



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela Académico Profesional De Derecho

XIX PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

EL CONSENTIMIENTO DEL HIJO EN LA FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL

PRESENTADO POR:

GLADYS FERNÁNDEZ CUSQUISIBÁN

Cajamarca, Perú, febrero de 2023

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía y fortaleza de vida.

A mi madre, por su apoyo incondicional y por permitirme crecer a su lado y; a mis hermanos por ser fuente de motivación.

ABREVIATURAS

ADN	: Ácido desoxirribonucleico
art.	: Artículo
arts.	: Artículos
C.C.	: Código Civil
Exp.	: Expediente
p.	: Página
pp.	: Páginas
T.C.	: Tribunal Constitucional

ÍNDICE

Portada.....	i
Dedicatoria	ii
Abreviaturas	iii
Índice.....	iv
INTRODUCCIÓN	07
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS	09
1.1. Descripción del tema.....	09
1.2. Justificación.....	10
1.3. Objetivos	10
1.3.1. Objetivo general.....	10
1.3.2. Objetivos específicos	11
1.4. Metodología	11
1.4.1. Métodos generales	11
1.4.2. Métodos específicos	11
1.5. Técnicas de investigación	12
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. Antecedentes del problema.....	13
2.1.1. Surgimiento del derecho del niño a conocer a sus progenitores	13
2.2. Bases teóricas.....	16
2.2.1. El derecho a la identidad	17
A. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional	19
B. Análisis jurisprudencial	21
2.2.2. Conexidad entre identidad y libertad.....	24
2.2.3. La identificación	25
A. La identificación como nexo social de la identidad	26
2.2.4. La figura jurídica de la filiación.....	27
A. Filiación extramatrimonial	28
B. El reconocimiento de la filiación extramatrimonial	29
C. Acciones de filiación	30
D. Proceso de filiación extramatrimonial	31
2.2.5. Principio de interés superior	32

2.2.6. Principio de autonomía progresiva.....	33
2.3. Definición de términos básicos.....	35
2.3.1. Consentimiento.....	35
2.3.2. Extramatrimonial.....	35
2.3.3. Menor.....	35
2.3.4. Proceso judicial.....	36
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS	37
3.1. El derecho del hijo a preservar la identidad en las relaciones familiares	37
3.2. Protección del derecho a la identidad del hijo en la filiación extramatrimonial	39
3.3. Fundamentos para la inclusión del consentimiento del hijo en la filiación extramatrimonial	42
3.3.1. Reconocimiento de su libertad continua	42
3.3.2. Consideración del principio de interés superior	42
3.3.3. Consideración del principio de autonomía progresiva	44
3.3.4. Derecho a ser oído	45
CONCLUSIONES.....	48
RECOMENDACIONES	50
LISTA DE REFERENCIAS	51

**EL CONSENTIMIENTO DEL HIJO EN LA FILIACIÓN
EXTRAMATRIMONIAL**

INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema jurídico la identidad personal es un derecho fundamental, mediante el cual, se garantiza a una persona a conocer a sus ascendientes. Sin embargo, resulta esencial que en dicho conocimiento se observe tanto el principio de interés superior de los niños y adolescentes, como también el principio de promoción de la paternidad y maternidad responsables.

En efecto, sobre la base de los principios citados previamente, en los procesos judiciales de filiación se debe buscar favorecer el descubrimiento de la verdad biológica para hacer efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos, sin más restricciones que las que se centran en la protección de los intereses del menor.

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

De ello, si bien es cierto se logra evidenciar el incuestionable legítimo interés moral que tiene el menor en conocer quiénes son sus padres, al encontrarse regulado por la Convención sobre los Derechos del Niño, las actuales valoraciones jurídicas exigen afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, prescindiendo de las circunstancias en las que se desarrolló el acto procreativo, primando para ello el interés superior del niño.

Ello adquiere relevancia en el caso del hijo de mujer casada cuando el padre biológico no es el marido y éste pretende que se le reconozca su derecho de padre biológico que le corresponde, situación donde se pone en juego la identidad personal del hijo.

Es ante esto que realizamos el presente trabajo de investigación, con el fin de determinar los fundamentos jurídicos que permitan la inclusión del consentimiento del hijo en los procesos de filiación extramatrimonial (donde no solo se discute el derecho y/u obligación del padre respecto de su hijo, sino también el derecho del

hijo de conocer su ascendencia biológica), para salvaguardar su derecho a la identidad.

El trabajo de investigación está dividido en tres capítulos, siendo así que en el primer capítulo se desarrollarán los aspectos metodológicos: descripción del tema, justificación, objetivos y metodología. En el segundo capítulo lo referente al marco teórico, mismo que está conformado por subcapítulos. Finalmente, en el tercer capítulo, realizamos la discusión y análisis de la problemática de investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. DESCRIPCIÓN DEL TEMA

En el ámbito jurídico civil a nivel nacional, la existencia de conflictos que involucran a los niños y adolescentes se presenta constantemente, situación que se presenta de manera peculiar en materia de filiación extramatrimonial, generando una posible transgresión a los derechos del menor.

Así, bajo la presunción de paternidad matrimonial, el hijo que nace dentro de un matrimonio se reputa que es hijo del marido, ello conforme a lo prescrito por el artículo 361 del Código Civil; es decir, por ejemplo, si Ana encontrándose en matrimonio llegara a concebir un hijo con un tercero, producto de una relación esporádica, éste será reconocido por su cónyuge, a pesar de que la realidad biológica no coincida con dicha presunción de paternidad, situación que ha conllevado a iniciar varios procesos judiciales donde el padre biológico reclamaba su derecho de padre para con su hijo.

En ese escenario, se inicia el conflicto sobre la vulneración de los derechos del menor, como el derecho a la identidad o el derecho a ser oído dentro de los procesos de filiación extramatrimonial, mermando el desarrollo integral y personal del mismo, generando deficiencia en el principio de autonomía progresiva del niño y adolescente, que no es más que la facultad que se les otorga a los menores para tomar decisiones durante su desarrollo a la adultez, limitando a sus padres la interferencia en el goce de alguno de sus derechos, pero acorde a su capacidad progresiva se le otorgan dichas libertades.

El derecho del niño o adolescente a ser oído durante los procesos de filiación extramatrimonial se cimienta en el principio de autonomía progresiva, involucrando al Estado y a la familia para que aseguren su desarrollo integral, para que de forma progresiva hagan ejercicio de sus derechos. Ya que se desprende de los textos jurídicos normativos que la opinión y el derecho a ser oído, son prerrogativas que los éstos adquieren en las diferentes etapas

de su niñez y que es esencial para lograr su adecuado desarrollo personal; por ende, se puede notar que el menor es parte fundamental dentro del proceso de filiación extramatrimonial, más aún porque se discute una figura que va a repercutir directamente en su derecho a la identidad.

En esa perspectiva, es importante que el hijo se despliegue en dicho proceso brindando su consentimiento sobre la filiación extramatrimonial, es decir, si desea conservar su *estatus quo* o si por el contrario desea modificarlo, acorde con la significatoriedad antes referida.

1.2. JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo de investigación responde a la necesidad de determinar la importancia del consentimiento del hijo en los procesos de filiación extramatrimonial como garantía de su derecho a la identidad personal. Pues como sabemos el Código Civil no regula que el menor de edad intervenga en dichos procesos, para poder verter su opinión si desea conservar su identidad personal, sin perjuicio de la declaración de filiación extramatrimonial.

En consecuencia, la presente investigación es de relevancia jurídica y científica, por que se hace necesario colocar en palestra la discusión para establecer fundamentos jurídicos que permitan lograr en lo máximo posible una adecuada protección del derecho a la identidad de los menores no reconocidos por sus padres. Puesto que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, la observancia y cumplimiento de derechos fundamentales es de carácter obligatorio.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. Objetivo General

Determinar los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del consentimiento del hijo como garantía de su derecho a la identidad en los procesos de filiación extramatrimonial.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A. Estudiar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del derecho a la identidad en el ordenamiento nacional.
- B. Analizar el tratamiento jurídico del proceso de filiación extramatrimonial en el ordenamiento nacional.
- C. Proponer la incorporación del inciso 7 en el artículo 402 del Código Civil, para la inclusión del consentimiento del hijo en la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

1.4. METODOLOGÍA

Para la elaboración del presente trabajo de investigación utilizaremos los siguientes métodos:

1.4.1. Método general

A. Método inductivo-deductivo

Debido a que se estudiará y analizará el aspecto doctrinal y normativo del derecho a la identidad, el aspecto jurídico del proceso de filiación extramatrimonial y, la forma en la cual está inmerso el derecho a la identidad en el proceso de filiación extramatrimonial; para arribar en los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del consentimiento del hijo y lograr una protección idónea del menor involucrado en dichos procesos.

1.4.2. Métodos específicos

A. Método dogmático-jurídico

Es una investigación de naturaleza dogmático-jurídica. Es dogmática porque se contribuye a la doctrina civil al desarrollar los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del consentimiento del hijo como garantía de su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial.

Y es jurídica porque se pretende lograr una reformulación del proceso de filiación en pro y beneficio del menor.

1.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. Recopilación documental

Esta técnica nos permitió obtener información que se encontraba de manera dispersa en diferentes tipos de documentos como libros, revistas, artículos de investigación y otros afines.

1.5.2. Análisis documental

La técnica de análisis documental requiere de una mayor profundización que la sola observación del documento que se va a examinar, por lo que, a partir de ello se pudo seleccionar la información pertinente para el desarrollo de la presente investigación.

1.5.3. Argumentación jurídica

La argumentación jurídica viene a ser la dación de razones que, estructuralmente, se pueden corresponder con la proposición de varios o un solo enunciado que coadyuva o apoya a una conclusión (Guibourg, 2019, p. 20). En tal sentido, en la presente investigación, esta técnica fue empleada para redactar las razones de los fundamentos jurídicos que sustentan la inclusión del consentimiento del hijo en los procesos de filiación extramatrimonial.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Como punto de partida para la realización de este trabajo de investigación, es necesario revisar los antecedentes normativos que existen respecto a la problemática que abordaremos en esta investigación.

2.1.1. Surgimiento del derecho del niño a conocer a sus progenitores

Este derecho históricamente ha tenido un largo recorrido que comienza con el individualismo para culminar con la recepción de los ideales ilustrados en el Derecho positivo. En ese contexto, los siglos XVIII y XIX se caracterizaron por un precario y restringido procedimiento para la realización del reconocimiento de filiación, mientras que el siglo XX, gracias a los avances científico y tecnológicos, se implementó técnicas más eficaces para determinar la filiación entre padres e hijos (Plácido, 2005, p. 41).

Así, fueron las ideas ilustradas sobre la dignidad, la libertad y la igualdad que causaron el surgimiento de la filiación. Pues, el derecho a conocer a los padres suponía ante todo la protección del individuo frente a acciones contrarias a su dignidad. Por tanto, es posible afirmar que el interés directamente protegido en este derecho se concreta en un interés o derecho de todas las personas a su identidad biológica, como expresión directa de la dignidad humana (Plácido, 2005, p. 41).

A nivel internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño positiviza el derecho del hijo a conocer a los padres. De igual modo lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero ninguno de estos referidos *corpus normativo*, desarrollan un concepto de lo que haya de entenderse por conocimiento de la filiación ni establecen los criterios necesarios para proceder a definir su contenido esencial (Plácido, 2005, p. 42).

Por su parte, para la doctrina, el derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad. A partir del mismo, cada persona ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Es decir, una persona podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien biológicamente lo engendró. Por ello, el sistema jurídico, deberá desarrollar los mecanismos necesarios para que los justiciables puedan lograr dicha pretensión filiatoria (Plácido, 2005, p. 42).

En consecuencia, el derecho a conocer a los padres no sólo es un derecho subjetivo de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra, un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales (Fernández, 1994, p. 57).

Por ende, el derecho a conocer a los padres ha de protegerse, en primer lugar, frente a las posibles disposiciones legales que lo hagan ineficaz por desconocer su contenido esencial, y, en segundo momento, es necesario brindarle una protección positivizada, ya sea desde la esfera civil, administrativa o penal; que garantice este derecho no sólo frente a los eventuales ataques que provengan del poder público, sino también frente a los provenientes de los particulares (Fernández, 1994, p. 58).

Por tanto, este derecho, al igual que cualquier otro derecho fundamental, sólo podrá ser desarrollado mediante ley que en todo caso no afecte su contenido esencial. Sin embargo, el legislador podrá imponer limitaciones al ejercicio de este derecho que a su vez están limitadas desde un punto de vista formal y material, siempre y cuando observe lo antes referido (Plácido, 2005, p. 43).

La doctrina también señala que existe una relación entre el derecho a conocer a sus padres y la dignidad de la persona. Si bien es cierto que, en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un núcleo de existencia humana derivado de la idea de dignidad, existen determinados derechos fundamentales en los que la misma se hace más patente, entre los que se encuentra sin duda el derecho a la verdad biológica (Pérez Luño, 1984, p.175).

Sin embargo, ello no quiere decir que el derecho a conocer a los padres carezca de un ámbito y contenido propio. Debe, por tanto, descartarse la posible equiparación entre la dignidad y la identidad biológica. El reconocimiento de la estrecha relación entre ambas, derivada de su conexión con la persona en sí misma considerada, permite efectuar la delimitación del derecho a la verdad biológica desde la perspectiva de la mencionada relación (Pérez Luño, 1984, p.175).

En tal sentido, los derechos inherentes a la persona vendrían a conformar el aspecto estático de la dignidad personal, al delimitar las esferas de acción que el individuo ha de hacer propias dotándolas de un contenido concreto. Entre estos derechos inherentes ocupa un lugar relevante el derecho a conocer a los padres, que de este modo viene a proporcionar la base material de uno de los aspectos derivados de la dignidad de la persona: La identidad biológica.

Así pues, el derecho a conocer a los padres exige, para su cabal ejercicio, un sistema de libre investigación de la filiación, ya que una concepción restringida para la investigación de la filiación resulta contraria a la dignidad humana (Pérez Luño, 1984, p.176).

En consecuencia, el cabal ejercicio del derecho del niño a conocer a sus padres supone que, la determinación de la relación jurídica generada por la procreación no debe presuponer un emplazamiento familiar referido a la existencia o inexistencia de matrimonio entre los

progenitores; esto es, el estado filial deberá encontrar como referencia, sólo la realidad biológica (Rivero, 1993, 479).

De ello se colige que, el derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de la infancia, que se sustenta en reconocer que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Siendo un derecho humano vinculado directamente con el niño, se confirma su carácter *intuito personae*, resultando, como se ha expuesto, irrenunciable e imprescriptible (Rivero, 1993, 480).

Aunado a ello, habría que mencionar que el derecho a la identidad de origen tiene dos facetas. Una referida a la determinación de la filiación: el derecho a conocer a los padres. Otra vinculada con el mero conocimiento del origen biológico sin determinar el vínculo paterno-filial. Ello se aprecia en los casos del adoptado y del nacido mediante técnicas de fertilización humana asistida. Puesto que los avances tecnológicos, no solo ha servido para mejorar los procedimientos para determinar la filiación padre-hijo, sino también ha contribuido con la implementación de nuevas técnicas de reproducción, para las parejas que por la vía biológica no pueden concebir y procrear hijos (Garriga, 2000, p. 256).

2.2. BASES TEÓRICAS

Luego de haber estudiado de manera más breve y sucinta posible los antecedentes de la problemática materia de este trabajo de investigación, es necesario sentar las bases doctrinarias a tener en cuenta y a utilizar para la discusión y análisis de la problemática, encaminándonos al hallazgo de un resultado lo más idóneo posible.

Y para complementar este acápite, luego desarrollaremos un glosario de los más relevantes términos jurídicos usados, con su respectiva conceptualización.

2.2.1. El derecho a la identidad

Es sabido que, toda persona, por el solo hecho de existir tiene Derechos Fundamentales que se le atribuyen de manera absoluta, personal y única, los mismos que son inajenables, irrenunciables e imprescriptibles (Franciskovic, 2011, p. 9).

El Código Civil en el artículo 5 regula algunos derechos de la persona, pero ello no implica el reconocimiento limitado de estos derechos, sino por el contrario, se reconoce, regula y admite un sistema *numerus apertus* de derechos personales. Es decir, toda persona tiene una gama de derechos fundamentales y personales reconocidos de manera dispersa por nuestra Constitución Política como por el Código Civil, así como por los Tratados Internacionales, teniendo en cuenta la dignidad de la persona como otros de naturaleza análoga que tienden a proteger y/o tutelar a todo ser humano (Fernández, 2010, p. 183).

Fernández Sessarego, como se citó en Fernández (2010), señala que:

El ser humano, es un ser en libertad y, precisamente por serlo, es idéntico a sí mismo. Todos los seres humanos son iguales, pero, como está científicamente comprobado, no hay dos seres humanos idénticos. A lo más, pueden ser muy parecidos, como es el caso de los gemelos. No hay dos proyectos de vida idénticos (p. 184).

En efecto, el derecho a la identidad se basa en el derecho a la libertad que nos permite desarrollarnos como únicas personas; cómo uno quiere o haya elegido ser y proyectarse en la vida realizando actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico. Esta libertad nos posibilita a cada quien tener un proyecto de vida, de ser y tener una singular manera de ser (Fernández, 2010, p. 184).

El derecho a la identidad responde a la pregunta quién soy, qué debo ser o hacer, sin duda, significa el poder elegirse y autodeterminarse en ser uno, distinto y diferente a los demás; por ello se requiere que

se nos reconozca por lo que uno es sin confundírse nos con nadie; por ese nombre que me individualiza y distingue de los demás, que no se distorsione mi procedencia o historia de vida, todo ese conjunto de vivencias personales únicas, irrepetibles e inconfundibles con los otros o con los demás que genera mi esencia, así como todo aquello que me hace ser lo que soy hoy y ahora constituyendo mi ser único, inconfundible e ubicable sólo por lo que soy, por lo que he logrado y alcanzado en mi vida (Franciskovic, 2011, p. 11).

Para Espinoza Espinoza (2006), el derecho a la identidad:

Es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática) en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer. (p. 279)

González (2009), señala que:

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

Sobre esto, Siverino (2010), manifiesta:

El derecho a la identidad es el derecho a ser quien es, es un derecho a la propia biografía. Pero a la vez, y fundamentalmente es el derecho a ser percibido y reconocido por el otro como quien se es (...). Por eso entendemos que el derecho a la identidad no es ni más ni menos que el derecho a ser uno mismo y a ser percibido por los demás como quien se es; en otras palabras, es el derecho a la proyección y reconocimiento de la autoconstrucción personal. Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, de aquella que ha configurado a lo largo de los años, del proyecto que

ha elegido para sí, es una violación gravísima a sus derechos más elementales. (p. 59)

Sin embargo, como bien señala Moscol (2016), hay que tener en cuenta que este derecho fundamental a la identidad no es exclusivo de los niños, sino que es propio de toda persona, tanto que está estrechamente vinculado con el derecho a la vida, porque desde el inicio de la vida, nace el derecho de toda persona a ser reconocido como tal (p.30).

Conviene precisar que sobre el derecho en mención se observan dos facetas: estática y dinámica. La faceta estática comprende aquella realidad biológica o genética de la persona humana (verdad biológica), que inicia con la vida misma y no varía a lo largo del tiempo, como el nombre, realidad genética, fecha y lugar de nacimiento, etc.; no obstante, de manera excepcional, alguno podría llegar a variar mediante pronunciamiento judicial como el nombre. La faceta dinámica es aquella que complementa a la faceta estática y es la que va variando con el paso del tiempo, como los caracteres físicos y los atributos de identificación de la persona, de índole político, religioso, psicológico, entre otros; que dan pie a los atributos de la personalidad (Gurto, Quequejana y Ariano, 2015, pp. 64-70).

Resumiendo podemos señalar que, el derecho fundamental a la identidad involucra el derecho a una identidad psicológica, social, cultural y sobretodo biológica e histórica, ya que toda persona tiene derecho a construir su única historia personal, esta identidad que es necesaria para conocer su procedencia, la búsqueda de sus raíces que den razón al presente que les toca vivir, a través del reencuentro con su historia individual y grupal irreplicable, que debe ser respetado y protegido de modo especial, toda vez que es esencial en las etapas de la vida en las cuales la personalidad debe consolidarse (Moscol, 2016, p.31).

A. Regulación en el ordenamiento jurídico nacional

El derecho a la identidad se encuentra regulado expresamente en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política de 1993, en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (...)”. Asimismo, el inciso 19 del citado artículo señala que:

Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad (Congreso Constituyente Democrático, 1993, artículo 2).

Es en el Código de Niños y Adolescentes donde encontramos un desarrollo más específico sobre derecho a la identidad, en cuyo artículo 6 señala: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad. Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos (...)”.

Sin embargo, a pesar del amplio aspecto normativo mediante el cual se reconoce de manera expresa el derecho a la identidad como derecho fundamental, se cuestiona si es que actualmente en nuestro ordenamiento jurídico se está otorgando una protección procesal suficiente al mencionado derecho.

El Código Procesal Constitucional en el artículo 25, contempla lo siguiente: “Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos, que enunciativamente, confirman la libertad individual: El derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República”.

Como vemos, con dicha normativa constitucional se pretende garantizar, mediante un trámite sumarísimo, un aspecto que se desprende del derecho a la identidad vinculado más bien a la identificación.

Con lo desarrollado previamente se evidencia que, frente a otros aspectos del derecho a la identidad, lamentablemente no encontramos mayores precisiones específicas.

B. Análisis jurisprudencial

En el ordenamiento nacional no existe una norma expresa que regule el derecho de las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde una perspectiva jurisprudencial (Vásquez, 2018, p. 17).

En cuanto a la jurisprudencia, puede decirse que, en los últimos años, han empezado a aparecer algunos fallos; unos con ideas muy plausibles y otros más bien discutibles, poniendo en evidencia la ausencia de una formación en Bioética; si bien no es culpa de los jueces el que durante sus años de formación universitaria la Bioética no formara parte de su currículo de estudios, igual es un imperativo la actualización en el conocimiento, más todavía en un área académica tan importante que aborda cuestiones de tan alta relevancia (Vásquez, 2018, p. 17).

En esta parte, resulta necesario referirnos al artículo 396 del Código Civil (antes de su modificatoria, mediante decreto legislativo

N.º 1377) que señalaba¹: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”. Lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial.

No obstante, en algunas sentencias judiciales se ha venido señalando que este artículo 396 colisionaría en parte con el derecho a la identidad que tiene toda persona, regulado en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

Desde esa perspectiva, en la Casación N.º 2726-2012-del Santa, se expone el caso en el que una persona pretendía que se le reconociera la paternidad del hijo de una mujer casada, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema inaplicó los artículos 396 y 404 del Código Civil (este último derogado mediante decreto legislativo N.º 1377), estimando que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia de la menor materia del proceso con sus padres biológicos, toda vez que éstos venían desarrollando con ella una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado por el demandado (Cárdenas, 2013, p.49).

El caso en específico versa sobre una persona que solicita como pretensión principal impugnar la paternidad efectuada por el marido de la mujer casada a favor de su hija y como pretensiones accesorias: primero, que se deje sin efecto el reconocimiento efectuado por el marido y segundo, se declare la paternidad extramatrimonial a su favor en calidad de padre biológico, además solicita su inscripción en el Acta de Nacimiento que corresponde. En primera instancia se declaró fundada la demanda, en segunda

¹ Citamos al artículo 396 del Código Civil antes de su modificatoria, mediante Decreto Legislativo N.º 1377 de fecha 24/08/2018, para explicar los casos jurisprudenciales que fueron resueltas con la vigencia de dicho artículo.

instancia revocaron la sentencia de primera instancia; finalmente, casaron la sentencia de vista declarando fundada la demanda.

Conviene mencionar también, el control difuso realizado por la Sala de Familia de Lima, aprobado por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, a través del cual, en diversos expedientes civiles sobre acción de contestación de la paternidad y acción de reconocimiento del hijo extramatrimonial, se han inaplicado los artículos 364 y 400 del Código Civil, por considerar que el plazo establecido atenta contra el Derecho a la Identidad. Dichas sentencias son las recaídas en el Expediente (en adelante Exp.) N.º 183515-2003-00233-0 y Exp. N.º 860-2002 de la Sala Especializada de Familia y el Exp. N.º 2003- 0839-251801-JF-01 del Primer Juzgado de Familia de Chimbote (Cárdenas, 2013, p.50).

Por su parte, la Corte Suprema también se ha pronunciado, no aplicando el artículo 400 del Código Civil privilegiando el Derecho a la Identidad, considerando que no existe razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para negar el reconocimiento indebido por uno de los padres, se dio con motivo de la elevación en consulta del Exp. N.º 229-2010-Puno. Al respecto, estimó la Corte que el Derecho a la Identidad no debe limitarse en su protección por plazos legalmente establecidos, considerando su trascendencia como Derecho Fundamental en el desarrollo de la persona.

Aunado a ello, tenemos lo resuelto por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio del 2010, con motivo de una consulta respecto al Exp. N.º 1388-2010; respecto a la constitucionalidad de los artículos 402 inciso 6 y 404 del Código Civil Sobre el particular, la Sala se pronunció en el sentido que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casada, y por tanto son

normas contrarias a la Constitución por afectar el Derecho a la Identidad del niño y negar la identidad biológica (Cárdenas, 2013, p. 51).

Por tanto, como se observa, a raíz de los casos citados se crea una línea jurisprudencial que por encima de la regulación normativa sobre el reconocimiento del hijo extramatrimonial y/o declaración judicial de paternidad extramatrimonial que establece el Código Civil, las Salas Civiles emiten sus decisiones atendiendo principalmente el principio de interés superior del niño y su derecho a la identidad.

2.2.2. Conexidad entre identidad y libertad

Fernández Sessarego, como se citó en Siverino (2010) el hombre no tiene ni deja de tener libertad, sino que es libertad; ésta resulta de la situación ontológica de quien existe desde el ser ya que la existencia implica libertad. El hombre como ser libre que elige estimando adquiere el rango de persona humana. La persona es existencia desplegada en el tiempo, que desarrolla su vida en comunidad para, utilizando cosas del mundo, realizar su intransferible y único proyecto personal. La persona es un sujeto proyectivo que hace su vida a cada instante. En definitiva, el hombre es libertad que se proyecta (pp. 57-81).

Es decir, el hombre está destinado a ser libre y valorativo y el producto que se sigue de su libertad es su identidad en cuanto expresión de su devenir. Es esta capacidad del hombre de autoconstruirse estimando lo que lo define como ser verdaderamente humano, el fundamento de su dignidad, valor fundante de todos sus derechos. Así lo reconocen las normas supranacionales, las constituciones de los estados, sus códigos civiles (Fernández, 1994, p. 99).

En consecuencia, tal y como señala Siverino (2010), nadie más que el propio existente puede darse a sí mismo una identidad, trabajo que ocupa toda la vida. Esto excluye la posibilidad que una identidad

pueda forzarse o imponerse, ya que al reflejar un proceso interno. Negar a un individuo el reconocimiento de su identidad personal, configura la vulneración a uno de los Derechos Fundamentales de las personas (p. 59).

Bidart Campos (1998), manifiesta que:

Es elocuente esta asociación entre dignidad e identidad para que el bienestar no configure una teorización abstracta, sino que se dirija bien concretamente a su particularización en cada ser humano en cada circunstancia en que él se encuentre, conforme a lo que su libertad y su identidad requiere para ese caso en las circunstancias propias. (p. 3)

2.2.3. La identificación

La identificación es posterior a la identidad, necesariamente posterior, ya que no puede identificarse lo que no existe. Dicho de otra manera, no debe confundirse el Derecho Fundamental a la Identidad, con los signos visibles tenidos en cuenta a fin de establecer una identificación (Siverino, 2015, p. 70).

Cabe precisar que, el asiento documental donde constan los datos personales plasmados para identificar no confiere una identidad, sino que simplemente, en un momento dado, frente a los datos que se le ofrecen y según criterios establecidos, delimita y plasma los rasgos que como evidentes se le presentan.

Puesto que en el proceso de identificación se reconoce lo que es una persona por el solo hecho de serlo, de existir, posee una identidad, y conforme se atraviesan distintas etapas de la vida hay rasgos que pueden presentarse como más evidentes que otros (Siverino, 2015, p. 74).

En resumen, el proceso de identificación tal como es entendido en este contexto podría ser considerado como una actividad estatal que parte de variables o criterios previamente establecidos para tomar

contacto con signos distintivos perceptibles, por ejemplo características físicas u otros datos que convenientemente registrados (sexo anatómico, nombre, estado civil, filiación) puedan ser corroborados y según los criterios dados, estatificar, plasmar lo que se ve en un momento dado en un instrumento a tales efectos (asiento documental). Este mecanismo sintetiza lo esencial de aquello que se le presenta a los sentidos, pero lo hace desde afuera, rotula esas características que percibe según las variables que le sirven de guía, plasmando algunos datos y descartando otros (Siverino, 2015, p. 76).

A. La identificación como nexos social de la identidad

La identificación cumple una función más profunda: La de ser el nexo social de la identidad. Un elemento esencial a los fines de la identificación es el nombre.

Rabinovich-Berkman (2000), refiere que el nombre es la expresión fonética de la identidad del existente; en otras palabras, el derecho sobre el nombre es un derecho existencial, el mismo que protege los demás datos personales y con iguales características (p. 435).

En ese contexto, sería posible entender que el nombre, utilizado de manera negativa, puede transformarse en un vehículo para herir el Derecho a la Identidad, obstaculizando el ejercicio de Derechos Fundamentales. Así también en los casos de sustracción de menores y alteración de su identidad donde la imposición de una nueva filiación plasmada mediante un nuevo nombre y apellido tuvo por fin despojar a los niños de sus familias, su pertenencia y su historia.

En virtud a lo señalado en los párrafos precedentes, se advierte pues que, la identidad no puede otorgarse o denegarse así por así no más, debe ser reconocida, ya que la construcción de la propia identidad es el trabajo que consume la vida de un individuo, la razón misma de su existencia; este derecho de autoconstrucción es un

derecho primordial del ser humano, se desprende de su libertad y dignidad y nuestro ordenamiento jurídico le otorga rango constitucional (Rabinovich-Berkman, 2000, p. 436).

2.2.4. La figura jurídica de la filiación

Plácido (2002) señala que se puede definir a la filiación como la relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera, en la que se descubre un doble elemento, la maternidad y la paternidad (p. 82)

Así, el Código Civil, en su Libro III (Derecho de Familia), Sección Tercera (Sociedad Paterno-Filial), distingue entre filiación matrimonial y extramatrimonial. La primera está regulada en el artículo 361, en los siguientes términos: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”. Y la segunda se encuentra plasmada en el artículo 386, en donde se señala que: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

Cabe precisar que, nuestro Código Civil ha recogido el principio de igualdad de filiaciones, lo que significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres; tanto que, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos tienen un trato igualitario ante la ley (Plácido, 2002, p. 82). Dicho principio está plasmado en el numeral 5 del artículo 17 de la Convención de Derechos Humanos la cual establece que: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

En este sentido Varsi (2006), señala que:

La tendencia moderna es no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. A lo sumo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación

legal (establecida por un acto jurídico familiar) en la filiación debe primar el principio de unidad, no solo entendiendo que todos los hijos son iguales, sino consagrando una verdadera equidad en la determinación de sus orígenes. (p. 46)

Como bien sabemos, la filiación, como institución jurídica, genera efectos jurídicos como la patria potestad y todos sus atributos, asimismo la obligación de prestar alimentos y el derecho a recibirlos, el deber asistencial y de cuidado entre los sujetos cuya filiación se genera (funciones de protección), derechos sucesorios, el derecho a la identidad concretado en el derecho a llevar los apellidos que correspondan, derecho a una nacionalidad, como también se generan impedimentos por razones de lazos de consanguinidad, entre otros (Moslo, 2014, p. 15).

A. Filiación extramatrimonial

La concepción y el nacimiento fuera del matrimonio originan la naturaleza extramatrimonial de la filiación, situación regulada en el artículo 386 del Código Civil que señala: “Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”. Asimismo, el artículo 409 del citado código, regula la maternidad extramatrimonial señalando que: “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”.

Ahora bien, hay que mencionar que la acción judicial de filiación que le corresponde al hijo extramatrimonial no caduca porque es inextinguible, esto conforme a lo dispuesto por el artículo 410 del citado Código en la cual se señala que: “No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial”; siendo aplicable también para la maternidad extramatrimonial.

Precisado lo anterior, urge señalar que, por filiación extramatrimonial, para efectos del presente trabajo de investigación, se debe entender a la paternidad extramatrimonial;

en la que no existe un nexo de determinación claro y determinado; es decir, no existe ningún elemento objetivo que permita presumir la calidad de hijo.

B. El reconocimiento de la filiación extramatrimonial

La filiación extramatrimonial sólo se podrá determinar vía reconocimiento, o vía pronunciamiento judicial en donde se determine el vínculo filial, tal cual lo dispone el artículo 387 del Código Civil.

En consecuencia, el reconocimiento se constituye como un modo de determinación de la filiación extramatrimonial, de tal forma que resulta siendo un acto jurídico familiar por el cual se declara que una persona es hijo de quien emite la declaración (Moslo, 2014, p. 20).

En este sentido, Plácido (2002), desarrolla las características del reconocimiento, teniendo entre otras que es unilateral, ya que sólo es necesaria la voluntad de quien efectúa el reconocimiento, siendo una voluntad unilateral, expresa y directa, siendo preciso recordar lo señalado en el considerando quinto de la Casación N.º 2747-98-JUNÍN, en donde se señala que, el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico unilateral y como tal requiere de una manifestación de voluntad, y en el presente caso el accionante no ha expresado su voluntad en la partida de nacimiento cuestionada, consiguientemente, no ha existido acto jurídico en tal sentido (p. 145).

a. Características

- a) Declarativo, ya que el reconocimiento tendrá efecto retroactivo al momento de la concepción, surtiendo sus efectos desde dicho momento y no desde que se efectuó el reconocimiento.
- b) Puro y simple, es decir, no puede estar sujeta a modalidad alguna.

- c) Individual, ya que la paternidad sólo puede ser reconocida por el padre y la maternidad por la madre.
- d) Irrevocable, es decir, cualquiera que sea la forma autorizada por ley en que se hizo, aunque el reconocimiento se haya hecho en un acto por naturaleza revocable, el reconocimiento no puede ser revocado.

Adicionalmente, en este punto resulta preciso recordar lo dispuesto por el artículo 393 del Código Civil, el mismo que señala que: “Toda persona que no se halle comprendida en las incapacidades señaladas en el artículo 389 y que tenga por lo menos catorce años cumplidos puede reconocer al hijo extramatrimonial”.

Por otro lado, cabe señalar que es posible de ser reconocido el hijo nacido, menor o mayor de edad, el hijo concebido y el hijo muerto, cada uno con sus propios matices legales; precisando que según el artículo 396 del Código Civil para que el hijo de mujer casada pueda ser reconocido debe existir previa declaración expresa de la madre y/o negación de paternidad del marido mediante sentencia favorable.

Por último, respecto de la forma del reconocimiento, el artículo 390 del Código Civil expresa: “El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.”

C. Acciones de filiación

Las acciones de filiación están referidas al estado de familia y buscar el establecimiento del verdadero *status filii* o calidad de hijo a través de un emplazamiento (iniciado por quien lo carece) o un desplazamiento (cuando la filiación establecida no coincide con lo real). Son aquellas que procuran obtener un pronunciamiento judicial para constituir, modificar o extinguir un emplazamiento familiar. Es llevar a los estrados judiciales su determinación, es

decir, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta (Varsi, 2013, p. 270).

Nuestro Código Civil, sistematiza las acciones de filiación extramatrimonial en el Título II, sección tercera del Libro III. Así el artículo 399 del Código Civil regula la acción de impugnación del reconocimiento, precisando lo siguiente:

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395 (Decreto Legislativo N.º 295, 1984, artículo 399).

Asimismo, en este título se encuentra contenida la acción de declaración judicial de paternidad extramatrimonial o de reclamación de la paternidad extramatrimonial, regulada en el artículo 402 del Código Civil, en donde se establece los supuestos para que la paternidad extramatrimonial pueda ser judicialmente declarada.

Plácido (2002) señala que no es proponible la reclamación de una filiación, sin ejercer, previa o simultáneamente, la acción de impugnación de esta última. Se trata del mismo principio por el cual se requiere evitar la acumulación de estados de familia incompatibles entre sí (p. 120).

D. Proceso de filiación extramatrimonial

El proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial está regulado en la Ley N.º 28457, el cual se constituye como un proceso moderno y ágil para dar solución al problema inminente de la paternidad extramatrimonial a través de la realización de una prueba de ADN. Como señala Varsi (2006) es un proceso basado en la efectividad del ADN, que fortalece el acceso a la justicia con un sistema abierto, ya que es flexible, donde se facilita la

indagación y se reconoce la libertad en la averiguación del nexo parental (pp. 61-65).

Esta ley fue modificada últimamente por la Ley N.º 30628 en el año 2017, donde se establece que a la pretensión de declaración de paternidad puede acumularse accesoriamente la pretensión de una pensión de alimentos. Asimismo, señala que el demandado tiene 10 días para plantear su oposición tanto a la declaración de filiación como para absolver el traslado de la pensión de alimentos.

2.2.5. Principio de interés superior

La Convención de los Derechos del Niño, declara este principio en su artículo 3 señalando que, en todas las medidas concernientes a los niños y adolescentes que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá de manera primordial el interés superior del niño. Del mismo modo, los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas necesarias a través de una supervisión adecuada.

Para Daniel O'Donnell como se citó en Espinoza (2017), el principio de interés superior del niño significa esencialmente que cuando se presenta algún tipo de conflicto de interés entre un niño y otra persona adulta, prevalecen los intereses del niño sobre los de otras personas o instituciones para favorecer la protección de sus derechos (p.176).

En palabras de Bruñol (s.f.), el interés superior del niño:

Es una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derechos) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al

juez o la autoridad de que se trate, que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no solo en la forma sino contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente (Párrafo 61).

Es menester, mencionar también lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño, a través de su Observación General 14, en cuyo párrafo 32 agrega que, aunque el concepto de interés superior del niño es complejo, también es flexible y adaptable y su contenido debe determinarse caso por caso. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño afectado, teniendo en cuenta el contexto de la situación y necesidades personales.

2.2.6. Principio de autonomía progresiva

A la luz de la doctrina de protección integral considerar a los menores de edad como personas carentes de toda racionalidad, que es el equivalente de calificarlos incapaces plenos y absolutos legalmente, es incoherente e incompatible con los descubrimientos efectuados y alcanzados por las ciencias auxiliares del Derecho como son la psiquiatría, la psicología y la pedagogía, cuyos principales planteamientos consisten en afirmar que a medida que el ser humano crece y se desarrolla como persona, adquiere progresivamente capacidad para tomar sus propias decisiones y ejecutar acciones en base a ellas (Pérez, 2016, p.12).

En ese sentido, Cillero Bruñol como se citó en Espinoza (2017), señala:

Otra característica fundamental del enfoque de los derechos humanos aplicado a la infancia es constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica (p.177).

El nuevo régimen de capacidad prescinde del tradicional binomio capacidad-incapacidad y se asienta en el principio constitucional-convencional de la autonomía progresiva de la niña, niño y adolescente para el ejercicio pleno de sus derechos, contenidos en los artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño (Espinoza, 2017, p. 177).

Es crucial entender entonces que, en la medida en que se desarrolla sus capacidades y de acuerdo a su edad, el niño toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado, es decir, adquiere una autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos (Pereyra, 2012, p. 22).

El comité de los Derechos del Niño, en la Observación General 12, menciona que los Estados Parte deben partir de la premisa de que un niño tiene capacidad de formarse una opinión autónoma, en la mayor medida posible, y que este tiene el derecho de expresar sus opiniones. Por esto, el Comité exhorta a los Estados Parte a no imponer ningún límite de edad al niño para expresar su opinión libremente, pues ello se da en consideración también de su propia madurez (párrafos 20-21).

Por su parte, el Código de Niños y Adolescentes en su artículo IV del Título Preliminar, referido a la capacidad, señala que, además de los derechos inherentes a la persona humana, la niña, niño y adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes. Asimismo, establece las circunstancias en que el ejercicio de estos actos requiere de un régimen de asistencia y determina responsabilidades.

En definitiva, la autonomía progresiva puede ser concebida como un principio que habilita las decisiones de los niños y adolescentes, para ejercer sus derechos de manera libre y autónoma, teniendo en cuenta que ese ejercicio se realiza de manera paulatina en función de su

edad y madurez. Enfatizando que, se deberá atender el medio social, familiar, educacional en el cual se desarrollen y sus aptitudes particulares.

2.3. DIFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.3.1. Consentimiento

La palabra consentimiento desde el aspecto morfológico y etimológico de la palabra funciona como un nexo entre el ámbito eminentemente psicológico de la persona, con la manifestación que intenta encontrar la relevancia y consecuencias en el contexto de las relaciones jurídicas y legales, en otras palabras, busca una consistencia objetiva precisa y determinable, la manifestación comprensible de su decisión interna. Entonces desde su estructura gramatical, se puede dividir en dos unidades que denotan en sí mismas un elevado grado de complejidad, es decir consentir. Este prefijo es una preposición, que refleja la interacción de algunos elementos, divididos, reconocibles, descriptibles, que, en un determinado momento se juntarán y denotarán un significado entrelazado e inseparable, expresando una voluntad (Garcés Vázquez, 2014, p. 30).

2.3.2. Extramatrimonial

Se entiende como aquel acontecimiento que se presenta o tiene lugar en un contexto diferente al seno matrimonial, es decir son hechos que suceden fuera del matrimonio. Estos hechos o actos suscitados fuera de la relación marital pueden ser realizados por cualesquiera de los integrantes, sea por la esposa o esposo, dichos actos serán de interés cuando adquiera una relevancia jurídica, y pueda comprometer el desarrollo normal del matrimonio, lo cual muchas veces es interrumpido por situaciones de filiación extramatrimonial.

2.3.3. Menor

La palabra menor tiene una inmensidad de definiciones, pero para efectos jurídicos la mayoría de doctrinarios y estudiosos lo relacionan

a las etapas del desarrollo infantil y adolescente, interpretando el término menor como un sello, que sirve para diferenciar la condición de niños y adolescentes, del grupo adulto, por ello jurídicamente se ha establecido que serán considerados como menores de edad aquellos que aún no cumplan dieciocho años, siendo esta la barrera que hace la diferencia entre menor y adulto (Castillejos, 2011, p. 69).

2.3.4. Proceso judicial

Por el término “proceso judicial” se entiende como aquel conjunto dialéctico de actos, que son ejecutados y que se encuentran sujetos a reglas específicas, de naturaleza rígida, además son aquellos actos que tienen lugar en el momento que una persona ejerce la función jurisdiccional de Estado, estas personas se relacionan unos a otros a través de intereses idénticos, diferentes o contradictorios, y que se encuentran vinculados intrínsecamente por fines de naturaleza privada y pública (Monroy Gálvez, 1996, p. 250).

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS

3.1. EL DERECHO DEL HIJO A PRESERVAR LA IDENTIDAD EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Debemos tener presente que el ser humano, según la ciencia, se desarrolla en un proceso continuo, ininterrumpido, abierto en el tiempo. Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. Estamos frente al momento de la concepción, que es el del surgimiento de un nuevo ser.

La identidad biológica del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. El embrión así formado ya no es ni un óvulo ni un espermatozoide. Se trata de un nuevo ser genéticamente diferente a sus progenitores (Cárdenas, 2013, p. 20).

De los aportes de la ciencia, sucintamente expuestos, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte (Cárdenas, 2013, p. 20).

Al respecto, el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a preservar la identidad en sus relaciones familiares, ello implica tanto la no injerencia en la identidad como la conservación de los documentos relativos a la genealogía y al registro del nacimiento y de aquellos detalles sobre los primeros años del niño que no se puede esperar que recuerde. De ese modo, se destaca el derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, a saber quiénes fueron sus padres y, por tanto a ser criado por ellos y que se establezcan todos los lazos parentales.

En esa misma línea, Plácido (2008) señala que para garantizar ello, debe promoverse la determinación de la filiación a partir del principio de igualdad

en la responsabilidad paterna, nazcan los hijos dentro o fuera del matrimonio; considerando que, desde el momento en que el hijo es engendrado, nace una filiación biológica y el correspondiente derecho a que en el momento oportuno sea revelada tal filiación biológica, para poder ostentar una filiación jurídica.

Con el establecimiento de la filiación surgen las relaciones de cuidado y crianza que corresponde a los padres y, además, las relaciones familiares con los parientes de cada uno de ellos. Siendo así, el derecho a preservar la identidad en las relaciones familiares alude directamente al concepto de posesión constante de estado de hijo. En general, la posesión de estado es el goce de hecho de determinado estado de familia. En ese sentido, la posesión de estado de filiación se presenta cuando alguien se dice hijo de quienes lo tratan públicamente como tal y afirman, a su vez, ser los padres.

Con todo y lo anterior, debe tenerse en cuenta la doble faceta de la identidad filiatoria, planteada por la Convención. Así, la identidad filiatoria estática está constituida por el dato biológico: La procreación del hijo (artículo 7); mientras que, la identidad filiatoria dinámica presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos en el contexto de las relaciones familiares (artículo 8).

Resulta claro, por tanto, que la identidad filiatoria estática, conocimiento de quiénes son los padres, por lo general coincide con la identidad filiatoria dinámica, la posesión constante de estado de hijo con los padres ya conocidos; vale decir, que las calidades de progenitores y padres recaen en las mismas personas que procrearon al hijo. Ello es así, desde que en la filiación por naturaleza se jerarquiza el vínculo biológico (Gil, Fama y Herrera, 2006, p. 175). Sin embargo, hay supuestos reconocidos en los que ello no ocurre. Tal es el caso de la filiación adoptiva o como la derivada de la reproducción humana asistida con elemento heterólogo. En estos supuestos, el emplazamiento filial no concuerda con la verdad biológica; por el contrario, en el primero se privilegia el vínculo social, mientras que en el segundo la voluntad procreacional. En estos supuestos, progenitor y padre no coinciden (Plácido, 2008).

3.2. PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL HIJO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

De manera general, en la investigación de la filiación por naturaleza están llamados a coexistir dos intereses forzosamente contrapuestos. Normalmente el interés del hijo dirigido a conocer su verdadera filiación, su origen biológico, en definitiva. Y el interés del presunto progenitor, casi siempre opuesto a ello, pues de haber sido favorable habría accedido al reconocimiento. Unas veces por su sólo interés personal, otras veces en aras de proteger su paz familiar (Plácido, 2008).

La investigación de la filiación tiene como fin el establecimiento de una adecuación entre la verdad biológica y la relación jurídica de filiación y con ello, la superación del formalismo que históricamente ha rodeado esta cuestión, dadas las enormes discriminaciones legales y sociales existentes contra los hijos habidos fuera del matrimonio. Una vez que el sistema responde a la unidad de todas las filiaciones, por efecto del principio de igualdad, y que se decanta a favor de técnicas más avanzadas en la investigación de filiación, el interés del hijo se localiza en el establecimiento de la verdad biológica, aun cuando el éxito de una acción en este sentido pueda modificar con profundidad una realidad sociológica anterior. Del establecimiento de la verdad biológica se deriva la relación de filiación y el contenido inherente a la misma (Plácido, 2008).

De este modo, la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres. Se advierte que en materia de filiación hay un conflicto de derechos con pretensiones distintas. Se trata, por tanto, de dilucidar y perfilar los límites de éstos. Para ello, se debe recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad a fin realizar una adecuada ponderación de bienes. La llamada ponderación de bienes es el método para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien (Plácido, 2008).

Es importante ahora centrarse, en analizar la posible determinación de la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada. Ello acontece cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y, consecuentemente, el hijo mantiene una posesión constante de estado que puede o no coincidir con tal verdad biológica. Resulta evidente que la controversia sobre la paternidad matrimonial o extramatrimonial de un hijo de mujer casada exige buscar una solución que pondere razonable y adecuadamente la presunción de paternidad matrimonial y la evidencia biológica de la paternidad extramatrimonial, en la que se refleje como consideración primordial el interés superior del hijo. Ante ello debemos recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad (Plácido, 2008).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 0045-2004-AI/TC, ha expuesto que, por virtud del principio de razonabilidad, se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que ésta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

En el marco actual del sistema constitucional de filiación, el fin constitucionalmente relevante que se persigue es la coincidencia entre el vínculo biológico y el emplazamiento jurídico que se sustenta en ello. Por ello y en atención a la protección y promoción de la identidad filiatoria, se justifica restringir la presunción de paternidad matrimonial para ponderar preferentemente el conocimiento del origen biológico del hijo y, de esta manera, determinar la filiación extramatrimonial del hijo de mujer casada (Plácido, 2008).

Para que la limitación propuesta a la presunción de paternidad matrimonial sea proporcional a la mayor ponderación del conocimiento del origen biológico, aquella no debe modificar una realidad sociológica anterior. Ello es así, por cuanto el concepto de identidad filiatoria no se resume en la pura

referencia a su presupuesto biológico, pues éste no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria (Gil, Fama y Herrera, 2006, p.135). Por tanto, cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido debe apreciarse si el hijo mantiene una posesión constante de estado con aquél. Sólo si ello es así, debe hacerse lugar a la investigación del nexo biológico (Plácido, 2008).

En ese sentido y por la finalidad protectora del interés superior del niño, se postula la preferencia de la proyección dinámica de la identidad filiatoria del menor cuando el progenitor biológico del hijo de mujer casada no es el marido y el hijo mantiene una posesión constante de estado que puede o no coincidir con tal verdad biológica, en atención a la priorización de sus derechos.

Por tanto, es el interés superior del niño el criterio que va a determinar, si ello optimiza los derechos fundamentales de la infancia, cuando el presupuesto biológico no debe prevalecer en contra de una identidad filiatoria que no se corresponde o puede no corresponderse con aquél. El expreso reconocimiento de este derecho determina que se esté frente a un principio rector de todo un sistema jurídico de filiación dotado de plena eficacia.

Con él, hay que olvidar la diversificación de filiaciones en función del matrimonio o no de los padres, los diferentes derechos atribuidos a los nacidos en razón del tipo de filiación asignada, la imposibilidad en muchos casos de entablar un pleito con objeto de llegar a tener conocimiento de los verdaderos progenitores (Birdart, 1998, p. 244). Hay que abrirse a un nuevo orden donde no sólo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la conceptualización de la filiación no surgida de matrimonio, y donde, por encima de toda la disciplina jurídica de la filiación: Cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial (Birdart, 1998, p. 240).

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

3.3. FUNDAMENTOS PARA LA INCLUSIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL HIJO EN LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Producto del nuevo modelo sobre la protección integral del niño y adolescente planteado por la Convención de Derechos del Niño, se crearon nuevos estándares en relación con la condición jurídica de la infancia que reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derechos y libertades, por ende, el reconocimiento para hacer ejercicio de sus derechos, pero siempre y cuando vayan supervisados por el entorno familiar y el Estado.

Ha de recordarse que las facultades de decisión que se les otorga para el ejercicio de sus derechos dependerán del avance de sus habilidades a lo largo de su desarrollo en las diferentes etapas de la niñez y adolescencia. Sobre la base de ese modelo de protección integral y a efectos de incorporar el consentimiento del hijo respecto de la declaración de paternidad extramatrimonial dentro de un proceso de filiación, consideramos los siguientes fundamentos jurídicos:

3.3.1. Reconocimiento de su libertad continua

Como todo derecho fundamental, la libertad se funda en la dignidad de la existencia humana. Por lo que el ser humano al ser libre está

destinado a construir su vida, es decir, su único proyecto personal, definiendo de esa manera su identidad.

Pues como se expuso, la libertad está ligada a la identidad, la propia existencia de la persona implica libertad; y, sobre la base de esa libertad la persona va autoconstruyendo su identidad. Tal y como señala Fernández (2010), el hombre está destinado a ser libre y valorativo y el producto que se sigue de su libertad es su identidad en cuanto expresión de su devenir. Ello es así porque la persona es existencia desplegada en el tiempo que desarrolla su vida en la sociedad para realizar su proyecto personal, nadie más que él puede darse a sí mismo una identidad, prescindiendo por ende posibilidad alguna de que pueda forzarse o imponerse una identidad, ya que al hacerlo claramente configura la vulneración a uno de sus derechos fundamentales.

Disgregando, podemos señalar que la nueva identidad que resulta de la declaración de paternidad extramatrimonial, no puede imponerse así por así al hijo, amparándose solo en una prueba de ADN, sino que debería valorarse otras circunstancias determinantes como la posesión constante de estado y/o las condiciones socioafectivas del hijo. Por tanto, el hijo sobre la base de su libertad puede expresar su consentimiento (conformidad o disconformidad) respecto de la filiación extramatrimonial a fin de garantizar su derecho a la identidad personal.

3.3.2. Consideración del principio de interés superior

El interés superior del menor está dirigido a garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención. Significa que, ante una conflictividad de intereses entre un menor de edad y otra persona adulta, prevalecen los intereses del menor. Siendo así, en un proceso de filiación extramatrimonial, cuando se adopte la decisión de declarar la paternidad, el Juez debe tener en cuenta el consentimiento del hijo para determinar su interés superior,

puesto que el cambio de identidad le afecta directamente. Por tanto, la decisión adoptada por el Juez debe estar vinculada o estar acorde con el consentimiento del hijo luego de haberlo escuchado, para lograr su correcto desarrollo personal, tanto físico como psicológico.

3.3.3. Consideración del principio de autonomía progresiva

La Convención sobre Derechos del Niño hace énfasis en el principio de autonomía progresiva, mediante el cual, corresponde a los menores de edad la titularidad de todos sus derechos consagrados en la misma, así como aquellos que les atañen por su condición específica de personas en desarrollo. Lo que implica también la aceptación de la capacidad jurídica progresiva de los menores y acorde a su desarrollo poder ejercer de manera personal y directa todos sus derechos y garantías, al igual que el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades ya que, a lo largo de su camino a la adultez van adquiriendo paulatinamente aptitudes y cualidades madurativas que les permiten ir logrando mayor independencia de sus progenitores o representantes.

Conforme a lo señalado, sostenemos que, en aplicación estricta del principio de autonomía progresiva es válido pedir el consentimiento del hijo en la filiación extramatrimonial, atendiendo a su capacidad progresiva, de tal modo que siendo titular de sus derechos sea él quien decida la conformidad de la nueva filiación producto de la declaración de paternidad extramatrimonial, en función de su edad y madurez. En ese sentido, para pedir el consentimiento del hijo en dicho proceso, se requiere de una preparación previa de éste al momento de brindar su consentimiento, estableciendo una conversación idónea con el menor a fin de explicarle la naturaleza y el propósito de la diligencia en la que está inmerso.

Para ello, el Estado debe brindar la información necesaria al menor para lograr el proceso de aprendizaje, de comprensión y ejercicio de sus derechos y de ese modo evaluar la capacidad progresiva del hijo

para dar consentimiento de la filiación extramatrimonial. Cabe resaltar que en ese proceso de aprendizaje influye el contexto donde se desarrolla el menor, como la familia, la educación, entre otros factores, los cuales constituyen un parámetro para interpretar y dar importancia al consentimiento del hijo en dichos procesos.

3.3.4. Derecho a ser oído

El derecho a ser oído es otro de los derechos fundamentales que consagra la Convención sobre Derechos del Niño en cuyo artículo 12 expresa que los Estados Parte garantizarán al niño y adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Resaltando que, para tal fin, se dará en particular al menor oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas o procedimientos de la ley nacional.

Por lo que, escuchar al niño y adolescente es preservar su derecho de expresar libremente su opinión en toda cuestión que lo afecte y que la misma sea tomada en cuenta según su edad y madurez, lo cual será valorado por el Juez, debiendo remitirse al caso en concreto y, de ser necesario apoyándose de exámenes psicológicos y el contacto directo con el menor, podría determinar si dicho menor tiene la madurez suficiente para expresar su opinión.

En tal sentido, el derecho a ser oído es una facultad que adquiere el niño o el adolescente, siendo ésta una prerrogativa de opinión, de libre elección para hacer ejercicio de este derecho. Por ende, el menor tiene derecho a tener conocimiento y ser partícipe en aquellos asuntos en donde se pueda ver mermado, los casos más comunes en donde los niños deben participar y se ven involucrados son dentro de un proceso judicial de divorcio, adopción, tenencia, filiación

extramatrimonial entre otros, también aquellas situaciones que le competen dentro de sus actividades académicas, en sus estudios de inicial, primaria y secundaria.

Dicho esto, señalamos que, en los procesos de filiación extramatrimonial el derecho a ser oído implica evaluar el consentimiento del hijo respecto de dicha filiación. Para ello es necesario implementar un ambiente idóneo y amigable para escuchar al menor de edad; siendo en el caso peruano el uso de la Cámara Gesell para tal fin. Luego de que el Juez haya escuchado el consentimiento del hijo, deberá valorar las posibles repercusiones ya sean positivas o negativas de la decisión que adopte el hijo respecto de tal filiación y en caso de ser necesario apoyándose de una pericia psicológica podrá determinar si éste tiene la madurez suficiente para expresar su consentimiento.

Por último, referimos que el derecho a ser oído de los niños y adolescentes se caracteriza por ser un derecho transversal, debido a que se entrelaza tanto con el principio de interés superior, así como con el principio de autonomía progresiva y que de manera conjunta se orientan a salvaguardar los derechos establecidos en la Convención, buscando su desarrollo integral como sujeto de derechos.

Por ende, el Estado es el que se encargará de velar y realizar las respectivas evaluaciones de capacidades del menor en relación a su libertad de opinión, respetando su autonomía progresiva a través de la realización de exámenes psicológicos acorde a cada situación en particular, considerando como variables la edad y la madurez del menor, entendiéndose por madurez como aquella facultad para distinguir y analizar los resultados de una conducta en específico. Asimismo, deberá tener en consideración el contexto donde se encuentra inmerso el menor, atendiendo al nivel de repercusión en su vida cotidiana, se deberá realizar un examen adecuado sobre evolución de madurez que ha logrado alcanzar, para una interpretación idónea.

Conviene precisar también que, no se establece una edad biológica fija para que los menores hagan ejercicio de sus derechos, ni reglas para determinar los niveles de comprensión. Indiscutiblemente, resulta una cuestión compleja fijar una edad para ejercer sus derechos, sin embargo, se debe buscar un equilibrio entre la percepción del menor como sujeto de derechos, cuya capacidad progresiva debe respetarse, y la obligación del Estado de proporcionarle una protección especial. Ya que cada menor sigue su propio ritmo de aprendizaje y desarrollo, por lo que es necesario evaluar otros factores como el lugar en el que vive, la familia, la educación. Es decir, no debería otorgarse todo el grado de “responsabilidad” al menor ni tampoco al juez, sino que se tendría que requerir la participación conjunta de profesionales de las ciencias auxiliares del Derecho como la psiquiatría, la psicología, entre otros, quienes van a contribuir con sus respectivos informes al momento de evaluar las opiniones de los menores, lo que ayudará a los jueces a emitir decisiones idóneas a favor de la protección de sus derechos.

Luego de haber realizado este análisis, consideramos que se debe regular el consentimiento del hijo en la filiación extramatrimonial con un criterio real, debiendo validarse la realidad frente a la formalidad, teniendo en cuenta la esencia de su contenido. En consecuencia, los fundamentos jurídicos que desarrollamos para la inclusión del consentimiento del hijo en la filiación extramatrimonial son: el reconocimiento de su libertad continua, consideración del principio de interés superior, consideración del principio de autonomía progresiva y el derecho a ser oído; los cuales deberán ser tenidos en cuenta con el fin de salvaguardar su derecho a la identidad.

CONCLUSIONES

1. Señalamos que los aspectos jurídicos que protegen el derecho a la identidad de los niños y adolescentes, en la legislación nacional están regulados constitucionalmente, del mismo modo, recibe protección jurídica desde el derecho internacional mediante la Convención de Derechos del Niño, la cual reconoce el derecho irrestricto del menor a preservar su identidad, siendo así, se encuentra protegido ante la amenaza de verse vulnerado.
2. Sostenemos que, en la legislación nacional la Ley N.º 30628 establece los criterios normativos para incoar un proceso de filiación extramatrimonial donde regula que el demandado cuenta con un plazo para plantear su oposición respecto del reconocimiento de filiación. Sin embargo, no existe ningún estadio en el que el hijo pueda expresar su opinión respecto a la filiación extramatrimonial, a pesar de que, en dicho proceso, se tiene en palestra su derecho fundamental a la identidad.
3. Referimos que, la inclusión del consentimiento del hijo dentro del marco de un proceso de filiación extramatrimonial como garantía de su derecho a la identidad, tiene como fundamentos jurídicos: reconocimiento de su libertad continua, consideración del principio de interés superior, consideración del principio de autonomía progresiva y el derecho a ser oído, sirviendo como instrumentos para gozar la gama de derechos que le corresponden.
4. Precisamos que, resulta muy complejo establecer una edad etaria fija para obtener la opinión del hijo respecto al tema de filiación extramatrimonial, no obstante, se debe buscar un equilibrio entre la percepción del menor como sujeto de derechos, cuya capacidad progresiva debe respetarse y la obligación estatal de brindarle especial protección. Para ello, las opiniones del menor deberán complementarse con los informes emitidos por profesionales de las ciencias auxiliares del Derecho para una interpretación idónea del consentimiento del hijo respecto de dicha filiación.
5. Finalmente consideramos que, es necesario reformular el proceso de filiación extramatrimonial, para así darle el protagonismo necesario a una de las partes inmersas, que es el hijo, para que éste pueda expresar su consentimiento respecto a si decide conservar el *estatus quo* de su identidad o acepta la

variación de éste, en base a ello se realizará la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos a los Operadores del Derecho que, en la actividad procesal respecto al proceso de filiación extramatrimonial, se tiene que dar mayor énfasis y consideración a los principios de interés superior y autonomía progresiva de los niños y adolescentes, que tienen como fundamento principal asegurar el desarrollo integral del menor, garantizando así a los involucrados la plena libertad para hacer goce de su derecho a la identidad, acorde a su proyecto personal y planes de vida.
2. Recomendamos al Poder Legislativo, tener presente que los niños y adolescentes en el proceso de filiación extramatrimonial, deberían tomar un rol protagónico junto con la autoridad judicial competente, donde sus opiniones se tengan en consideración, asegurando así, el ejercicio de la gama de derechos que se les reconoce acorde a sus intereses personales; por lo que con el derecho a ser oído, se podrá dilucidar de mejor manera el consentimiento del hijo respecto de la declaración de paternidad extramatrimonial a fin de salvaguardar su derecho a la identidad.
3. Sobre la base de lo antes referido, recomendamos al Poder Legislativo, la incorporación del inciso 7 en el artículo 402 del Código Civil, el cual deberá estar redactado de la siguiente manera:

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

7. En todos los casos precedentes, cuando se trate de menores de edad y con el fin de garantizar su Derecho a la Identidad, el Juez deberá citarlos para que expresen si están de acuerdo con la filiación extramatrimonial o prefieren conservar su actual estatus quo. En base a ello se realizará la declaración judicial de paternidad extramatrimonial. Teniendo en cuenta que su opinión sería previa evaluación y orientación psicológica.

LISTA DE REFERENCIAS

- Bidart G. (1998). *Por un derecho al bienestar de la persona. IV Jornadas Latinoamericanas de Bioética*. Buenos Aires, Argentina: Suarez.
- Bruñol, M.C. (s.f.). *El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de: http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf
- Cárdenas, L. (2013). Paternidad del marido en discusión. *Dialogo con la Jurisprudencia*. 179, 10-35.
- Castillejos, D. (2011). *Análisis Constitucional sobre el uso de término menor y de los niños y adolescentes*. Instituto de investigaciones jurídicas: UNAM.
- Espinoza J. (2006). *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Editorial Rodhas.
- Espinoza, W. H. (2017). *La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*. *Vox Juris*, 177-189.
- Fernández C. (2010). Sexualidad y bioética. La problemática del transexualismo. *Revista Observatorio del Derecho Civil*. 5, 143-190.
- Fernández C. (1994). *El derecho como libertad*. 3^{ra} Ed. Lima, Perú: Grijley.
- Fernández F. (1994). *La dogmática de los Derechos Humanos*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Franciskovic B. (2011). El Derecho a La Intimidad - Protección De Los Derechos Fundamentales. *Revista Jurídica del Diario Oficial El Peruano*. Recuperado de: https://works.bepress.com/beatriz_franciskovicingunza/9/
- Garcés Vásquez P. (2014). *El consentimiento: su formación y sus vicios*. Colección: Jurídica IUE-Institución Universitaria de Envigado.
- Garriga M. (2000). *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*. Navarra, Francia: Aranzadi Editorial.
- Gil A., Fama M., y Herrera M. (2006). Identidad, Infancia y Familia. *Derecho Constitucional de Familia*. 2, 698-745.

- González A. (2009). *Ficción e Identidad: Ensayos de cultura postmoderna*. Madrid, España: Rialp.
- Guibourg, R. (2019). *Función y límites de la argumentación jurídica*. Revista de Derecho. Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga. 19, 17-30.
- Gurto C., Quequejana S., y Ariano E. (2015). Las bases del derecho a la identidad personal como derecho fundamental del ser humano. *Actualidad Civil*. 8, 64-70.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil (Vol. 1)*. Colombia: Temis.
- Moslo M. (2014). *Derecho a la identidad: ¿Una excepción al principio de la cosa juzgada?: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00550- 2008-PA/TC*. (Tesis de pregrado). Universidad de Piura. Piura, Perú.
- Pérez Luño, A. (1984). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Palestra.
- Pérez Natalia, N. (2016). *El Derecho del Niño a ser oído*. (Tesis de posgrado). Universidad Siglo 21. Argentina.
- Pereyra, S.L. (2012). *Autonomía progresiva de la voluntad. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia*. Unicef, 17-37.
- Plácido A. (2002). *Filiación y Patria Potestad: En la doctrina y en la jurisprudencia*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Plácido A. (2005). *A propósito de la Ley N.º 28457 que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*. Actualidad Jurídica. 134. 35-56
- Plácido A. (2008). *La evidencia biológica y la presunción de la paternidad matrimonial. El reconocimiento extramatrimonial del hijo de mujer casada*. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/21>
- Rabinovich-Berkman R. (2000). *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Rivero F. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Madrid: Ministerio de Justicia.

- Rivero F. (1998). *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial. En La filiación a finales del siglo XX.* Madrid, España: Porrúa.
- Siverino P. (2010) *Los Derechos Fundamentales: Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Siverino P. (2015). *El derecho a la identidad personal, manifestaciones y perspectivas.* 57-81.
- Varsi E. (2006). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial: en razón de la ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad procreación asistida y socio afectividad.* Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia.* Derecho de filiación. Tomo IV. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Vásquez, E. (2018). *Consentimiento del menor para garantizar su derecho a la identidad personal en los procesos de filiación extramatrimonial, Arequipa 2017.* (Tesis de maestría). Universidad Católica de Santa María. Arequipa, Perú.