del equipo multidisciplinario del Poder Judicial, dichos informes arrojan un resultado que será de vital importancia para probar la identidad dinámica generada.

Las letradas con un criterio propio de un juez de familia señalan que el resultado de la prueba de ADN en ocasiones no es suficiente para declarar fundada la demanda de impugnación de paternidad, y es que, si hablamos de que la persona trasciende, entonces es más que su realidad genética, es, también su historia personal; por ello, también debe analizarse esa parte que ha construido y que ha forjado su identidad. Para la juezas, resulta apropiado que al tomar una decisión importante que puede cambiar el destino del menor en el proceso de impugnación de paternidad, se deba escuchar al mismo, es decir conocerlo; sin embargo, se debe tomar las precauciones para recibir las declaraciones del menor y debe preferirse que se haga en audiencia especial con un ambiente adecuado y pacífico sin distorsiones, para una mejor apreciación de su opinión y que esta no se vea condicionada; pues, puede ocurrir que en un determinado caso sea la madre quien influencie al menor para que opine de una determinada manera y de esta manera persista la pensión de alimentos que viene recibiendo; asimismo, para escuchar la opinión del menor en juicio, debe tenerse en cuenta que existe la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño respecto al derecho del niño a ser escuchado, este documento es una guía vital y que todos los jueces de familia con procesos en donde se deba recibir la declaración de un menor, deben tener en cuenta.

CAPÍTULO IV:

PROPUESTA LEGISLATIVA QUE INCORPORA EL DEBER DE VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

La presente investigación respecto a la valoración de la identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad, nos ha llevado a tener que analizar aspectos como, la filiación, impugnación de paternidad, derechos de los menores y el derecho a la identidad en sus dos facetas; así como también, analizar la postura de la Corte Suprema respecto a la faceta dinámica del mencionado derecho, concluyendo de esta manera, que la identidad dinámica debe ser valorada en salvaguarda de los derechos de los menores, quienes de haber forjado un vínculo fuerte con su padre legal y existiendo una historia familiar construida en base a vínculos afectivos recíprocamente aceptados entre padre e hijo, resultaría injusto y perjudicial que se deshaga dicho vínculo en virtud de una sentencia, que solo tiene como fundamento el resultado de la prueba genética del ADN y no ha valorado su desarrollo y acontecer dinámico del menor; por ello, el juez tiene el deber de valorar la faceta dinámica del derecho a la identidad y no solo basar su fallo en el resultado de la prueba genética del ADN para un mejor amparo y protección del derecho a la identidad de los menores. Así entonces, el investigador ha creído conveniente que el presente objetivo específico se centre en proponer la incorporación de un artículo referido al deber de valoración de la identidad dinámica.

4.1. Propuesta legislativa.

“PROPUESTA LEGISLATIVA QUE REGULA LA VALORACIÓN DE LA IDENTIDAD DINÁMICA EN EL PROCESO DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD”

A. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El derecho a la identidad es un derecho humano, fundamental y trascendental en la vida de la persona, además de ser un derecho constitucionalmente protegido por nuestra norma fundamental de 1993, específicamente en su artículo 2° inciso 1, que establece: *toda persona tiene derecho: “A la vida, a su identidad...”*; es pues, según nuestro tribunal constitucional uno de los atributos esenciales de la persona que ocupa un lugar primordial en nuestra existencia, así lo ha señalado en Expediente N°.2273-2005-PHC/TC en el muy conocido caso Karen Mañuca: **considerando 21.** *(...) Este Tribunal considera que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).* para el tribunal entonces, el derecho a la identidad viene a ser aquel derecho por el cual la persona va a ser identificada e individualizada, comprendiendo dentro del contenido del derecho a la identidad no solo aspectos estáticos, como el nombre, seudónimo, herencia genética, etc., sino también, aquellos aspectos que se derivan de su propio desarrollo en el trajinar de su vida, lo cual viene a constituir el aspecto dinámico de su identidad.

De otro lado, en cuanto al derecho a la identidad de los menores, el mismo se encuentra reconocido por la Convención Sobre los Derechos del Niño en su artículo

7° inciso1. Señalándose (...) *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y **tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad** y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (...)*; asimismo, en el Artículo 8 inciso 1. de la mencionada convención señala también que, (...) *Los Estados Partes se comprometen a **respetar el derecho del niño a preservar su identidad**, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.* Por nuestra parte, el derecho a la identidad del menor se encuentra regulado en el artículo 6° del Código del Niño y Adolescente el cual prescribe (...) *el niño y adolescente tienen derecho a la **identidad**, lo que incluye el derecho a tener un nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y el llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo de su personalidad (...).* Así entonces se encuentra regulado el derecho del menor a la identidad, por ende, el poder judicial como parte del estado debe velar por proteger ese derecho cuando se ponga en debate, en los procesos que atañen a los menores, por ejemplo, en el de impugnación de paternidad; tanto más cuando nuestra propia Constitución proclama en su artículo 4° señala que, (...) la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)

Por su parte, la Corte Suprema ha dejado establecido en sus continuos pronunciamientos en procesos de impugnación de paternidad, que el derecho a la identidad no se agota solo en el contenido estático, que abarca aspectos como el nombre, estado civil, realidad genética, etc., sino también, contiene un aspecto dinámico es decir, aquellos aspectos de carácter personal, familiar, cultural, social, político, religioso, afectivo, etc. que se encuentra en permanente construcción, en constante cambio; en palabras de Sessarego son las múltiples aspectos de la personalidad de un individuo.

Entonces, si concebimos al derecho a identidad como un derecho de gran relevancia en el acontecer de la persona y en efecto de los menores de edad, el mismo merece especial protección, más aun, en procesos como el de impugnación de paternidad, en donde se pone en debate y se encuentra en su estado más vulnerable, pues se

discute si a determinado menor le corresponde o no la identidad asumida hasta ese momento y discutida en el proceso; sin embargo, la protección del derecho a la identidad no se debe agotar en determinar o esclarecer la realidad genética de un menor, como así se ha venido advirtiendo en algunos fallos de los jueces de familia; pues si ello es así, estaríamos olvidando que el ser humano es un ser dinámico y que también construye su identidad con el paso del tiempo, con las vivencias, con el entorno, la familia, formando así su historia personal única e irrepetible; por ello, el juez de familia debe valorar en el proceso de impugnación de paternidad la faceta dinámica del derecho a la identidad, ya que como se ha señalado anteriormente, en la práctica se ha visto que algunos fallos solo tienen como base el resultado de la prueba genética del ADN, prevaleciendo la identidad estática, y no se valora el vínculo afectivo generado en el menor, la historia familiar vivida con el padre legal, todos esos factores que han hecho que el menor se forje una identidad propia teniendo como modelo a su padre legal y no a otro.

Por ello, y ante la falta de una norma expresa que imponga el deber de valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad, por parte del juez, se hace necesario incorporar un artículo referido a dicho deber de valoración, ello también, con la finalidad de que los jueces con criterios puramente positivistas que persisten en fundamentar sus fallos solo con el resultado de la prueba genética del ADN para deshacer un vínculo fuerte (de haberse forjado) entre el padre y menor, recuerden y adviertan que la identidad también tiene una faceta dinámica, igual o quizá más importante que la realidad genética; ello también servirá, para salvaguardar los derechos de los menores, garantizando así su estado de posesión de familia que ha venido ostentando, teniendo como figura a un padre legal con quien existe un vínculo recíprocamente aceptado y de esta manera no se vulnere el derecho a la identidad del menor en su faceta dinámica, y consecuentemente, no generar en el menor otros problemas de índole social, psicológico y familiar.

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

La presente propuesta legislativa pretende incorporar en artículo 399-A referido al deber de valoración de la identidad dinámica en el proceso de impugnación de paternidad, para una mejor protección del derecho a la identidad de los menores en su faceta dinámica, siguiendo la normativa nacional e internacional, teniendo en cuenta el Principio del Interés Superior del Niño, y de esta manera, fortalecer la normativa existente en derecho de familia, específicamente en las acciones de impugnación de paternidad; por ende, no afecta las disposiciones de carácter constitucional o cualquier otra normativa existente en el país.

C. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El presente proyecto, no va a irrogar algún costo al estado peruano, por el contrario, al pretenderse incorporar un artículo de vital importancia, en cuanto se refiere al deber de valoración de la faceta dinámica del derecho a la identidad, la consecuencia será favorable para los menores, quienes en un caso en concreto aparte del resultado de la prueba genética del ADN se deberá valorar su identidad dinámica forjada con el padre legal.

D. FÓRMULA LEGAL

LIBRO III: DERECHO DE FAMILIA

SECCIÓN TERCERA: SOCIEDAD PATERNO – FILIAL

(...) Art. 399 -A

En las pretensiones contenidas en los artículos 363° y 399° sobre negación de paternidad e impugnación del reconocimiento, el juez, tiene el deber de valorar en juicio, la dimensión dinámica del derecho a la identidad; para ello, deberá admitir los medios de prueba que estime conveniente para la acreditación de esta; asimismo, deberá escuchar y tomar en cuenta la opinión del niño y adolescente vertida en juicio.

CONCLUSIONES

Conclusión General.

El derecho a la identidad como derecho fundamental y de vital importancia para la existencia y desarrollo del menor, no debe ser visto ni reducido a un concepto puramente estático, es decir, que identidad no solo significa “nombre” o “identificación”; sino que, este derecho, además de la dimensión estática comprende también una dimensión “dinámica”, y es que el hombre no solo es un producto genético, también es, un conjunto de valores, principios, es sociedad, familia, cultura, lazos afectivos, historia personal y proyecto de vida, y son estos aspectos que hacen que se vaya formando una identidad propia, de tal manera, que la sociedad lo reconocerá y distinguirá de entre el resto; por ello, resulta lógico y justo que cuando se ponga en debate la identidad de un menor en el proceso de impugnación de paternidad, el juzgador deba valorar su identidad dinámica.

Conclusiones específicas.

➤ **Conclusión específica 1:**

El principio del interés superior del niño, el derecho que tiene el menor a que en la medida de lo posible pueda conocer a sus padres y el derecho a ser escuchado y que sus opiniones puedan ser tomadas en cuenta, son aspectos que el juez debe tener en cuenta en el proceso de impugnación de paternidad; así entonces, el principio del interés superior del niño debe tenerse en cuenta, como bien lo señala nuestra normativa “en todas las medidas que le conciernen”; por ello, al involucrar el proceso de impugnación de paternidad a un menor, dicho principio debe ser invocado y desarrollado, pues como se dijo en párrafos anteriores no basta con la sola mención del principio si no se le dota de contenido y desarrollo ya que podría incurrirse en motivación insuficiente provocando que la sentencia sea declarada nula ocasionando que el proceso se dilate, causando perjuicio al menor.

➤ **Conclusión específica 2:**

El análisis de las casaciones y consultas desarrolladas en el capítulo V de la presente investigación, nos ha llevado a la conclusión de que la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia viene dejando sentado que la identidad dinámica, debe ser reconocida y valorada, advirtiéndose, que los jueces de familia vienen incurriendo en falta de motivación de sus resoluciones y falta de criterio al momento de valorar las pruebas aportadas al proceso y sentenciar, lo cual evidencia que aun existen jueces con criterios puramente positivistas que toman decisiones perjudiciales para el menor involucrado en el proceso de impugnación de paternidad, al cual le basta con que el resultado de la prueba genética del ADN salga a favor del impugnante para declarar fundada la demanda de impugnación de paternidad.

➤ **Conclusión específica 3:**

El criterio que tienen algunos jueces de familia del distrito judicial de Lambayeque, es un criterio adecuado, justo y razonable, que responde a lo que más beneficia al menor y protege el derecho a la identidad de éstos, en su faceta dinámica; por cuanto, se ha podido conocer que para ellos, si bien, la identidad tiene dos facetas, la dinámica y estática, para la acreditación de la identidad estática no existe problema alguno, pues ello, se hace con la prueba genética del ADN; sin embargo, el resultado no es suficiente para declarar fundada una demanda; de otro lado, se refieren a la identidad dinámica como aquella que trasciende y encierra lo que es realmente el hombre, y en casos concretos en los procesos de impugnación de paternidad, esta identidad dinámica debe prevalecer.

➤ **Conclusión específica 4:**

A pesar de que existen jueces de familia que tienen en claro que la identidad dinámica es igual o quizá mas importante que la identidad estática, y por lo tanto es valorada en sus sentencias, también existen jueces que no valoran ese aspecto, prefiriendo la realidad genética por sobre la identidad dinámica del menor, eso ha hecho que sus continuos fallos sean apelados; sin embargo, lejos de que en instancia superior estos fallos sean revocados y se advierta la necesidad de valorar la identidad dinámica del menor, son confirmados, olvidando el juez, que por encima del derecho de acción del padre o del tercero que impugna la paternidad, está el derecho a la identidad del menor que debe ser reconocida en su dimensión dinámica; por ello, es que existe la necesidad de incorporar un artículo referido al deber de valoración de la identidad dinámica del menor, en los procesos de impugnación de paternidad.

RECOMENDACIONES

Primera: Es de vital importancia, que los jueces de familia como operadores del derecho y quienes tienen a cargo los procesos de impugnación de paternidad, reconozcan y valoren la identidad dinámica del menor en salvaguarda de sus derechos, como el derecho a un nombre, a preservar su identidad, a tener una familia, a gozar de un ambiente adecuado para su desarrollo, entre otros; por lo que debe desarrollarse el Principio del Interés Superior del Niño, escuchar al niño y adolescente en audiencia especial y dar la debida valoración a las pruebas presentadas en el proceso, debiendo en casos concretos, en donde se ha probado el forjamiento de la identidad dinámica del menor con su padre legal, prevalecer la misma por encima del resultado de la prueba genética del ADN.

Segunda: Los derechos del niño y adolescente son prioridad del estado en cuanto a su protección, por ello, los operadores de justicia deben estar plenamente capacitados para poder atender los casos que los involucre; así entonces, los jueces al resolver un proceso de impugnación de paternidad deberán tener en cuenta los tratados internacionales que protegen el derecho a la identidad del menor, así como también, las observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño respecto al principio del interés superior del niño y el derecho a ser escuchado; por otro lado, los jueces de familia deben recibir capacitaciones en psicología ya que en los procesos de impugnación de paternidad, cuando se tenga que recibir la declaración del menor en audiencia especial, van a tener que analizar detenidamente lo que éstos están respondiendo y podrán verificar si dicha declaración está condicionada o es realmente lo que el menor quiere expresar.

Tercera: Es importante, que el estado peruano invierta en la justicia de familia y pueda ampliar y mejorar la selección del equipo multidisciplinario del Poder Judicial, como psicólogos, profesores y trabajadores sociales; pues ellos, juegan un rol importante en estos casos, ya que sus informes y pericias van a servir en el proceso para probar el grado de identidad dinámica generada en el menor.

Cuarta: Los jueces de familia tienen una gran tarea y responsabilidad, pues de ellos también depende el destino que tendrán los menores involucrados en un proceso de impugnación de paternidad, por lo que deben estar actualizados y entendidos con la jurisprudencia y doctrina reciente, respecto a la valoración de la identidad dinámica, siendo el estado, el encargado de crear mesas de trabajo para que nuestros juzgadores puedan exponer sus dudas y debatir criterios que involucren a menores, de esta manera se pueda crear una línea adecuada que mejor proteja los derechos de los menores, y evitar fallos perjudiciales.

Quinta: Nuestros legisladores deben poner una especial atención y consideración en los temas de derecho de familia, ya que en su mayoría involucran a un menor, como es el caso del proceso de impugnación de paternidad, por lo que deben revisar el libro de derecho de familia e incorporar el deber de valoración de la identidad dinámica del menor por parte del juez y de esta manera se estará protegiendo al mismo, ya que su posesión de estado de familia no se verá alterado y tampoco su identidad, permitiendo que se siga desarrollando en un ambiente adecuado con el cual tiene una historia familiar construida; ello también, en atención al artículo 4° de nuestra Constitución Política que establece *“la comunidad y el estado protegen especialmente al niño, adolescente...”*

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, M. (2006). *¿Qué puede haber dentro de un nombre?* Argentina: BID.
- AGUILAR LLANOS, B. (2013). *Derecho de familia*. Lima: Legales ediciones.
- AGUILAR LLANOS, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Legales Ediciones.
- AGUILAR LLANOS, B. (2013). *Derecho de Familia*. Lima: Legales Ediciones.
- AGUILAR LLANOS, B. (2016). *Tratado de derecho de familia*. Lima - Perú: Lex & Iuris.
- ALVAREZ, R. (2016). Derecho a la identidad. *Biblioteca jurídica UNAM*, 13.
- ANGELUDIS TOMASSINI, C. (2019). Alcances del principio de flexibilización en los procesos de familia: entre las formas procesales y el interés superior del niño. *Actualidad Civil, Al día con el derecho*, 105 - 126.
- Arequipa, C. N.-2. (29 de Noviembre de 2016). *Legis.pe*. Obtenido de https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2017/06/Resolucion_1_20170405143251000129194.pdf
- ARIAS ODON, F. (2012). *El proyecto de investigación - introducción a la metodología científica 6ta edición*. Caracas: Episteme.
- AZAÑERO SANDOVAL, F. (2014). *Manual de procesos judiciales Civiles y familia*. Lima : Groyer teodoricio.
- BOFILL, A., & COTS, J. (1999). PEQUEÑA HISTORIA DE LA PRIMERA CARTA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA . *Comissió de la Infància de Justícia i Pau Barcelona*, 15.
- BRAVO CUAYLA, G. (s.f.). "Regulación de la impugnación de paternidad matrimonial: Vulneración del principio del interes superior del niño y propuesta de modificación normativa". *Tesis de licenciatura*. Universidad Nacional del Altiplano, Puno.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2001). *Diccionario jurídico elemental* . Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Casacion-1622-2015-Arequipa. (03 de Mayo de 2016). *static.legis.pe*. Obtenido de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/05/Casacion-1622-2015-Arequipa.pdf>

- CHANAME ORBE , R. (2015). *La constitución comentada Vol. I*. Lima: Legales ediciones.
- CHANAME ORBE, R. (2015). *La constitución Política del Perú*. Lima: Legales ediciones .
- Civil, R. N. (08 de Marzo de 2014). *RENIEC*. Obtenido de <https://portales.reniec.gob.pe/web/identidaddigital/principalpki>
- CORNEJO CHAVEZ, H. (1987). *Derecho Familiar peruano*. Lima: Studium Ediciones.
- D'ANTONIO, D. (2001). *Convención sobre los derechos del niño. Comentada y anotada exegéticamente con jurisprudencia nacional y extranjera*. . Buenos Aires: Astrea.
- Deconceptos. (13 de mayo de 2019). *Deconceptos.com*. Obtenido de <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/filiacion>
- DELGADO MENENDEZ, M. (s.f.). El derecho a la identidad: "Una visión dinámica". *Tesis de Magister*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima .
- DÍAZ BRAVO, L., TORRUCO GARCÍA, U., MARTÍNEZ HERNANDEZ, M., & VARELA RUIZ, M. (13 de Mayo de 2013). <http://www.scielo.org.mx>. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx>: <http://www.scielo.org.mx/pdf/iem/v2n7/v2n7a9.pdf>
- ESPAÑOLA, R. A. (2001). Diccionario de la lengua española. En R. A. Española, *Diccionario de la lengua española* (pág. 100). España: Espasa.
- FERNANDEZ CESSAREGO, C. (1992). Daño a la identidad personal. *Themis* , 248.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1990). *Derecho a la Identidad Personal*. Buenos Aires: Astrea.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1997). Daño a la identidad personal. *Themis*, 28.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2009). *Derecho de las personas*. Lima: GRIJLEY.
- HERNANDEZ SAMPIERI, R., FERNANDEZ COLLADO, C., & BAPTISTA LUCIO, P. (1991). *Metodología de la investigación*. Mexico: McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A. de C.V.

- HERRERA, M. (2015). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HINOSTROZA MINGUEZ, A. (1997). *Derecho de familia*. Lima: Editora Fecal.
- Huaura, C. -4.-2. (2 de Mayo de 2018). *www.gacetajuridica.com.pe*. Obtenido de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS4430-2015-HUAURA.pdf>
- JOSSERAND, L. (1950). *Derecho civil*. Barcelona: Bosh y Cia.
- LÓPEZ - CONTRERAS , R. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Vol.13*, 56.
- LUIS MIZRAHI, M. (2004). *Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica*. . Lima.
- MAZA LUPUCHE, J. (2019). la filiación extramatrimonial en el Perú: declaración judicial, prueba, impugnación de paternidad efectos de su falta de determinación. *Actualidad civil, al día con el derecho* , 127 - 138.
- MESSINEO, F. (1953). *Manual de derecho comercial y civil*. Milan : Universidad de Milan.
- MEZA INGAR, C. (2006). La identidad en el Perú una cuestión de ciudadanía. *Docentia et investigatio*, 12.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2006). *La convención frente al desamparo del menor. En Desarrollo de la convención sobre los derechos del niño en España*. . Barcelona: Bosh.
- Moquegua, C. N.-2. (21 de Marzo de 2017). *Legis.pe*. Obtenido de <https://img.legis.pe/wp-content/uploads/2018/02/Pareja-que-acogi%C3%B3-a-menor-en-abandono-puede-adoptarlo-por-excepci%C3%B3n-Casaci%C3%B3n-688-2016-Moquegua.pdf>
- MOSCOSO TICONA, M. A. (s.f.). "Implicancias jurídicas de la concepción sobre identidad dinámica en los procesos de impugnación de paternidad en los juzgados de familia del cercado de Arequipa, Arequipa 2014-2017". *Tesis de licenciatura*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa.
- niño, c. d. (20 de julio de 2009). *www.acnur.org*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

- niño, C. d. (29 de Mayo de 2013). *observatoriodelainfancia.es*. Obtenido de https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=3990
- Norte, C. N.-2.-L. (2 de Abril de 2018). *www.gacetajuridica.com.pe*. Obtenido de <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS4769-2015LimaNorte.pdf>
- NUÑEZ, A. (1984). *La Metodología Estadística para Todos*. Venezuela: Universidad del Zulia.
- ORTECHO VILLENA , V. (2002). *Jurisdicción y procesos constitucionales* . Lima: EDITORIAL RODHAS.
- OSSORIO, M. (1996). *Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- PERALTA ANDIA, J. (2008). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: IDEMSA.
- PEREZ LUÑO, A. (1984). *Los derechos fundamentales*. Madrid : Tecnos.
- Peruano, D. E. (15 de marzo de 2015). *Diario Oficial El Peruano*. Obtenido de Diario Oficial El Peruano: <https://elperuano.pe/>
- PHC/TC, E. N.-2. (20 de Abril de 2006). *www.tc.gob.pe*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>
- PLACIDO VILCACHAGUA , A. (2003). *Filiación y Patria Potestad en la doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PLACIDO VILCACHAGUA, A. (2018). *Identidad filiatoria y responsabilidad parental*. Lima: Instituto Pacífico.
- PLACIDO VILCACHAHUA , A. (2006). *El "interés superior del niño" en la interpretación del tribunal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PLÁCIDO VILCACHAHUA , A. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico.
- PUIG PEÑA, F. (1972). Tratado de derecho civil español. *Revista de derecho privado*, 5.
- RADDA BARNEN . (1997). *Manual para promover reconocimientos voluntarios*. Lima : Gráfica.

- ROJAS SARAPURA , W. (2009). *Comentarios al código de los niños y adolescentes y derecho de familia*. Lima : FECAT E.I.R.L.
- RONDON ARREDONDO, R. (s.f.). "IMPORTANCIA DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO EN LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, AREQUIPA 2016". *Tesis de licenciatura*. Universidad Católica de Santa María, Arequipa.
- SAIF DE PREPERIER, R. (2005). Derecho a la identidad en el derecho internacional privado. *Foro Jurídico*, 8.
- Santa, C. 2.-2. (17 de Julio de 2013). *www.pj.gob.pe*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9c16fa004a480496a500f57f091476ed/Resolucion_002726-2012-.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9c16fa004a480496a500f57f091476ed
- SARAVIA QUISPE, J. (28 de Marzo de 2018). *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/no-basta-prueba-adn-impugnar-paternidad-analisis-identidad-biologica-dinamica-hijo/>
- TANTALEAN MESTA, M. (s.f.). "La vulneración del derecho a la identidad del menor en los casos de impugnación de paternidad matrimonial". *Tesis de licenciatura*. Universidad San Martín de Porres, Lima.
- TORRECUADRADA GARCIA - LOZANO, S. (2016). El interés superior del niño. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 24.
- VALDIVIA VALDERRAMA, A. (s.f.). "Valoración de la identidad dinámica del menor en los procesos de impugnación de paternidad en los juzgados de familia de Huaraz, 2018". *Tesis de licenciatura*. Universidad Cesar Vallejo, Huaraz.
- VARGAS AVILA , R. (2010). La valoración de la prueba científica de ADN en el proceso penal. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 129.
- VARSI ROSPIGLIOSI , E., & SIVERINO BAVIO, P. (2003). *Determinación de la paternidad matrimonial (Vol. Tomo II)*. Lima: Gaceta Jurídica.
- VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2004). *Divorcio, filiación y patria potestad*. Lima: Grijley.
- VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2019). *La Acciones Filiatorias*. Lima: Gaceta Jurídica.
- WONG ABAB, J., & y otros. (2018). *Los procesos judiciales en el derecho de familia*. Lima: Instituto Pacífico.

