

Análisis constitucional del derecho a la identidad del menor

AUTOR: GUILLERMO MARDON ZÁRATE¹

1. Introducción

Hablar de identidad supone el reconocimiento de uno de los derechos más importantes que consagra nuestra Norma Fundamental, y es que a través del mismo el ser humano se ve complementado en su condición de persona con la afirmación de los atributos inherentes a los mismos.

Mediante el presente ensayo buscamos una aproximación a dicho concepto, pero desde la perspectiva de su protección en los niños y adolescentes, el cual supone un interés primordial para explicar las razones por las cuales esta figura se ha ido interpretando de manera distinta a lo largo del tiempo, ya que nuestras dos últimas constituciones le han dado un sentido completamente distinto.

Así, partiremos por abordar el sentido que se le da en el ordenamiento interno, para luego detallar cuáles son las regulaciones internacionales a las que el Perú se encuentra sujeto con el fin de salvaguardar el mismo.

No menos trascendentes son los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales que interpretan el correcto sentido de las normas con los postulados constitucionales, veremos que muchas veces se ha aplicado control difuso en distintos dispositivos de nuestro Código Civil para priorizar el derecho a la identidad del menor frente a una interpretación restrictiva que en nada tomaba en cuenta el principio "pro homine" por la cual deben interpretarse los preceptos jurídicos en favor de la dignidad del hombre; concepto que liga a la importancia y trascendencia de todos los derechos fundamentales establecidos en el artículo segundo de nuestra Constitución. Por ello, citaremos los casos más resaltantes en materia de identidad del menor.

Finalmente, plasmaremos una serie de conclusiones, que servirán como guía de recomendación en un futuro planteamiento en la legislación civil a fin de generar mayor predictibilidad y seguridad jurídica en los operadores del derecho que busquen tutelar la identidad del menor desde el Principio del interés superior del niño.

2. Derecho a la identidad del menor

No podemos empezar a hablar del derecho a la identidad si es que no resaltamos la importancia de la Constitución como cláusula de salvaguarda de los distintos derechos fundamentales que se les reconocen a las personas, y es que la Constitución como norma suprema del Estado tiene como fin principal reconocer y garantizar, sea a través de una lista cerrada o abierta², los derechos de la persona. No menos relevante es que la

¹ Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de San Martín de Porres (USMP), abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Autor del libro *¿Reforma o Revolución? Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*. Se ha desempeñado como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

²Con ello nos referimos a los derechos enumerados en el artículo 2° de la Constitución, también denominado *numerus clausus*, en tanto se refiere a una lista taxativa de Derechos Fundamentales que se reconoce en nuestro ordenamiento. Por otro lado, el artículo 3° de nuestra Norma Fundamental, también conocida como *numerus apertus*, indica que se pueden garantizar otros derechos que sean de naturaleza análoga a los derechos constitucionales o que se funden en; la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

importancia en dicha premisa recaiga en que esta, a su vez, funciona como un cimiento sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico y que, en modo significativo, deba inspirar su contenido y definir su validez estableciendo un ajuste en los dispositivos contenidos en ella; dicho de otro modo al garantizar los derechos fundamentales del hombre, debe existir una conexión lógica en los preceptos que emanan de la obra del constituyente con el bloque de constitucionalidad³. Este último concepto, tal como lo define Meza (2012) indica a que *"se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica que, si bien no está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales"*(p.147).

Así, los jueces deben orientar sus pronunciamientos bajo el Principio de Supremacía de la Constitución⁴ y es que ello supone que, en su vertiente objetiva, la Constitución se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico, y, en su vertiente subjetiva, que ningún acto de los poderes públicos puede desconocer o desvincularse respecto de los contenidos constitucionales.

De esta manera, si no se condicen los mandatos de optimización de derechos reconocidos en la Carta Fundamental con el contenido desarrollado en el derecho interno, se desnaturalizan las figuras jurídicas que deben ampararse en cualquier Estado que se jacte de ser uno democrático y de derecho, que en realidad es a lo que aspiramos. Es por ello, que debe hacerse extensivo un necesario y efectivo vínculo con los destinatarios de las mismas⁵, quienes válidamente acuden en defensa de los derechos que se les salvaguardan y que son exigibles por su naturaleza fundamental.

Hecho este análisis, corresponde definir el concepto de identidad como derecho fundamental. Este se encuentra recogido en el inciso 1 del artículo 2º de nuestra Constitución, y en palabras del Tribunal Constitucional, este se define como "el derecho de todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo". Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc."⁶ Tal derecho, dentro del ámbito de los menores, debe ir acompañado del Principio del Interés Superior del Niño, el cual se encuentra recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes,⁷ y desarrollado en distintas sentencias del máximo intérprete de la Constitución⁸. Es así, que la

³MEZA HURTADO, Artemio. (2012). "El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?". En Revista Oficial del Poder Judicial, núm. 8 y 9. Extraída el 15/02/2022 desde: <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/278/327>

⁴Concepto desarrollado en el Fundamento Jurídico N° 6 de la STC N°00005-2007-PI/TC.

⁵CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006) El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana, p 880. [consultado el 15/02/2022]. Obtenido en <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30335/27381>.

⁶Fundamento Jurídico 9 de la STC N° 2273-2005-PHC/TC.

⁷En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos. Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código.

⁸Concepto desarrollado en el Fundamento Jurídico 14 de la STC N° 04058-2012-PA/TC.

trascendencia de dicho principio recae en que las medidas adoptadas por el Estado no suponen una mera enunciación, sino que deben darse acciones concretas que deban adoptarse a favor de los mismos y nunca en su perjuicio; y de ser el caso que sus derechos o intereses se vean afectados por causas justificadas, el Estado se encuentra en la obligación de mitigar los perjuicios hasta donde sea posible de manera razonable⁹.

Dicho esto, debemos indicar que existe una problemática en torno a la desnaturalización del contenido legal de la identidad del menor al entrar en vigencia la Constitución de 1993. Para ello, es necesario exponer los cambios que surgieron en el contenido de nuestra anterior Carta de 1979 y por qué ahora se han reinterpretado los dispositivos legales en favor de una interpretación "pro homine"¹⁰ en favor del referido derecho fundamental. Y es que el Principio "pro homine" supone que, ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio.

Con la dación de la Constitución de 1979, el constituyente buscó zanjar de manera definitiva el trato discriminatorio¹¹ que anteriormente la Carta de 1933 y posteriormente el Código Civil de 1936¹² reconoció en el derecho filiatorio; y es que existía distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos; como prueba de ello, estos últimos solo tenían derecho a heredar la mitad en comparación con los primeros¹³. No solo, a la luz del presente, ello suponía un trato cruel e injusto, sino que generaba un estigma en quienes eran alumbrados fuera de un matrimonio y a los que, al tenor de dichas reglas, no poseían iguales derechos. La norma fundamental de 1979 reorientó el derecho de familia hacia el amparo de la paternidad responsable y centró su interés en lo que se denomina "favor legitimatis", concepto que suponía el reconocimiento a las relaciones familiares matrimoniales. Ello supuso la importancia hacia la intimidad familiar dentro del catálogo de derechos fundamentales reconocidos en dicha Constitución.¹⁴ Y es que como señala el autor Plácido Vilcachagua (...) *no se consideró la existencia de un interés público en la determinación de la paternidad y maternidad; entendiéndose, por el contrario, que en el establecimiento de la filiación solo concurren intereses privados.*¹⁵

⁹ Concepto desarrollado en el Fundamento Jurídico 15 de la STC N° 04059-2011-PA/TC.

¹⁰ Concepto desarrollado en el Fundamento Jurídico N° 5.11 de la STC N° 02061-2013-PA/TC.

¹¹ Entiéndase a trato discriminatorio como aquel que se funda en causas no objetivas ni razonables en desmedro de la dignidad humana, definido en el Fundamento Jurídico 28 de la STC 00035-2010-PI/TC.

¹² En tanto el artículo 348° del Código Civil de 1936 determinaba que eran hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio.

¹³ Conforme a lo dispuesto en el artículo 762° del Código Civil de 1936 .

¹⁴ Constitución de 1979.

Artículo 2:

"Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma.
5. Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

Artículo 5:

"El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación".

Artículo 6:

"El Estado ampara la paternidad responsable".

¹⁵ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Blog de Álex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones. Disponible en:

Y como habíamos señalado en los párrafos *supra*, el ordenamiento jurídico que descansa sobre la Norma Fundamental debe delimitar los postulados orientadores en las figuras que ampara. De esta manera, con la dación del Código Civil de 1984, no se hizo hincapié en reconocer el derecho a la identidad del menor ya que se plasmaron distintas normas contrarias a la defensa de dicho derecho fundamental. Basta citar los artículos 367° y 396° de nuestro actual Código Civil para identificar el rol orientador de la Carta de 1979 hacia la intimidad en la familia. Así, el primero de los artículos, 367°, dictamina que la acción para contestar la paternidad corresponde al marido, mientras que el segundo, 396°, determina que el hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después que el marido lo haya negado y obtenido sentencia favorable. En ese sentido, es claro que dicha regulación determinaba que quien tenía la legitimación activa¹⁶ para impugnar la paternidad era el marido, mas no en la madre, padre biológico o incluso el propio hijo.

El sentido de tales dispositivos recaía en la máxima de *pater is est quem nuptiae demonstrant*, padre es quien en nupcias lo demuestra, que descansa en los deberes de cohabitación y fidelidad. Sin embargo, solía ocurrir que muchas veces ante casos de infidelidad, se tenía que esperar el accionar del marido para que los hijos vean resuelta su identidad biológica, lo cual, en muchos casos, podía causar estado de zozobra e incertidumbre de conocer los verdaderos lazos biológicos sobre los progenitores.

Por otro lado, otra de las disposiciones normativas del Código Civil, que posteriormente fue derogada, en la cual se protegía la intimidad del progenitor no reconociente se plasmaba en el artículo 392° de dicho cuerpo normativo. Se disponía que si se inscribía a un menor no se podía revelar el nombre con quien se le tuvo. Posteriormente en el año 2006, con la dación de la Ley 28720¹⁷ se modificó el artículo 21 del Código Civil, el cual contemplaba que los hijos extramatrimoniales llevarían los apellidos del padre que lo reconoció, si fue reconocido por ambos llevará los apellidos de ambos, para finalmente decir que “se puede revelar el nombre de con quien se tuvo al hijo y ponerle el apellido del presunto progenitor” (aunque no generaba automáticamente filiación ya que a los 30 días el registrador debe poner en conocimiento del presunto progenitor). En muchos casos ocurría que antes de dicha modificación un menor llevaba los dos apellidos de la madre, lo que generaba, como señalamos en principio un trato discriminatorio y, por ende, estigmatización.

En contraposición, el Constituyente peruano en el año 1993 advirtió esta problemática y delimitó que debía salvaguardarse el derecho a la identidad de los menores por encima de la intimidad familiar, lo cual supuso un gran reto para los operadores del derecho, ya que debía reinterpretarse el Código Civil de 1984 a la luz de una nueva Constitución.

Así, la Constitución de 1993, al igual que su antecesora, reconoce la igualdad de los hijos y prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/29/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-2/>.

¹⁶Definido según el Considerando Octavo de la Casación 589-2010-Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República "como aquella identidad que existe entre la persona que la ley autoriza a solicitar la actividad jurisdiccional en resguardo de determinados derechos de tipo material, y la persona que interpone la demanda o a quien debe dirigirse la pretensión, en razón a que esta posesión resulta más coherente con la concepción de la acción o de la tutela jurisdiccional efectiva, según la cual para que se cumpla con la legitimidad para obrar, bastará la afirmación de la existencia de la posición autorizada por la ley (...)"

¹⁷Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 24 de abril de 2006.

de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad¹⁸. Ya no se tiene a un Estado que solo promueva la paternidad responsable, sino que también la ampara. Asimismo, ahora, se requiere de un nuevo régimen legal que se sustente en los principios de *favor veritatis*, por el que se busca favorecer el descubrimiento de la verdad biológica amparando el trato igualitario en las clases de filiaciones, y *favor filii*, por el que se hace 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.¹⁹

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no solo se encuentra delimitado por las normas internas que dotan de alcance el contenido que se protege a través de los derechos universales, sino que también las normas de rango internacional detentan una posición privilegiada en la salvaguarda de los mismos. No debe dejarse de lado lo expresado en el artículo 55° de nuestra Carta Política al referir que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”, lo cual debe ser leído conjuntamente con la Cuarta Disposición Final y Transitoria del referido ordenamiento, al establecer que las normas que versen sobre los derechos que se reconocen en el mismo, deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos que hayan sido ratificados por nuestra Nación.

Por ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰, como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, constituye, pues, una muy importante cláusula de salvaguarda de los derechos del hombre y es que el constituyente al determinar el alcance de la referida disposición final y transitoria sobre la interpretación de las distintas normas en el Perú, le ha dado un alcance preponderante en su obra²¹. Es por ello, que no debe dejarse de lado lo derivado sobre los derechos del niño, en tanto ha dispuesto en su artículo 25° que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”; lo que se condice, como señalamos anteriormente, con la igualdad que propuso la Constitución de 1979 y nuestra actual norma fundamental, eliminando la distinción sobre la naturaleza de la filiación y los derechos que de ella emanan.

También debe tomarse en atención lo expuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño,²² que considera al niño un individuo y miembro de una familia y una comunidad con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo. A su vez, señala en su artículo 7° que el niño tendrá derecho 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.

Sin embargo, se suscita un gran problema, como antes se dio con la reinterpretación del Código Civil y el nuevo ordenamiento constitucional, ya que nuestro Código Civil y en especial el Código de Niños y Adolescentes, otra de las normas que desarrollan el

¹⁸Artículo 6° de la Constitución Política del Perú, que dispone "(...) Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad."

¹⁹PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Blog de Álex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/29/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-2/>.

²⁰Que ingresa a nuestro ordenamiento como norma fundamental para la salvaguarda de los distintos derechos constitucionales y fundamentales.

²¹Entiéndase la Constitución.

²²Ratificada por el Estado peruano el 4 de noviembre de 1990.

contenido del derecho de los menores, dotan de alcance la protección a los mismos pero en función al interés de los padres o quienes ejercen su tutela, lo cual es grave y penoso ya que no se encuentra regulada la noción de identidad del menor a fin que conozca a sus padres. Peor aún, el texto del artículo 7° de la citada Convención, al señalar “en la medida de lo posible”, restringía aún más dicho derecho, ya que no se dotaban de mecanismos por los que se salvaguarde el derecho del menor a su identidad.

De manera un poco más específica, debe acotarse lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, el cual a través de la Observación general N° 14, del año 2013, referida al interés superior del niño, ha señalado que dicho concepto es de carácter dinámico en tanto se encuentra en constante evolución. Dicho carácter también se encuentra relacionado a las corrientes por las cuales se delimita conceptualmente el derecho de que los niños conozcan a sus padres; una corriente parte de los textos positivizados y que tal derecho puede ser protegido a través de un sistema restrictivo que se funde en base a presunciones a propósito del término “en la medida de lo posible” que acota el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y otra corriente mucho más “progresista” en donde exista una interpretación de manera amplia, en la cual se propugne bajo el concepto de dignidad y un sistema de libre investigación de la filiación, el contenido del esclarecimiento de la filiación²³.

En el caso peruano, estas corrientes han ido adaptándose en el tiempo ya que, en un inicio, con la Ley N° 27048²⁴ se modificó el artículo 402° del Código Civil²⁵, en el cual se incorporó una nueva causal referida a que se podrá acreditar la filiación entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza. Acotaba la norma que en caso existiera negativa para la extracción de la muestra, luego de haberse notificado a la parte bajo un segundo requerimiento, el juez evaluaría dicha negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando la paternidad. De esta manera, se tenía una concepción restrictiva y legalista en la investigación de la filiación ya que, cabe resaltar, la prueba de ADN no era determinante si es que no se valoraba conjuntamente con medios de prueba y la conducta del procesado. Sobre este punto cabría preguntarnos si es que los demás medios de prueba eran igualmente idóneos y certeros como lo era la prueba genética; la respuesta es el marco temporal en que se emitió dicha normativa, y es que hace casi 23 años no se tenía el grado de certeza que existe ahora con el avance científico, por lo que el valor del ADN debía ser respaldado con otros medios que salvaguarden al juez un grado de certeza en su decisión.

Posteriormente, en el año 2005, se modificó la mencionada sexta causal²⁶, suprimiéndose los métodos de valoración sobre la conducta procesal del demandado y los demás medios de prueba, quedando sólo la prueba de ADN. Además, se determinó que el demandado al ser requerido para su sometimiento al examen podía dentro de los 10 días siguientes de su notificación aceptar someterse al mismo u oponerse. En caso de oposición, la misma se sustentaba en la propia prueba, por lo que en caso de inconcurrencia se declaraba improcedente la misma y se declaraba judicialmente la paternidad. Era claro que la adopción de la medida era razonable, en tanto con el paso

²³PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Blog de Álex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/09/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3/>.

²⁴Publicada el 6 de enero de 1999.

²⁵Referido a la procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

²⁶Con la publicación de la Ley N° 28457, de fecha 8 de enero de 2005.

de los años se podía establecer con un margen más amplio el grado de certeza de la referida prueba. No solo ello se vio acompañado con el cambio en la legislación, sino que el propio Tribunal Constitucional adoptó fundamentos por los que consideró a la prueba como un mecanismo de averiguación de la verdad que permita satisfacer el Interés Superior del Niño con el develamiento de su identidad. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00550-2008-PA/TC, se indicó que frente al temor alegado del presunto padre en que se practique el examen genético, en tanto consideraba el mismo que no existe vínculo parental alguno, este no terminaba siendo fundado ya que justamente con dicha prueba se llegaría a sostener ello o afirmar lo contrario²⁷. De esta manera, puede notarse que poco a poco nuestra legislación y jurisprudencia adoptaba una corriente más amplia y libre en la investigación de la filiación.

Por otro lado, también la observación de Naciones Unidas ha resaltado aspectos en concreto por el cual se busque favorecer el respeto de los menores como titulares de derechos; entre ellos, cabe resaltar las recomendaciones orientadas a las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto.²⁸ Esto se ve en la realidad cuando en muchos casos los jueces han aplicado control difuso de constitucionalidad²⁹ a las diversas normas del Código Civil, que no se derivan de un principio orientador a la identidad del menor, como sí puede interpretarse de nuestra Constitución.

Así, la Sentencia del Expediente 860-2002, de fecha 6 de agosto de 2002, expedida por la Sala de Familia, determinó que las normas relativas a derecho de familia deben interpretarse desde una perspectiva constitucional y de derechos humanos en base a los derechos del niño y que no puede aplicarse el plazo dispuesto en el artículo 400° del Código Civil³⁰ en tanto se afectarían los derechos del menor a gozar de nombre, identidad y la posibilidad de pertenecer a una familia de acuerdo al origen biológico que le corresponda.³¹ También es trascendente lo manifestado por la Sentencia del Expediente 3041-2004, de fecha 3 de diciembre de 2004, expedida por la Sala de Familia que se pronunció por la inaplicación del artículo 364° del Código Civil³² al indicar, que se afectarían los mismos derechos mencionados en los fundamentos de la sentencia precitada³³.

²⁷ Fundamento Jurídico N° 19 de la citada Sentencia.

²⁸Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*(Viena: Naciones Unidas, 2013), disponible en: www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

²⁹Reconocido en el artículo 138 de la Constitución de 1993, la cual manda que “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)” y en el artículo VI, primer párrafo del Código Procesal Constitucional, que dispone “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”.

³⁰Referido a que se tienen 90 días para negar el reconocimiento desde que se tuvo conocimiento del acto.

³¹Considerando Décimo y Décimo Primero de la referida Sentencia.

³²Referido a que la acción contestatoria de paternidad debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

³³ Considerando Décimo de la mencionada Sentencia.

Por todas estas razones, es claro que muchas veces las normas buscan garantizar derechos que, vistos a la luz de un determinado momento, suponen un cabal ejercicio de garantías a los principios orientadores que emanan de una Norma Fundamental, pero que como siempre está exenta de transformaciones y proyecciones a distintas formas de enfocar los mandatos en sociedad. No puede juzgarse en virtud de un sentido normativo que fue aplicado para una época determinada y bajo supuestos que distan de la realidad actual. Urge un cambio inmediato en nuestro Código Civil para que se dejen de lado, de una buena vez, interpretaciones en contra de los intereses de los menores, quienes necesitan de una sociedad que les garantice mecanismos de protección frente a los abusos tanto del legislador como de los operadores del derecho.

3. Conclusiones

1. El derecho a la identidad, como derecho fundamental, se encuentra reconocido en nuestra Constitución en el inciso 1 del artículo 2º y se refiere al derecho de todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo que lo conforman. Esta definición debe ir acompañada con el Principio del Interés Superior del Niño, el cual se encuentra recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes, la cual supone que las medidas adoptadas por el Estado no sean una mera enunciación, sino que deben darse acciones concretas que deban adoptarse a favor de los mismos y nunca en su perjuicio.

2. En la práctica se da la problemática respecto a la desnaturalización del contenido legal de la identidad del menor con la Constitución de 1993, ya que de la misma se ha dispuesto que debe salvaguardarse el derecho a la identidad de los menores por encima de la intimidad familiar, conforme se amparaba la Constitución de 1979, lo que originó que hoy en día se reinterprete las disposiciones del derecho de familia en el Código Civil de 1984.

3. El ordenamiento internacional que protege al menor es de vital importancia en la regulación de la identidad del menor en nuestro país. De ello, se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, este último al señalar que los menores tendrán derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, supone una corriente restrictiva y no progresista de un sistema de libre investigación de la filiación.

4. A través de la regulación normativa, la corriente restrictiva de un sistema de libre investigación en la filiación, como expresión del derecho a la identidad, se ha ido adaptando a cambios progresistas en donde la prueba de ADN ha sido fundamental en la determinación de la identidad de los menores.

5. Sobre lo que no ha podido ser regulado legislativamente, en aras de una concepción amplia de la identidad del menor, han existido pronunciamientos jurisdiccionales en donde se ha ejercido control difuso en las normas restrictivas del Código Civil respecto del derecho a la identidad del menor. A su vez, el Tribunal Constitucional, ha delineado una serie de postulados por los cuales expone la correcta interpretación que debe imperar en dicho derecho fundamental a la luz de nuestra actual Constitución.

4. Bibliografía

1. CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006) El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana, p 880. [consultado el 15/10/2017]. Obtenido en <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derechoconstitucional/article/download/30335/27381>.
2. Casación 589-2010-Lima, de fecha 17 de enero de 2012, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
3. Código Civil Peruano(1936). Ley N° 8305, Lima, Perú, 2 de junio de 1936.
4. Código Civil Peruano(1984). Decreto Legislativo N° 295, Lima, Perú, 24 de julio de 1984.
5. Código de Niños y Adolescentes(1992). Decreto Ley N° 26102, Lima, Perú, 29 de diciembre de 1992.
6. Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) (Viena: Naciones Unidas, 2013), disponible en: www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc
7. Constitución Política del Perú (1979). Asamblea Constituyente, Lima, Perú, 12 de julio de 1979.
8. Constitución Política del Perú (1993). Congreso Constituyente Democrático, Lima, Perú, 29 de diciembre de 1993.
9. Convención sobre los Derechos del Niño (1990), Washington, 2 de setiembre de 1990.
10. Ley N° 27048, de fecha 31 de diciembre de 1998.
11. Ley N° 28720. Diario Oficial El Peruano, Lima, 24 de abril de 2006.
12. MEZA HURTADO, Artemio. (2012-2013). “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?”. En Revista Oficial del Poder Judicial, núm. 8 y 9. Extraída el 10/10/2017 desde <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>.
13. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Blog de Álex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/09/29/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-2/>
14. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex (2008). Blog de Álex Plácido. Investigaciones y artículos jurídicos sobre derecho de familia, de niños y adolescentes y de sucesiones.

Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2008/10/09/la-evidencia-biologica-y-la-presuncion-de-paternidad-matrimonial-el-reconocimiento-extramatrimonial-del-hijo-de-mujer-casada-3/>.

15. Sentencia del Expediente N° 860-2002, de fecha 6 de agosto de 2002, emitida por la Sala Especializada de Familia.
16. Sentencia del Expediente N°839-2003, de fecha 29 de noviembre de 2004, emitida por el Primer Juzgado de Familia.
17. Sentencia del Expediente N° 3041-2004, de fecha 3 de diciembre de 2004, emitida por la Sala Especializada de Familia.
18. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC, publicada el 24 de octubre de 2006.
19. Sentencia del Tribunal Constitucional N°00005-2007-PI/TC. publicada el 25 de setiembre de 2008.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional N°00550-2008-PA/TC, publicada el 7 de octubre de 2010.
21. Sentencia del Tribunal Constitucional N°00035-2010-PI/TC, publicada el 6 de enero de 2012.
22. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04058-2012-PA/TC, publicada el 13 de setiembre de 2014.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04059-2011-PA/TC, publicada el 23 de noviembre de 2014.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02061-2013-PA/TC , publicada el 6 de febrero de 2016.