

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO DE ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO NOTARIAL Y DERECHO REGISTRAL



TESIS

“DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN SEDE NOTARIAL”

Para optar el grado académico de Maestro en Derecho Mención Derecho
Notarial y Derecho Registral

PRESENTADO POR:

Bachiller Charles Leyton Alzamora Zea

Asesor

Doctor Walker Hernán Araujo Berrio

CUSCO – PERÚ

2022

DEDICATORIA

A mi hijo Leyton Kalel Alzamora Zúñiga por ser una constante fuente de inspiración en mi éxito académica y laboral a Eloiza Zúñiga Gutiérrez por su incondicional apoyo moral y a mis padres Teófilo Alzamora y Sofia Zea y mis hermanos por ser mi guía, mi fortaleza, mi constante inspiración.

AGRADECIMIENTO

A todos aquellos que hicieron posible este impecable trabajo de investigación,
notarios, abogados, ciudadanos y amigos en general

RESUMEN

Actualmente, el problema más recurrente, en materia familiar, es el no reconocimiento voluntario de la paternidad. Es decir, hay cientos de niños no reconocidos por sus padres, privándole de su derecho a la identidad. En tal sentido, observamos la falta de compromiso de quienes deciden procrear una vida y con ello el no reconocimiento de una filiación biológica que trae como consecuencia derechos y deberes.

Sumado a ello, tampoco existen medidas eficaces o políticas públicas adecuadas que incidan en el ejercicio de una paternidad responsable, por lo que cada vez más son más madres solteras y niños que se ven expuestos a procesos de filiación de paternidad extramatrimonial, sometidos a procesos largos y muchas veces innecesarios.

De esta manera, la filiación se convierte en un concepto importante, pues con la declaración de esta, de manera legal, independientemente de si sea un hijo nacido dentro del matrimonio o fuera de este, se los protege a los niños, en base al principio del interés superior del menor.

Así, se visualiza una problemática aún sin resolver, pues hay un sinnúmero de demandas judiciales para declarar la filiación de hijos nacidos fuera de la unión conyugal, cuando las partes interesadas logran ponerse de acuerdo.

Por ello, se plantea, en la presente investigación, el otorgarle facultades a los notarios públicos para que puedan declarar la filiación extramatrimonial de forma rápida, eficaz y segura, respetando los presupuestos y requisitos que se les imponga. Asimismo, se determina el procedimiento que deben seguir en esta materia.

Palabras clave: filiación extramatrimonial – procedimiento judicial – notarios públicos – derecho a la identidad – interés superior del niño

ABSTRACT

Currently, the most recurring problem in family matters is the voluntary non-acknowledgment of paternity. In other words, there are hundreds of children not recognized by their parents, depriving them of their right to identity. In this sense, we observe the lack of commitment of those who decide to procreate a life and with it the non-recognition of a biological affiliation that results in rights and duties.

In addition to this, there are also no effective measures or adequate public policies that affect the exercise of responsible parenthood, so that more and more single mothers and children are exposed to processes of filiation of extramarital parenthood, subjecting them to long processes and often unnecessary.

In this way, filiation becomes an important concept, because with the declaration of this, legally, regardless of whether it is a child born in or out of wedlock, children are protected, based on the principle of the best interest of the minor.

Thus, a still unresolved problem is visualized, since there are endless lawsuits to declare the filiation of children born outside the conjugal union, when the interested parties manage to reach an agreement.

For this reason, it is proposed, in the present investigation, to grant powers to notaries public so that they can declare extramarital filiation quickly, efficiently and safely, respecting the budgets and requirements imposed on them. Likewise, the procedure that must be followed in this matter is determined.

Keywords: extramarital filiation – judicial procedure – public notaries – right to identity – best interests of the child

INTRODUCCIÓN

La filiación es un concepto que refiere a una vinculación entre los progenitores y los hijos, de la cual se desprenden una serie de obligaciones, así como la determinación de derechos específicos, tales como la educación, alimentación, vestimenta, entre otros. Así, tenemos que la filiación biológica, o también llamada filiación física, corresponde a las personas por el solo hecho de haber sido engendradas.

Por ende, la filiación es una consecuencia de un hecho biológico, pero también puede originarse de un acto jurídico, a través de su reconocimiento legal. Al respecto, podemos señalar que la ley no hace distinción en el origen de la filiación. De esta forma, se intenta garantizar los derechos del menor, pues no se puede sobreponer los intereses o decisiones de los progenitores por sobre el bienestar y dignidad de los hijos, sea cual fuere el escenario en el que hayan nacido.

No obstante ello, muchos de los casos, los progenitores, dentro o fuera del matrimonio, no quieren reconocer la paternidad del menor, por lo que la madre tiene que recurrir a la vía judicial para que el juez ampare los derechos del niño. En tal sentido, la filiación es susceptible de reconocimiento, impugnación o un proceso de filiación extramatrimonial, recurriéndose a la prueba más fiable como el ADN para demostrar el vínculo del presunto progenitor y así este adquiera la calidad de padre.

En cambio, sucede también que el progenitor con el nuevo cónyuge de la madre está de acuerdo en que este último reconozca la filiación del hijo extramatrimonial. Por tanto, hay un acuerdo entre las partes interesadas y no se presenta una litis.

Dicho ello, la presente investigación realiza el análisis de la utilidad de declarar la filiación extramatrimonial en sede notarial; es decir, a través de un proceso no contencioso, pues este es un proceso más rápido, efectivo, acorde al principio del interés superior del niño, pues tiene derecho a saber, en el tiempo menos corto posible, su identidad.

De tal forma, se determinará si el ordenamiento jurídico debe otorgarle facultades al notario en materia del derecho de familia, específicamente en la declaración de la filiación extramatrimonial, así como establecer un correcto procedimiento para ello.

Por ello, la presente tesis está dividida en cuatro capítulos. El primero de ellos está enfocado en evidenciar la problemática actual que se forma con el proceso de filiación extramatrimonial, al ser un proceso netamente contencioso, en los que, muchas veces, se termina afectando las partes interesadas, pues son litigios que duran años, posponiéndose largamente el derecho a la identidad del menor.

El segundo apartado refiere al marco teórico, en donde se revisan las fuentes que sirven como base para nuestra investigación. Por otro lado, está el capítulo de metodología que se aplicó a una investigación de tipo cualitativa. Finalmente, la parte de discusión de resultados, en donde se analiza jurisprudencia, doctrina y legislación para luego establecer las conclusiones, así como las recomendaciones respectivas.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

ABSTRAC

INTRODUCCIÓN

ÍNDICE DE CUADROS	10
CAPÍTULO I	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1.1. Situación problemática	11
1.2. Formulación del problema	14
1.3. Justificación de la investigación	14
1.4. Objetivos de la investigación.....	15
CAPÍTULO II	16
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	16
2.1. Bases teóricas.....	16
2.1.1. Filiación extramatrimonial	16
2.1.1.1. Aspectos generales.....	16
2.1.1.2. Clases de filiación	21
2.1.1.3. La filiación extramatrimonial y su reconocimiento.....	27
2.1.1.4. Declaración judicial de filiación extramatrimonial.....	34
2.1.1.5. Derecho de identidad o verdad biológica como fundamentos de la filiación extramatrimonial.....	40
2.1.1.6. Interés superior del niño en la filiación extramatrimonial.....	49
2.1.1.7. Control difuso en materia de filiación.....	55
2.1.2. El notario y la función notarial	58
2.1.2.1. El notario	58
2.1.2.2. Organización del notariado en el Perú y la competencia de notario.....	63
2.1.2.3. Función notarial	67
2.1.2.4. Finalidad y naturaleza jurídica de la función notarial	74
2.1.2.5. Importancia de la función notarial.....	76
2.1.2.6. Los instrumentos públicos notariales	79
2.1.2.7. El sistema notarial peruano.....	83
2.1.2.8. La jurisdicción voluntaria en los procesos no contenciosos notariales.....	85
2.2. Marco conceptual	87

2.2.1.	Competencia notarial.....	87
2.2.2.	Matrimonio	87
2.2.3.	Filiación.....	87
2.2.4.	Filiación extramatrimonial	88
2.2.5.	Identidad	88
2.2.7.	Importancia de la prueba de ADN en la paternidad	89
2.2.8.	Interés superior del niño	90
2.2.9.	Notario público.....	90
2.3.	Antecedentes empíricos de la investigación.....	90
CAPÍTULO III		95
HIPÓTESIS Y VARIABLES.....		95
3.2.	Hipótesis.....	95
3.2.	Identificación de variables	96
3.3.	Operacionalización de variables.....	96
CAPÍTULO IV		96
METODOLOGÍA.....		96
4.1.	Ámbito de estudio	96
4.2.	Tipo y nivel de investigación	96
4.3.	Unidad de análisis	97
4.4.	Población de estudio	97
4.5.	Tamaño de muestra	98
4.6.	Técnicas de selección de muestra.....	98
4.7.	Técnicas de recolección de información	98
4.8.	Técnicas de análisis e interpretación de la información	98
4.9.	Categorías de análisis	99
CAPÍTULO V		99
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....		99
5.1.	PROCESAMIENTO, ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	99
5.1.1.	Análisis de jurisprudencia.....	99
5.1.2.	Análisis de la legislación peruana	109
5.1.3.	Análisis de Proyectos de Ley	117
5.2.	PRUEBAS DE HIPÓTESIS.....	121
5.3.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	121
5.3.1.	Análisis de entrevistas a profesionales del Derecho Registral y Notarial	121
5.3.2.	Filiación del hijo extramatrimonial.....	126
CONCLUSIONES		131

RECOMENDACIONES	134
BIBLIOGRAFÍA.....	140
ANEXO 1	145

ÍNDICE DE CUADROS

Cuadro No. 1. Modificaciones a la Ley N°28457	109
Cuadro No. 2. Modificaciones a la Ley N° 28457	111
Cuadro No. 3. Modificaciones a la Ley N°28457	113
Cuadro No. 4. Modificaciones a la Ley N° 28457	114
Cuadro No. 5. Modificaciones a la Ley N°28457	115
Cuadro No. 6. Entrevistas a Notarios Públicos.....	124

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Hace algunos años resultaba reprochable, desde una concepción moralista, que uno de los cónyuges haya tenido hijos fuera del matrimonio. Por ello, eran llamados con calificativos denigrantes y despectivos, normalizando dichas conductas discriminadoras y violentas. Con el pasar del tiempo y la evolución del Derecho que se ajusta a los cambios sociales, a estos hijos extramatrimoniales se les han otorgado derechos que, anteriormente, solo les reconocían solo a los hijos que nacían bajo un vínculo matrimonial.

El avance es importante en materia de familia, pues, actualmente, son innumerables los casos en los que los hijos se originan producto de una relación de convivencia o extramatrimonial, quienes no podían quedar en desprotección normativa, pagando una especie de —castigo” de la moralidad de terceros. Esta situación no solo sucede en nuestro país, sino también en otros países de Latinoamérica. Al respecto, podemos citar lo siguiente:

En 2001, el porcentaje de hijos nacidos fuera del matrimonio superó, por primera vez, a los hijos nacidos dentro de esta institución con un 50,02%. Desde ese momento la cifra no paró de crecer y durante el primer semestre de este año el porcentaje llegó a un peak de 73%, según cifras

del Registro Civil e Identificación. [...]Los números del Registro Civil, incluidos en el boletín —Radiografía al Chile de Hoy: Registros 2016”, indican además que la cantidad de hijos no matrimoniales superan en más del doble a los matrimoniales, con 92.188 registros versus 34.733 en el primer semestre del año. (González, 2016)

En tal sentido, bajo el principio constitucional de que todos somos iguales ante la ley, se logra reconocerles sus derechos y el Estado logra estar acorde a preceptos internacionales que exigían una legislación nacional sin discriminaciones, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el Código del niño y adolescente, tal y como lo señala Flores-Flores (2015) a continuación:

Nuestra Constitución consagra el derecho a la identidad (art.2 inc. 1) y la igualdad (art.2 inc. 2) para toda persona. El Código de los niños y adolescentes reafirma estos derechos en el art. 6 (derecho a la identidad) y el art. 8 (derecho a vivir en una familia). La Convención Internacional sobre los Derechos del niño y la declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño (antecedente inmediato a la Convención), recopilan entre otros, el derecho al nombre y nacionalidad (art.7), preservación de la identidad (art.8) y responsabilidad paterno y materna (art.18). (pág. 3)

Ahora bien, el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales se realiza, a través del proceso de filiación extramatrimonial. En primer lugar, debemos señalar que, en el proceso de filiación, lo que se determina es el parentesco existente entre el demandado (el padre o la madre) y el menor. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico peruano regula el proceso de filiación extramatrimonial en el Código Civil. No obstante, esta regulación tiene vacíos legales pues no se ha incluido, por ejemplo, la responsabilidad civil en la que podría caer el demandado si es que se niega a reconocer la paternidad voluntariamente.

En esa línea, los casos derivados de la impugnación de paternidad son siempre controversiales y arduos no sólo por una ineficiente regulación del Código Civil,

sino porque también se ven envueltos las emociones y sentimientos que, generalmente, este tipo de asuntos conllevan, y a las causas derivadas de esta impugnación como la infidelidad conyugal.

Por ello, en lo que respecta a la presente investigación, el principal problema a estudiar es la necesidad de incorporar un proceso no contencioso cuando el padre biológico y el actual esposo de la mujer están de acuerdo sobre la paternidad del menor, puesto que la normativa vigente solo contempla el reconocimiento de la paternidad de los hijos extramatrimoniales vía proceso judicial. Lógicamente, iniciar un proceso de contestación de la paternidad es tedioso, lato, sacrificado, más aún ante la existencia de la carga procesal.

En otras palabras, lo que se busca es hacer coincidir la paternidad biológica con la paternidad legal, a través del reconocimiento en sede notarial, cuando no hay *litis* de por medio, puesto que el proceso no contencioso tiene las ventajas de ser célere, eficaz y seguro. Ello implica que la madre rompa con la presunción general de que el esposo es el padre biológico de su hijo/a, en aras del derecho a la identidad del menor. De esa manera, se permite el reconocimiento de la paternidad fuera del matrimonio, supuesto que fue incorporado a partir del año 2018.

Dicho ello, queda claro que existen casos en los que la paternidad presunta del niño no está siendo cuestionada por los involucrados (padre biológico, padre legal y madre del menor). Por tal motivo, en los asuntos en que no exista materia de controversia, se debe permitir la opción de recurrir a un trámite rápido y expeditivo, siendo una alternativa la función notarial, ya que el notario ha sido formado en Derecho y tiene el conocimiento necesario sobre temas jurídicos, por lo que, el presente trabajo de investigación se analizaría si es posible otorgarle facultades en este tema en específico.

Finalmente, se debe precisar que si bien puede hacerse el reconocimiento de acuerdo a lo regulado en el artículo 390° del Código Civil por escritura pública, testamento o en el registro de nacimiento; sin embargo, dicha norma no soluciona la problemática jurídica que se plantea en el presente trabajo de

investigación puesto que hace referencia al reconocimiento inicial, no cuando el menor ya fue reconocido por haber nacido el menor dentro del matrimonio. En ese sentido se busca analizar si sería viable generar un reconocimiento a nivel notarial cuando el cónyuge y el padre biológico se encuentran de acuerdo con dicho reconocimiento, lo cual evitaría un proceso judicial tedioso pues no habría litis.

1.2. Formulación del problema

a) Problema General

- ¿Deberían tener facultades los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú?

b) Problema específico

- ¿Cuáles serían los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú?
- ¿Cuál es el trámite que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú?

1.3. Justificación de la investigación

La presente tesis se sustenta en la constante demora que genera el fuero jurisdiccional para resolver cualquier pretensión, pues es de conocimiento público los problemas que presenta la administración de justicia en cuanto a dar cumplimiento al principio de economía y celeridad procesal.

De tal forma, se ve afectado, definitivamente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tenemos todos los justiciables, puesto que incluso los procesos breves, como los sumarísimos y los de ejecución, demoran años hasta ser resueltos en definitiva, perjudicando los intereses de los involucrados.

Siguiendo esa línea, en el Perú, existe un gran número de procesos de filiación extramatrimonial, iniciados por la madre del menor para que le reconozcan el derecho a la identidad de su hijo o hija, los cuales, dada la naturaleza de dicho proceso, van tener una larga espera en la solución de su controversia.

Por ello, se busca que el ordenamiento jurídico peruano permita que los notarios públicos puedan declarar la paternidad de un hijo extramatrimonial, reconociéndoles facultades en esta materia de familia. Por ejemplo, en el caso del divorcio notarial, se ha demostrado que el Notario no sólo está en la capacidad de disolver el matrimonio, sino que ha permitido aliviar la carga judicial de pretensión sin controversia.

Dicha propuesta, beneficiaría a un gran número de personas, en especial familias, que tienen en hombros un proceso judicial. Asimismo, a los padres que no iniciaron el proceso de contestación de paternidad, por lo difícil que es tramitarlo ante el poder judicial o porque no cuentan con los recursos suficientes para ello.

Así, la presente tesis alcanza justificación no sólo para el padre que quiere reconocer a su hijo, sino también para el hijo que necesita saber quién es su verdadero padre, para el poder judicial que puede verse aliviado por determinados temas, y, finalmente, los notarios se verán beneficiados con esta competencia adicional.

1.4. Objetivos de la investigación

a) Objetivo general

- Determinar si deben tener facultades los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú.

b) Objetivo específico

- Establecer los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú.
- Señalar el trámite que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial de mujer casada en el Perú.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Filiación extramatrimonial

2.1.1.1. Aspectos generales

La filiación es un término propio del Derecho Civil en general, y del derecho de familia, en particular. Los antecedentes históricos de esta institución pueden encontrarse desde el Derecho romano. No obstante, modernamente el concepto de filiación se ha visto enriquecido a partir de los conocimientos interdisciplinarios brindados por ciencias como la biología, la cual permite tener mayor certeza del vínculo filiativo entre un progenitor y su prole. La filiación es tan trascendental para el ser humano, pues permite determinar su origen y su futuro. En consecuencia, es vital para el desarrollo de la personalidad humana.

Las formas de determinación de la filiación han variado a lo largo de las épocas. En la sociedad de cuño matriarcal, su determinación se hacía en razón del vínculo de maternidad, en tanto estas sociedades ignoraban la función del hombre en la reproducción. Por lógica consecuencia, eran considerados como hermanos los hijos de la madre; en suma, la maternidad representaba el baremo para establecer la filiación. Con el paso del tiempo, cuando se

reconoce que el hombre tiene una función determinante en la reproducción, se desarrolla el sustrato jurídico idóneo para teorizar respecto a la filiación, puesto que desde ese momento la determinación del parentesco y la filiación no sería una labor exclusiva de la madre, sino también del padre (Gómez de la Torre Vargas, 2017).

Al ser la filiación producto de un hecho natural biológico y, por tanto, como afirma Gómez de la Torre (2017), un hecho cultural, cada sociedad o cultura interiorizaba una propia noción de filiación que podía estar fundada, o bien en evento biológico o bien en la manifestación volitiva de alguno de los progenitores. Esta realidad cultural se topó con varios asuntos problemáticos, como lo es el hecho de que las relaciones sexuales que generaban nacimientos eran secretas. De modo que se complejizaba la labor de determinación del vínculo de filiación. Debido al escaso incipiente progreso de la ciencia, el Derecho reguló la filiación, pero a partir de un conjunto de presunciones. A medida que la biología fue evolucionando las pericias biológicas han servido para reconocer o declarar con mayor certeza quien era el progenitor que había participado en la procreación. Sin embargo, a la par de este tipo de progreso, se ha visto un avance en la biotecnología, haciendo que hoy en día sea posible la reproducción sin necesidad de la presencia física de un hombre que mantenga un acto de relación sexual con la mujer, un hecho que durante muchos años ni siquiera las sociedades se habrían imaginado.

Partiendo de esta descripción, en líneas generales, del contexto de la filiación, creemos necesario intentar aproximarnos a un concepto que sea operativamente útil. En primer término, conviene señalar que la expresión “filiación” proviene del latín *-filius*”, el cual hace referencia al conjunto de relaciones jurídicas que conectan a los padres con sus hijos a partir de la paternidad o la maternidad. De ahí que podamos referirnos a una filiación materna y a una paterna, las cuales son estrictamente filiaciones biológicas que tienen como hecho natural previo a un acto de relación sexual. Sin embargo, no siempre este antecedente estará presente, por ejemplo, en los casos de filiación adoptiva o cuando se aplican técnicas de reproducción asistida como la fecundación *in vitro*.

Dicho ello, conceptualizar la filiación no será una tarea sencilla, pues la realidad con la que nos topamos nos demuestra que el vínculo o relación entre el padre o madre y determinado hijo, no solo se determinaría en virtud de una causalidad biológica. Por ello, diversos autores han incidido en que la filiación no necesariamente se concretiza en un fundamento de vínculo de sangre, posición contraria a la doctrina mayoritaria que en gran parte sostiene que el vínculo de la filiación es uno exclusivamente biológico. Como apuntamos antes, hay situaciones en donde no va a haber un hecho natural y biológico conocido como lo puede ser los actos de relación sexual.

Por ello, siguiendo a Gómez de la Torres (2017, pág. 26), la filiación —es un lazo colectivo que vincula al individuo a una familia y más allá lo inscribe en una organización social tanto como la naturaleza, la ciencia y la cultura, la consideración de los intereses individuales familiares y sociales forjan el derecho de filiación”.

Este lazo o vínculo es de carácter jurídico y no biológico. El derecho se ha apropiado, por cuestiones utilitarias, de las categorías de hijo o hija, filiación, parentesco para estructurarlo sobre papeles que predominantemente tienen caracteres culturales. Por ello, no sorprende que hoy en día se hable de padre social y padre biológico, siendo el primero quien, sin ser el padre biológico, asume de forma voluntaria dicha función.

Por su parte, Gete-Alonso y Calera (2021) precisa que la relación jurídica que fundamenta la filiación es técnica. Por ello, estas autoras comentan que:

La relación jurídica de filiación se describe como aquella que existe entre una persona y la mujer y el hombre de las que desciende, y también, la que se establece entre una persona y aquellas que asumen la función materna y paterna (filial) y cumplen los requisitos exigidos por la norma jurídica. En todo caso, es una relación que se descompone en dos: la materna y la paterna, y en la que jurídicamente pueden concurrir un máximo de tres personas (triangular), aunque no de manera necesaria y siempre. (pág. 21)

De igual forma Ales Uría Acevedo (2012) , al respecto, nos comenta lo siguiente:

Los conceptos de padre y madre y el de progenitor, ya no tienen necesidad de coincidir desde el punto de vista legal. Biológicamente, progenitor es aquel o aquella que han tenido autoría en la procreación de un individuo. Jurídicamente, padre y madre son aquellas personas que cumplen con el conjunto de deberes y se benefician de los correlativos derechos que la cultura, la sociedad y el ordenamiento jurídico imponen. Progenitor es un término biológico; padre es una categoría jurídica. (pág. 41)

De lo anterior, podemos concluir que el Derecho no se apropia de situaciones biológicas, sino que solo las recalifica y ello ha sucedido con la institución de la filiación, el cual al ser una categoría que se fundamenta en un vínculo jurídico, no siempre coincide con el aspecto biológico. Doctrinariamente, se entiende que la idea de maternidad o paternidad y filiación aluden a la vinculación entre el padre y el hijo o hija, o la madre y el hijo o hija. Sin embargo, la única diferencia filiación y maternidad o paternidad solo estriba en que el primer término se califica en función del punto de vista de los hijos. Mientras que, desde el punto de vista de los progenitores, se habla de maternidad o paternidad (Ales Uría Acevedo, 2012).

La doctrina nacional también ha emitido conceptos sobre filiación. Así, Aguilar Llanos (2017)precisa que:

La filiación viene a ser el vínculo natural entre padres e hijos, y desde la perspectiva del Derecho, es la relación que une al hijo con sus padres declarada por ley. Esta relación entraña una fuente generadora de deberes y derechos entre el hijo y sus padres, y viceversa, entre los padres y el hijo. La ley pretende recoger la filiación que existe en natura, empero ello no siempre va a ser posible, por ello, nuestra legislación trabaja presunciones legales, que juegan solo para el hijo habido dentro de un matrimonio. (pág. 95)

En ese mismo orden de ideas, Varsi Rospigliosi (2013) precisa lo que sigue a continuación:

La filiación surge de forma natural (procreación) o legal (adopción). A estas dos se ha agregado la civil (técnicas de reproducción) en la que

prima la voluntad de quienes recurren a estos métodos por la infertilidad que padecen, casos en los que el deseo e intención, que motivó la generación de vida, rompen todos los estándares jurídicos comunes dando paso a la causa de la generación de vida, la decisión que motivó la técnica de procreación asistida. Así de las cosas, filiación es sinónimo de progreso y regreso. (Pág. 7)

En definitiva, la filiación constituye una categoría que, predominantemente, ha sido abordado desde posiciones biológicas. Sin embargo, al día de hoy resulta un error considerar lo como institución que se fundamenta solo en aspectos biológicos, puesto que la compleja realidad actual nos ha demostrado que se han renovado las formas de reproducción, en donde, por lo general, el progenitor masculino (entiéndase padre biológico) no desarrolla ningún vínculo legal con el menor por propia voluntad y con expreso consentimiento de la madre, tal como sucede en los casos de reproducción asistida o fecundación *in vitro*, en el que si bien se puede conocer la identidad del progenitor, la madre acepta que este no tendrá ningún vínculo de paternidad legal con el menor.

La importancia del estudio de esta institución es fundamental por su relación con el derecho de identidad o verdad biológica. Como bien indica Hawie Lora (2020, pág. 12), respecto a los efectos expansivos de la importancia de la filiación, “la figura jurídica de la filiación en cualquiera de sus clases cumple un rol de relevancia importante en la vida de las personas, inclusive, trasciende la esfera personal para proyectarse a la esfera familiar y social”. Según la autora en comento, esta aludida importancia de la filiación se concretiza en una serie de aspectos, entre los que cabe destacar que la filiación permite determinar el parentesco, la consanguinidad, genera derechos y deberes, y establece todo un régimen patrimonial.

Ahora bien, las implicancias y efectos relacionados a la filiación se sustentan en los derechos y valores constitucionales. La Constitución Política de nuestro Estado ha establecido en su artículo 4° que la comunidad y el Estado se encargan de la protección del niño y del adolescente, protegiendo a su vez a la familia y promoviendo el matrimonio, siendo una de las formas más eficientes la filiación.

Ya se ha reconocido la importancia de la familia como núcleo esencial de la sociedad y del ordenamiento jurídico, así como la importancia de la protección del menor y su derecho a tener una familia, dada la esencia constitucional que se encuentra implícita y que se sustenta en la dignidad, que engloba derechos referidos al desarrollo de la personalidad, la identidad e integridad personal.

Sokolich (2012) ha establecido que:

El máximo intérprete de la constitución ha reiterado en diversas sentencias la importancia de la familia y su protección, así como que el niño tiene derecho a tener una familia, dada su esencia de derecho constitucional implícito sustentado en el principio-derecho de dignidad de la persona (...). (p. 60)

De esta forma, se entiende que la filiación encuentra matices constitucionales, resultando trascendente en el ordenamiento jurídico peruano, especialmente porque incide en la dignidad de la persona y en derecho afines como la identidad y la verdad biológica. De esta manera, comprendiendo las nociones generales de la filiación y su sustento constitucional, es factible señalar que es labor y deber del Estado, adoptar medidas eficientes y necesarias para garantizar de forma efectiva y rápida los derechos aludidos, especialmente menores, en la filiación, permitiendo y legislando aquellos aspectos que previstos por la norma, como por ejemplo la filiación extramatrimonial en sede notarial cuando no existe una litis de por medio.

Ello solo materializa un efecto importante de la filiación, el bienestar de la persona, tanto en su ámbito físico, mental, moral, intelectual, espiritual y social, siendo evidente que se influenciara significativamente en el proyecto de vida. En buena cuenta, la filiación es un tema recurrente y no falta oportunidad para tratarlo, e identificar aquellos aspectos que pueden ser mejorados o legislados de forma adecuado, especialmente procurando el bienestar de los interesados y principales afectados.

2.1.1.2. Clases de filiación

Según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional nacional, la filiación no es propiamente un derecho fundamental autónomo, sino que se encuentra inserto

dentro del derecho a la identidad. De ese modo, sin perjuicio de su no autonomía, puede ser tutelado constitucionalmente, por cuanto es el contenido de otro derecho fundamental. A pesar de ello, a efectos de haya una protección más directa e individualizable, sería preferible que dicho derecho encuentre reconocimiento expreso y autonomía en la carta constitucional. Sobre el particular, existen múltiples discusiones doctrinales y legislativas, ya que no queda aún del todo claro qué ha de entenderse por filiación.

Las respuestas a esta problemática se pueden presentar de dos grandes maneras. Desde un primer plano, se considera que la filiación hace exclusiva referencia al vínculo biológico, dejando de lado a los padres legales o, también denominados, padres sociales, que son aquellos que, sin haber contribuido seminalmente a la formación del menor en el vientre de la madre, asumen voluntariamente el rol cultural de padre. Bajo un segundo plano, hay quienes reconocen que, como indicamos líneas atrás, el progreso humano y el derecho no pueden ser disfuncionales, sino que deben adecuarse e integrarse mutuamente. Así, se estima que es posible reconocer otras clases de filiación, destacando, entre otras, la filiación legal y social. En tal sentido, a continuación intentaremos sistematizar lo que la doctrina ha clasificado como clases o tipos de filiación. Este esfuerzo académico no tiene exclusivos fines dogmáticos, sino que tiene una interacción directa como contribución a la legislación de familia que regula este asunto.

En primer término, es importante apuntar que existen diversos criterios para clasificar a la filiación. Sin embargo, siguiendo la doctrina española, podemos aseverar que se distinguen dos clases de afiliación, que puede ser por naturaleza o por adopción.

La filiación por naturaleza, según lo exponen Gete-Alonso y Solé Resina (2014, pág. 19), —esa que se corresponde a la relación biológica de generación, en ella se diversifica entre la filiación matrimonial y la filiación no matrimonial atendiendo a si entre los progenitores existe o no matrimonio—. En la doctrina nacional, Aguilar Llanos (2017) precisa que:

Esta filiación termina generando familia, al establecer la relación entre padres e hijos, o madres e hijos, y esta relación no se agota en ellos,

sino que trasciende a los parientes consanguíneos del padre o de la madre, y así el hijo ahora tendrá vínculos de parentesco con los parientes consanguíneos de sus padres. (pág. 98)

Como se puede advertir, este tipo de filiación coincide con la verdad que se ha venido a llamar biológica. Aquí existe necesariamente una relación entre los sujetos que generantes y el sujeto generado. En sentido técnico, este tipo de filiación solo se dará cuando un espermatozoide masculino logra ser fecundado en el óvulo femenino. De ese modo, bajo esta gran amplia categoría, no solo entrar a taller aquellas uniones generadas, a través de un acto sexual, en el que hombre y mujer pueden expresar su consentimiento, sino que también comprenden las prácticas de reproducción asistida o artificial.

La práctica de técnicas de reproducción asistida, como bien indican Gete-Alonso y Solé Resina (2014), no se consideran una tercera categoría o clase de filiación, sino que es una típica filiación por naturaleza, y que, al igual como ocurre en el caso de la filiación derivada de actos sexuales que pueden ser consentidos, se pueden dividir a su vez, en filiación matrimonial y extramatrimonial. Debe dejarse en claro que la reproducción asistida o, también denominado, inseminación artificial, no solo se produce con el semen de un tercero de quien la mujer desconoce, sino que también es factible que el semen sea de su pareja o esposo. En todo caso, el primer tipo de inseminación adopta la nominación de inseminación artificial heteróloga; mientras que el segundo tipo, inseminación artificial homóloga. En mismo ámbito entra las prácticas de fecundación *in vitro* (Aguilar Llanos, 2017).

A diferencia de la filiación por naturaleza, la filiación adoptiva, según exponen Gete-Alonso y Solé Resina (2014, pág. 21), —es una creación legal, no se determina sino que se constituye cuando, cumplidos los requisitos y finiquitados los trámites previstos en las normas, queda establece”. En esa línea de ideas, Ales Uría Acevedo (2012)precisa que:

En la filiación adoptiva normalmente no se constatará la correlación del hecho natural de la generación con la relación de paternidad y maternidad para con el hijo, por lo que los efectos propios de la filiación,

el contenido de éste, no se sustentarán sobre un nexo biológico sino sobre una construcción jurídica. (págs. 82, 83)

Por consiguiente, la filiación adoptiva sería una típica filiación legal o jurídica. Sobre el particular, en la doctrina nacional, Aguilar Llanos (2017) apunta que la filiación legal es aquella que se da en base a presunciones. No obstante, no debemos entender exclusivamente que se trata de aquella filiación que responde a presunciones, como lo comentaremos a continuación, sino que además debe contemplarse aquellos supuestos en los que determinadas situaciones reúnen el supuesto de hecho que la ley contempla para tal efecto. De ese modo, la filiación adoptiva entraría bajo esta figura legal.

Sin embargo, a efectos de comprender a Aguilar Llanos y las presunciones a las que alude, es necesario indicar que este autor en ningún momento señala que la filiación adoptiva se encuadre bajo el ámbito de la filiación legal. No obstante, consideramos que sí sería perfectamente admisible, por cuanto este autor comenta que –al filiación legal es la que determina la normativa vigente, aun cuando ella no corresponda a la realidad biológica del padre o de la madre” (Aguilar Llanos, 2017, pág. 99). Estimamos que bajo dicho concepto sí cabe encuadrar la filiación adoptiva, pues la ley establece un supuesto de hecho, y si es que la realidad se encuadra en tal supuesto, las consecuencias y efectos jurídicos que la ley prescribe han de surtir efecto.

Un tipo caso de presunción a la cual Aguilar Llanos hace referencia es el caso en que una mujer casada da a luz a un hijo. En esta situación, en razón del vínculo de matrimonio, se presume que su esposo es el padre del menor. Bajo la presunción *pater is quem nuptiae demonstran*, es decir, padre es quien las nupcias demuestran, concluiríamos que el esposo sería el padre del menor, aún, quizá, biológicamente no lo sea. Dicha presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, existe en razón de los deberes que el matrimonio impone, tal como lo es la cohabitación y la fidelidad (Aguilar Llanos, 2017).

Además de los tipos de filiación reconocidos por la doctrina española, consideramos necesario poner en la palestra un tipo de filiación que descansa sobre aspectos sociales, y que si bien hoy en día no toda la doctrina lo

reconoce como tal, viene siendo una situación que se pretende con mayor cotidianeidad. Se trata de la filiación social, y es que en tales situaciones —quien funge de padre de un hijo no lo es biológicamente, y ello ha sido corroborado con el ADN respectivo, empero cumple las funciones de padre, asumiendo todas las responsabilidades de tal, y desempeña ese rol” (Aguilar Llanos, 2017, pág. 100).

La filiación es reconocida en virtud del principio de interés superior del menor, y si bien puede no tener un respaldo legal, ante la omisión del padre biológico de impugnar la paternidad del padre social, esta paternidad queda consolidada. En múltiples oportunidades, pese a que el padre social no es el padre biológico, aquel decide tratarlo como si lo fuera, lo cual asegura que el menor podrá tener una imagen paterna que le brinda apoyo y protección. Los hijos sociales, pese a que no siempre saben de dicho estatus, por cuanto actúan en la creencia de que son hijos biológicos, pueden verse favorecidos de contar con un padre social ante la ausencia de uno biológico. Esto demuestra que la existencia de la paternidad biológica no es un criterio absoluto para endilgar la paternidad a determinado sujeto. Existen razones de peso para que la paternidad social sea reconocida en el mismo nivel que la paternidad biológica ante un eventual conflicto jurídico, en mérito del principio del interés superior del menor.

Otra forma de clasificar a la filiación es en función a si el vínculo emana de una relación dentro del matrimonio o fuera del mismo. Esta clasificación, como lo deja en claro Varsi Rospigliosi (1999), es útil en aras de determinar la filiación. Sin embargo, no resulta del todo apropiado para determinar la jerarquía filial.

Por un lado, la filiación matrimonial es aquel vínculo, predominante biológico, que se da en el seno del matrimonio entre padres e hijos. Este tipo de filiación es denominado, a su vez, desde tiempos inmemorables como filiación legítima. No obstante, sobre este tipo de filiación, existen diversas teorías para diferenciar si estamos frente a la filiación matrimonial o uno distinto. Siguiendo a Varsi Rospigliosi (2010), son tres las teorías que se han erigido sobre el particular.

La primera de ellas es la teoría de la concepción, mediante la cual se asevera que se pueden considerar hijos matrimoniales a aquellos que han sido

concebidos por padres casados civilmente. Aquí no importa el momento en que los hijos nazcan, pudiendo ser dentro del matrimonio o cuando el vínculo matrimonial se haya disuelto. Por lógica consecuencia, si un sujeto el hijo es concebido antes del matrimonio y nace cuando este dentro del mismo, no se le consideraría un hijo matrimonial, pues, para esta teoría, lo decisivo es el periodo en el que la concepción toma lugar.

La segunda teoría es la del nacimiento e indica que se consideran hijos matrimoniales quienes hayan nacido durante el periodo en que los padres se encontraban ya unidos por el vínculo del matrimonio, sin perjuicio del momento en que hayan sido concebidos. Por ello, los hijos que son concebidos durante el matrimonio, pero que nacen cuando este vínculo ya se disolvió, serán considerados como hijos extramatrimoniales.

Por último, la teoría mixta o ecléctica considera hijos matrimoniales tanto a los concebidos y nacidos dentro del matrimonio, reconociendo que la vida humana comienza desde la concepción. De ahí que le restringa a la mujer viuda o divorciada la posibilidad de contraer matrimonio por un plazo de 300 días, salvo que diera a luz o que pruebe que no esté embarazada. En todo caso, el esposo de la mujer es considerado como padre del hijo.

Por otra parte, la filiación extramatrimonial, según Hawie (2020, pág. 16), ~~—de~~ debe entenderse como el reconocimiento de forma voluntaria o mediante un fallo judicial donde se declare la paternidad de un hijo nacido de fuera del régimen matrimonial, existiendo los mismos derechos, deberes y obligaciones por el vínculo parental”. Este tipo de filiación, a diferencia del matrimonial, es conocido como filiación ilegítima y ha recibido en la historia un trato denigrante, ya que en la historia hay evidencia que se sancionaban los actos sexuales extramatrimoniales. Dada la inexistencia de vínculo en este tipo de filiación, no existe certeza o seguridad, como sí lo podría dar el vínculo matrimonial, de que la pareja de la mujer sea el real progenitor del menor. Por ello, en tales casos, el reconocimiento por parte de la pareja o la declaración judicial sean vías para declarar la filiación extramatrimonial (Varsi Rospigliosi, El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial, 2010).

A nivel comparado, para el caso chileno, Gómez de la Torre Vargas, precisa que:

La diferencia entre la filiación matrimonial y la no matrimonial radica en que la filiación dentro del matrimonio hace referencia a un hecho cierto y comprobable: el matrimonio de la madre con quien es razonable suponer que es el padre del hijo o hija. Tanto en la filiación matrimonial y no matrimonial cabe la determinación de la maternidad por el parto, pero la determinación de la paternidad exige admisión de ella por el progenitor, o bien la acción judicial dirigida contra él, la producción de la prueba suficiente y la valoración favorable del tribunal. (pág. 152).

De lo anterior, podemos concluir que, en el caso del hijo o hija extramatrimonial, el régimen de filiación goza de un vínculo que siempre será unilateral, es decir, de forma independiente. En tal caso, siempre será necesario que exista un acto jurídico familiar de reconocimiento que consiste, en esencia, en la aseveración de reconocer o admitir la maternidad o paternidad de determinado hijo o hija.

A tenor de lo expuesto, existen distintos tipos o clases de filiación que han sido reconocidos legislativa y doctrinariamente. La legislación española y el tratamiento que ha recibido por parte de la doctrina especializada permite evidenciar que las relaciones familiares se encuentran en constante evolución. Existen manuales donde teorizan con profundidad sobre la forma de operar de la filiación en casos especiales como la reproducción asistida, lo cual en el caso peruano resulta ajeno, ya que no hay regulación normativa al respecto. Sin perjuicio de ello, consideramos que tener en claro cuáles son las distintas clases de filiación permite tener una idea más amplia de lo que intentamos discutir en la presente tesis. En el siguiente acápite, seremos más minuciosos al analizar, de forma específica, aspectos de la filiación extramatrimonial y la forma de operar del reconocimiento como acto jurídico declarativo típico.

2.1.1.3. La filiación extramatrimonial y su reconocimiento

Para determinar la filiación, existen una serie de instrumentos o vías que el derecho ha previsto. Sin embargo, va a ser un tanto diferente la manera de

determinar la filiación dependiendo de si estamos frente a una de naturaleza matrimonial o una extramatrimonial. Así, para el primer caso, existen vías como las presunciones, desarrolladas desde el derecho romano, el reconocimiento y la declaración judicial de filiación. Sin embargo, en el caso de la determinación del vínculo de filiación en hijos extramatrimoniales, no operan las presunciones, por cuanto no existe el dato objetivo y cierto que nos induzca a pensar que la paternidad pueda atribuirse a la pareja de la mujer. Así pues, las únicas dos vías para determinar el vínculo filial es, por un lado, la declaración judicial de paternidad, mediante la cual un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre el vínculo de filiación, y, por el otro, el reconocimiento, que es la manifestación del titular respecto a aseverar su paternidad respecto al menor. En este acápite, intentaremos desarrollar los alcances de esta última vía de determinación de la filiación extramatrimonial, presentando algunos puntos controvertidos que en la doctrina se viene discutiendo bastante.

Antes de ingresar a detallar los asuntos problemáticos sobre el reconocimiento, es necesario conceptualizar brevemente en qué consiste esta figura a través de la doctrina. Así, Aguilar Llanos (2017, pág. 148) estima que el reconocimiento es el —~~act~~ jurídico, libre y voluntario por el que una persona manifiesta su paternidad o maternidad extramatrimonial respecto de otra”. En ese sentido, Gómez de la Torre Vargas (2017, pág. 153) precisa que —~~el~~reconocimiento es un acto jurídico familiar unilateral consistente en la afirmación de admitir la propia paternidad o maternidad, hecha por el padre o madre que confiere el estado de hijo o hija del reconocedor”. A su vez, para Gete-Alonso y Solé Resinas (2014), el reconocimiento es:

(...) la declaración, efectuada por el padre o la madre, mediante la que se revela el hecho de la relación biológica utilizando una determinada forma y cumpliendo con los requisitos que establece la ley, que produce el efecto del establecimiento de la relación (jurídica) de filiación. Pese a que el acto jurídico de reconocer implica voluntariedad, el efecto de determinar la filiación no se produce por éste, sino que deriva de la ley (es *ex lege*). La declaración de reconocimiento es una declaración de ciencia, se manifiesta algo que es y no de voluntad. (pág. 339)

De los extractos doctrinales citados, podemos concluir que el reconocimiento es un acto, considerado por algunos como voluntario, y que consiste en afirmar o declarar la relación de paternidad o maternidad respecto de determinado hijo. Sobre el particular surgen algunas problemáticas: La primera de ellas es respecto a la naturaleza del acto, es decir, si este es declarativo o, por el contrario, constitutivo del vínculo de filiación. La segunda cuestión es si estamos frente a un acto jurídico o un negocio jurídico. Si bien estas dos cuestiones resultan problemáticas, nuestra legislación ha tomado partida directa por una de las opciones que venimos planteando.

Respecto a la primera cuestión, consideramos que el reconocimiento es un acto declarativo, pues se —~~de~~clara” una situación preexistente, es decir, una realidad previa. Por tanto, es evidente que con el reconocimiento voluntario del vínculo de filiación no se crea una relación jurídica diferente a la pre existente en los hechos. El lazo entre el padre o la madre y el hijo es una realidad que existe antes del reconocimiento, de modo que, el efectuar tal acto jurídico, solo genera consecuencias declarativas, pues manifiesta la conformidad de determinada situación real previa. Este entendimiento guarda relación con lo que nuestro Código ha establecido respecto al reconocimiento. En esa línea, Valencia Zea (1970) refiere que:

Tiene este carácter (declarativo) porque su finalidad —no es crear un nuevo estado de cosas”, sino comprobar una filiación ya existente desde la concepción. Por ser un acto declarativo y no atributivo, puede deducirse las siguientes consecuencias: a) el hijo adquiere la calidad de natural respecto a determinado padre, no desde el día en que se produjo el reconocimiento, sino desde el día de la concepción; para explicar este efecto del reconocimiento la doctrina suele decir que es retroactivo, pues los efectos de la filiación se producen desde la concepción y no a partir del día en que se verificó el mencionado reconocimiento; b) el padre puede reconocer al hijo natural antes de este haber nacido, o después de haber muerto, con el fin de legitimarlo. (pág. 421)

Según el artículo 395° del Código Civil, el reconocimiento es irrevocable y no admite modalidad. Si la lógica del Código fuera entender que el reconocimiento es un acto constitutivo, resultaría incongruente que se proscriba su posibilidad

de revocabilidad porque precisamente la naturaleza de los actos constitutivos reside en que el reconociente conserva la potestad de anular los efectos de su reconocimiento, en caso se manifiesten supuestos que requieran la revocación. Por tanto, el reconocimiento es un acto declarativo irrevocable, cuyo fundamento reside en la seguridad jurídica.

Respecto a la segunda cuestión, en la doctrina se discute si el reconocimiento es un acto jurídico o un negocio jurídico. La relación entre estas dos categorías del derecho es de género a especie, de modo que si decimos que el reconocimiento es un acto jurídico podría entenderse, extensivamente, que puede ser tanto un acto jurídico como un negocio jurídico. En todo caso, habría que mencionar que la diferencia entre un acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico es la autonomía privada. Mientras en el primero la autonomía privada se encuentra subordinada a normas de orden público e, incluso, consideradas como imperativas, en el segundo prevalece la autonomía privada.

A juicio nuestro, y tal como mayoritariamente se entiende en el Perú, estimamos que el reconocimiento es una institución en donde, si bien existe una parcela de autonomía privada en el extremo del reconocimiento voluntario, esta institución se encuentra regulada esencialmente por normas imperativas, siendo de interés público la determinación del vínculo de filiación. No solo existe de por medio el interés privativo de padre o madre del menor, sino también el derecho a la identidad de este último. Por tanto, es posible señalar que el reconocimiento no sería un negocio jurídico dentro de la típica clasificación de los actos jurídicos, sino que sería un acto jurídico en sentido estricto.

Una vez delimitado estas dos cuestiones problemáticas, conviene detenernos brevemente a explicar algunas características del reconocimiento, tanto a nivel legislativo como doctrinal.

En primer lugar, como venimos sosteniendo, se trata de un acto jurídico unilateral. Es decir, el propio padre o madre lo ejercita sin necesidad de que un tercero intervenga como requisito de validez y vigencia del reconocimiento. Por tanto, la perfección de este acto jurídico solo está sometida a que se manifieste expresamente del sujeto que pretende reconocer. Sin embargo, en la

literatura chilena, Gómez de la Torre Vargas (2017, pág. 155) precisa que —es un acto jurídico familiar, por el cual una persona declara que otra es su hija o hijo. Significa que no se trata de una mera facultad del padre o madre, porque es indudable que el hijo tiene un derecho subjetivo a ser reconocido”.

Lo que refiere esta jurista no se contrapone a que es un acto jurídico unilateral, puesto que en su concepto solo se apela a otra dimensión del reconocimiento, dando especial énfasis en el derecho a la identidad que tiene el menor. Por eso, luego la autora, añade que es —un acto jurídico unilateral, se perfecciona por la sola voluntad del padre o madre. Produce efectos, aunque el hijo o hija no tenga conocimiento y aunque tampoco lo tenga el otro progenitor, o terceros que puedan ser afectados por el reconocimiento” (Gómez de la Torre Vargas, 2017, pág. 156).

En segundo lugar, es un acto jurídico formal. En sentido contrario, no es un acto informal o donde no existan formas. El Código Civil peruano prevé, bajo sanción de nulidad, determinadas formas. El artículo 390 prescribe que —el reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento”. Son en estas tres vías las que clásicamente son aptas para configurar el reconocimiento. Sin embargo, es de añadirse que, a partir de la Ley N° 28439, se prevé que el reconocimiento también podría efectuarse durante la audiencia del proceso de filiación y alimentos.

En tercer lugar, es un acto jurídico voluntario o facultativo. Sin embargo, un sector estima que no es así. En todo caso, el sector mayoritario estima que es voluntario, puesto que nadie puede ser coactado, en contra de su voluntad, a reconocer un hijo que no es suyo. Al respecto, Valencia Zea (1970, pág. 420) señala que —constituye una declaración de voluntad, que como tal debe estar exenta de vicios (error, dolo, violencia), y además, que debe emanar de una persona capaz de reconocer hijos naturales”.

En cuarto lugar, es un acto personal. Dentro de la clásica clasificación entre actos jurídicos personalísimos y no personalísimos, el reconocimiento entra en la categoría de actos personalísimos. Solo lo puede hacer el padre o madre de forma directa, esto es, sin intermediarios. Salvo el supuesto configurado en el artículo 389 del Código Civil referido al reconocimiento por los abuelos o

abuelas. Cierta sector de la doctrina pregona que, de *lege ferenda*, sería adecuado que el reconocimiento deje de ser un acto personalísimo, a fin de que pueda ser posible el reconocimiento de un hijo no matrimonial mediante actos de poder (Aguilar Llanos, 2017). En la legislación chilena, sí es posible que el reconocimiento se celebre a través de mandatario, pero el mandato debe estar establecido por escritura pública y delimitada en su objetivo, tal como lo indica el artículo 190 del Código Civil chileno.

En quinto lugar, su reconocimiento es individual y no colectivo. Esta característica es lógica consecuencia de las otras características que venimos apuntando, ya que no se puede efectuar un reconocimiento colectivo, máxime que el padre o madre es uno solo, y no una pluralidad de personas. Además, quien es afectado por las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la paternidad o maternidad, es el mismo sujeto que lo efectúa y no otro. Así lo indica Barbero (1967, pág. 128), al señalar que —~~pe~~ el mismo tiene valor solamente para el progenitor por quien ha sido efectuado; y no debe contener indicaciones referentes al otro progenitor, las cuales, no sólo quedarían sin efecto y deberían en todo caso ser canceladas, sino que además expondrían al oficial público que las hubiese recibido y al oficial del estado civil”.

Finalmente, como sexto punto, es un acto puro e irrevocable. Se dice que es puro porque no cabe admisión de modalidad alguna. Es un acto que no se encuentra sujeto a condición, plazo, cargo o modo. Esta característica es consecuencia lógica de que estamos frente a un derecho fundamental de parte del menor a conocer su identidad biológica, de modo que no puede ser posible que se condicionen los derechos fundamentales. En cuanto a la irrevocabilidad de este acto jurídico, como apuntamos anteriormente, obedece a cuestiones de seguridad jurídica para el hijo que es reconocido, ya que desde el momento de su reconocimiento ya puede ejercer atribuciones y derechos inherentes a su condición. Pese a que la irrevocabilidad es un asunto que la doctrina unánimemente reconoce, ello no quiere decir que no es posible que se declare la nulidad del reconocimiento, puesto que, bajo determinadas circunstancias, cuanto operan ciertos vicios como error, dolo o violencia en la declaración de reconocimiento, es posible solicitar la nulidad (Valencia Zea, 1970).

Una vez delimitadas las características, conviene incidir en que no solo se reconoce doctrinalmente un tipo de reconocimiento, sino hasta tres. Siguiendo a Gómez de la Torre Vargas (2017), puede existir reconocimiento expreso espontáneo, reconocimiento voluntario tácito o presunto y reconocimiento voluntario provocado. El primero de ellos es aquel el cual el padre o madre efectúa de manera indubitable, a través de la exteriorización de un acto que permita concluir, sin lugar a equívocos, que acepta o afirma su paternidad o maternidad. El segundo de ellos es el que se efectúa con la mera inscripción del nacimiento. Es un reconocimiento prematuro y que potencialmente podría ser revocado, por ser uno *sui generis*, en caso el padre o madre haya inscrito a determinado sujeto como padre o madre, aunque cuando no lo es. Por último, el tercer tipo de reconocimiento es el que se produce tras haberse iniciado un proceso de reclamación de paternidad o filiación, pero antes de que judicialmente se imponga la paternidad o maternidad.

Además de la tipología, es necesario tener en cuenta que no todos pueden reconocer. Hay que cumplir una serie de condiciones, tal como lo es ser titular fáctico de un posible reconocimiento y tener capacidad para reconocer.

Respecto a la primera condición, debemos indicar que es titular fáctico tanto la madre como el padre. Normalmente, se piensa que el único que puede reconocer es el padre, pues se presume que, dado que el niño o niña nace de la madre, qué otra evidencia más inmediata podría existir de la maternidad. No obstante, la realidad parece sorprendernos, pues no son pocos los casos en los que mujeres dudan de su propia maternidad. Por tanto, no podemos circunscribir el reconocimiento a un asunto solo de varones, pues ello también podría implicar una forma de discriminación y estereotipo.

La madre o el padre pueden reconocer al menor de forma conjunta o separada. Pero, son ellos los únicos que, por regla general, podrían ejercer el acto jurídico de reconocimiento. Sin embargo, como indicamos anteriormente, nuestro Código Civil prevé unos supuestos determinados que exceptúan el reconocimiento por parte de quienes vendrían a ser los padres. Así, el artículo 389° del Código Civil señala que el hijo o hija extramatrimonial es pasible de ser reconocido por los abuelos o abuelas cuando el padre o madre haya fallecido o cuando hayan sido declarados desaparecidos y se haya nombrado

curador. También, los abuelos o abuelas pueden reconocer al hijo extramatrimonial cuando el padre o madre es menor de 14 años. Una vez que cumpla dicha edad, podrá reconocerlo directamente.

Respecto a la segunda condición, esto es, la capacidad para reconocer, hay que señalar, tal como indica Aguilar Llanos (2017), que:

No se trata de la capacidad de ejercicio señalada por ley y que ordinariamente se adquiere a los 18 años, aquí lo que se exige es un discernimiento, entendiéndose como tal la capacidad para distinguir las cosas, lo bueno de lo malo, lo conveniente de lo inconveniente, discernir es separar, si se está en la capacidad de conocer las cosas y diferenciarlas, entonces es posible reconocer (...). (pág. 155)

En tal sentido, debe diferenciarse la capacidad de reconocer con la nominal capacidad civil, puesto que, como hemos indicado previamente, incluso los adolescentes de 14 años a más pueden reconocer a sus hijos. Bajo esa premisa, la capacidad de reconocer no incide sobre aspectos de orden cuantitativo o etario, sino en el discernimiento o raciocinio de la persona que ejercerá el reconocimiento. Por su puesto, la valoración de esta capacidad se construye sobre criterios que, en principio, podrían calificarse de subjetivos. No obstante, debe indicarse que en ningún momento el buen discernimiento se debe confundir con la buena moral, porque este último asunto corresponde a la esfera interna del sujeto y poco tiene que hacer el derecho en tal ámbito.

2.1.1.4. Declaración judicial de filiación extramatrimonial

Como indicamos anteriormente, existen vías que el Derecho ha reconocido para determinar la filiación extramatrimonial. Una de ellas ya fue analizada de manera sintética en el apartado anterior. A continuación, nos centraremos en analizar los aspectos más medulares de la declaración judicial de filiación extramatrimonial.

Como punto de partida, debemos señalar que cuando no opera el reconocimiento, se puede acudir ante la autoridad judicial para que declare la

filiación del menor en base a determinados hechos que se encuentran en la categoría de —investigación judicial de la paternidad o maternidad”.

Como vimos, al ser el reconocimiento un acto jurídico unilateral y voluntario, se espera que quienes se consideran padres o madres lo manifiesten de forma espontánea. Sin embargo, en múltiples oportunidades ello no ocurre, de modo que el padre o madre acude ante los órganos jurisdiccionales a fin de que estos declaren la paternidad o maternidad de determinado sujeto respecto de un menor.

Es un aspecto esencial en relación al derecho de filiación, y se materializa como la libertad que tiene la persona para investigar y conocer la paternidad y maternidad que detentan la verdad biológica.

Como sucede en muchos casos, existen problemas al momento de establecer la filiación de una persona, siendo necesario establecer quien es el padre o la madre del filiado a través de los procedimientos respectivos instaurados para tal fin.

Es preciso indicar que este principio está relacionado íntimamente con el principio de conocer el propio origen; toda vez que las acciones necesarias que lo conforman, son tendientes precisamente al conocimiento del origen de la persona, que según Igraeda (2014) ha adquirido suficiente importancia para ser considerado incluso como un derecho humano, toda vez que se materializa como un elemento imprescindible en el bienestar psicológico de la persona, quien pretende conocer su procedencia; además conforma el derecho a la identidad.

Respecto a este derecho, es importante acotar, lo señalado por Quesada (1994), quien, haciendo referencia a la doctrina alemana, señaló que este derecho tiene incidencia en la dignidad y la libre personalidad de la persona, considerando que es posible fundamentar este derecho sobre los antes mencionados.

De esta forma, bien se puede entender que este derecho adquiere cierta relevancia en la filiación debido a su incidencia en la dignidad, considerando que este último es garantizado cuando la persona conoce su verdad biológica,

lo que posibilita el desarrollo de una vida que a su consideración se considera digna.

Es importante precisar que todos estos aspectos relacionados a la filiación, encuentra su sustento en la tutela y protección de la persona, y particularmente al menor y el interés superior del niño.

En ese sentido, bajo un Estado constitucional y de derecho, se garantiza la posibilidad de materializar acciones conducentes a la investigación de la paternidad y maternidad, que en buena cuenta terminan por incidir a la libre personalidad de la persona.

Al respecto, Rosero (2020) señala que este principio se constituye como un mecanismo necesario que permite favorecer a aquella persona que no tiene su filiación paterna o materna ya establecida. Se evidencia entonces, que este principio se deriva especialmente de la protección de la persona, y principalmente del menor cuando es su filiación la que no se encuentra definida.

Es necesario comprender que la posibilidad de lo precisado supone la posibilidad de establecer una autentica filiación, toda vez que los actos desplegados tendientes a este conocimiento sobre la identidad del menor, terminan por asegurar, sin mayor inconveniente, la verdad biológica de la persona.

Lógicamente este aspecto se encuentra limitado a ciertas circunstancias y consideraciones relevantes, como por ejemplo situaciones de fecundación in vitro, en donde resultaría lesivo a la intimidad del donante la investigación de sus antecedentes. Este supuesto es una circunstancia particular que supone un conglomerado de derechos y obligaciones, tanto para la madre como el donante.

Así, en ese judicial, es necesario que se realice toda una investigación a efectos de que se acredite la maternidad o paternidad del demandado. Con frecuencia son las madres quienes inician estos procesos, por lo que la doctrina se ha dedicado en su extensión a desarrollar cómo se daría la

investigación judicial de paternidad. No obstante, no por ello debemos excluir algunos comentarios sobre el otro supuesto.

En todo caso, debe indicarse que, para la acreditación de la maternidad o la paternidad, es exigencia fundamental el que se logre probar tal calidad, tal vínculo, y para ello son indispensable ciertas pruebas, tales como el de ADN. Respecto a la importancia de la declaración judicial de paternidad, Varsi Rospigliosi (1999) sostiene lo siguiente:

Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares. Sin embargo, la relación paternofilial y su connotación universal ha determinado que el Estado no sólo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas médicas, como las más adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad. La ética, la religión y la moral han influido sobre el interés jurídico por la protección de la estabilidad de las familias y ha incrementado el interés supremo y prevalente por la protección de los hijos, ya sean éstos matrimoniales o extramatrimoniales. (págs. 61, 62)

Existen algunas cuestiones interesantes sobre la investigación de la paternidad, que es necesario comentarlo de forma prevé. Un primer hecho es repasar la historia de esta institución, ya que si hacemos un recorrido bastante primigenio de cómo esta institución se manifestaba antes de la revolución francesa, podremos observar que había una plena libertad para efectuar investigaciones sobre la paternidad, hasta el punto de que el derecho contempla que las mujeres con su mera declaración de imputación de paternidad hacia un varón tenían el derecho de recibir una indemnización. En la etapa post revolución francesa, todo ello cambió, en tanto la legislación se volvió indiferente con los hijos extramatrimonial. Se restringió la investigación de la paternidad solo para determinados supuestos, hasta el punto cumbre en que con el Código Napoleónico se restringe totalmente la investigación de la

paternidad. Con el tiempo, se modificó la legislación francesa y nuevamente se regresó al sistema que reconoce la posibilidad de investigar la paternidad, pero bajo determinados supuestos (Aguilar Llanos, 2017).

Dicha evolución de la institución de la filiación extramatrimonial también se evidenció plenamente en el Perú, puesto que las primeras legislaciones civiles también se limitaron a establecer un sistema cerrado de investigación de la paternidad, partiendo de la existencia de determinadas situaciones bastantes restrictivas. Ello, por supuesto, generaba que en múltiples oportunidades no se reconociera la paternidad, sembrando así mayor inseguridad jurídica y la imposibilidad de los hijos extramatrimoniales a ejercer su derecho de filiación o identidad.

Hoy en día, nuestro Código Civil contiene un sistema de investigación de paternidad, si se quiere, amplio, por cuanto se ha habilitado la posibilidad de acudir a las pruebas científicas para investigar y acreditar la paternidad, con lo cual, a diferencia de legislaciones pasadas, significa un paso adelante hacia la efectivización del derecho a la identidad.

En el Código Civil peruano, se aborda esta cuestión en el Capítulo Segundo del Título II de la Sección Tercera del libro III, es decir, del artículo 402 al 414. El artículo 402° declara que la paternidad puede ser declarada judicialmente solo en determinados supuestos, siendo estos, a saber: 1. Al existir un escrito del padre sobre el cual no quepa duda en que se admita la paternidad, 2. Cuando se prueba la existencia de actos directos del padre o su familia hasta un año antes de la demanda, 3. Cuando hubiera existido una cohabitación de concubinato entre el presunto y la madre en el periodo de la concepción del bebé, 4. Cuando se den supuestos de violación, raptó o retención violenta de la mujer, siempre y cuando el periodo de comisión del delito coincida con el de concepción, 5. En los supuestos de seducción cumplida con promesa indubitable de matrimonio en periodo próximo a la concepción, y 6. Cuando quede acreditado el vínculo entre el presunto padre y el hijo a través de pruebas de ADN u otras pruebas de similar naturaleza.

¿Quién es el titular para ejercitar la acción de filiación extramatrimonial? es el hijo. Sin embargo, bajo determinados supuestos, es posible que la madre

pueda ejercerla en nombre de su hijo, por ejemplo, cuando sea menor de edad. Consecuentemente, el demandado es el presunto padre o, en caso este hubiera muerto o haya sido declarado desaparecido, contra sus herederos.

En cuanto a la declaración judicial de maternidad, el asunto no parece muy complicado. El artículo 409° del Código Civil peruano solo establece que se declarará la maternidad cuando se logre acreditar el hecho del parto y la identidad del hijo.

Tras el término del proceso de filiación extramatrimonial, el órgano jurisdiccional puede emitir tres diferentes tipos de fallo (Varsi Rospigliosi, 2006). El primero es uno que declara la paternidad, en razón de que la prueba científica por antonomasia en estos casos ha arrojado el resultado de la verdad genética. De modo que el ADN del demandado coincide con el ADN del menor, existiendo así una relación parental, y siendo indubitable en tales casos la existencia de tal vínculo. Aunque la prueba del ADN no sea 100 % confiable, contiene un mínimo grado de falibilidad, de modo que es empleada como elemento decisorio para este tipo de casos.

El segundo tipo de fallo es aquel que declara, de la misma manera que el anterior, la paternidad, pero debido a la inexistencia de una prueba científica como la de ADN. En este supuesto, el demandado no habría ejercido oposición a la demanda, y habiendo transcurrido el plazo, no se llegó a someter a la prueba científica de ADN. De ese modo, se le impone la paternidad de forma presunta, eliminándose en estos supuestos la necesidad de prueba científica previa. Esta sanción es dada directamente por la desidia y falta de colaboración del demandado para la dilucidación de la causa.

Por último, el tercer tipo de fallo es aquel en el que no se declara la paternidad, en razón de que la prueba de ADN haya arrojado resultados de no coincidencia entre el ADN del demandado y el ADN del menor. Ante tal resultado, es evidente que el órgano jurisdiccional ha de declarar infundada la demanda.

Ahora bien, respecto a los fallos, en específico, el que establece la paternidad por el supuesto en que la prueba de ADN haya demostrado indubitablemente ello o en el supuesto de la presunción por no oposición, existe una cuestión también controvertida, pero que un sector amplio de la doctrina se ha

encargado de consolidar una posición. Y es que el dilema es si la sentencia que declara la paternidad es de carácter declarativa o constitutivo del vínculo de filiación. Esta cuestión no es baladí, pues dependiendo de si tiene uno u otro carácter puede haber consecuencias en cuanto al reconocimiento de derechos sucesorios.

Por nuestra parte, al igual como argumentamos cuando nos abocamos al reconocimiento, estimamos que la sentencia que declara la paternidad es de carácter —~~de~~ “declarativo” y no constitutivo, ya que no se hace más que dejar certeza de un evento que en la realidad pre existe con anterioridad al inicio del proceso judicial de filiación extramatrimonial. Por tanto, no es posible entender que la sentencia que declara la filiación crea un derecho que antes no existía, puesto que en la realidad ya existía el vínculo biológico entre el padre y el hijo, pero dicho vínculo no era reconocido por el padre. Por tanto, estamos ante una sentencia de carácter declarativo de un derecho que pre existe.

2.1.1.5. Derecho de identidad o verdad biológica como fundamentos de la filiación extramatrimonial

El fundamento de la filiación expresado en un derecho fundamental radica en el derecho a la identidad, el cual es uno de amplio contenido y que ha sido bastante desarrollado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y comparada. En este acápite, nos centraremos en delimitar algunos aspectos sobre el particular, tales como su contenido, sus dimensiones, titulares y destinatarios.

Antes de entrar a delimitar cada uno señalado, es de advertirse que cada persona se distingue de otra por caracteres propios. Estos caracteres son parte de una identidad o forma de auto contemplarse. De ese modo, uno obtiene una identificación que se puede expresar de diversas maneras y en distintos ámbitos. El derecho a la identidad, por tanto, es aquel que nos permite diferenciarnos. Esa cuota de carácter propio es lo que va a distinguir a un ser humano de otro, y sin perjuicio de que en algunos casos se puede coincidir en uno o varios aspectos de la identidad personal, jamás ningún ser humano será

igual que otro, en tanto exista, mínimamente, algún aspecto que lo hace único e incomparable.

Bajo esta premisa, el derecho a la identidad tiene un contenido bastante amplio, y sobre el cual tanto los tribunales en materia de derechos humanos como la doctrina, se han encargado de delimitar. En el análisis que iremos realizando, notaremos que el derecho a la identidad es el género de una especie a la que se ha denominado —“verdad biológica” o “filiación”, que es el derecho que fundamenta en último término la filiación extramatrimonial.

De esta forma, para comprender de forma adecuada lo relativo a la identidad, es preciso indicar brevemente respecto a la verdad biológica. se ha constituido como uno de los principios esenciales cuando se trata el tema de la filiación, llegando a materializarse como un derecho tutelado por los distintos ordenamientos jurídicos y que implica el derecho de la persona de tomar conocimiento y vincularse a su identidad biológica, aspecto que solo se logra mediante la filiación jurídica. Cárdenas (2015) ha señalado que este aspecto es inherente y natural a toda persona, considerando que se ha materializado incluso como un derecho de carácter fundamental.

Se toma en cuenta que la verdad biológica o también denominado verdad material es un aspecto elemental de la filiación y responde al interés de la persona y del niño en caso de la concurrencia de menores de edad, en el cual se procura la tutela de los menores bajo determinadas circunstancias, considerándose un principio de carácter mundial.

Es importante, establecer la trascendencia de la verdad biológica y su necesaria consideración para establecer la identidad de la persona en la filiación, toda vez que la protección de la identidad, implica la garantía y efectivización del derecho a la verdad biológica

Se caracteriza por ser un derecho que engloba a todo ordenamiento o sistema jurídico, incluso se materializa como principio general y su fundamento radica en la investigación libre de paternidad que tiene incidencia en la dignidad de la persona, como bien lo refiere Aguirre (2013) —“Su fundamento constitucional se encontraría no solo en el principio de libre investigación de la paternidad, sino también, e incluso principalmente, en la dignidad de la persona”. (p. 92)

Es, en suma, el derecho de las personas a conocer el origen biológico individual, el cual se dimensiona a partir de considerar otros derechos fundamentales, como lo pueden ser el derecho a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad. Existirá sinergia entre tales derechos si previamente el derecho a la identidad se efectiviza, ya que este incide particularmente en el autoconocimiento y autoidentificación de la persona partiendo de un contexto social amplio.

A tenor de lo dicho, Rada y Bustos (2021) entienden sobre el particular:

El alcance del derecho a la identidad biológica involucra el acceder a la información biológica propia o de familiares directos, siempre y cuando haya motivos fundados para acceder a dicha información, pues cada uno de quienes interactúan con quien requiere la información, también detenta y ejerce su propio derecho a la identidad y a su vez, el derecho a la intimidad y vida privada. (pág. 928)

Lo descrito por los dos autores es tan solo una parcela del derecho a la identidad, expresado en su manifestación de verdad biológica. Por su parte, otros autores han incidido en otros aspectos como la autoconsciencia y la autodirección. Así, Uría Acevedo (2012) apunta que:

Un aspecto central de la identidad es el desarrollo de la conciencia de que uno es uno mismo y siempre el mismo a través de los múltiples cambios que se viven a lo largo de la vida. Es necesario que aquí se combinen estabilidad y dinamismo. Esto es especialmente crítico en el momento de la adolescencia en el que los cambios, también los físicos, son más marcados. Es fundamental el sentimiento de uno mismo como ser valioso: el sentimiento de estar a gusto con el propio cuerpo, de saber adónde se va y la seguridad interior relativa a que será uno reconocido y estimado por aquéllos que tienen importancia para uno. Finalmente, el sentimiento de ser capaz de auto dirigirse, de coherencia en la narración y desarrollo de la propia historia vital. Desde el nacimiento hasta la vejez y que unifica las características y potencialidades con los roles y aspiraciones. (pág. 408)

En suma, la identidad es un ámbito de la persona que no solo se ve representado, como apunta el citado autor, en aspectos de índole físico, sino

también en ámbitos culturales, sociales, políticos y hasta religiosos. Sin perjuicio de esta breve delimitación del derecho a la identidad, Gómez de la Torre Vargas (2017) es de la opinión que no existe una noción o definición dogmática que sintetice en unas cuantas líneas lo que ha de entenderse por derecho a la identidad, en razón a su complejidad estructural. De hecho, en el caso de la legislación chilena, se aprecia, incluso, que a nivel constitucional y legal no se reconoce un derecho a la identidad como tal, de modo que es configurado como un derecho implícito de los derechos de la personalidad. Así, la autora en comentario refiere que:

No hay definición dogmática, ni en la ley ni en la CDN. Esta última, si bien establece sus características, no da un concepto. Se lo define doctrinariamente como un derecho personalísimo, del que goza todo ser humano a ser uno mismo, en su compleja y múltiple diversidad de aspectos, alcanzando de esta forma su propia identidad. Es lo que distingue de los demás, sintetiza una autora española. Se lo relaciona con los atributos de ser único e irrepetible, frente al mundo social que rodea al individuo, —ser uno mismo y no otro—. Que pueda ser uno mismo y no otro, se traduce en que tiene derecho a ser inscrito inmediatamente después que nazca. (pág. 103)

Por lo anterior, podemos concluir que, si bien puede no haber una noción exacta de lo que ha de entenderse por derecho a la identidad sí podemos aproximarnos a su concepto a través de una descripción estructural de los principales detalles que la componen.

Así las cosas, definir el contenido del derecho que venimos analizando no es labor sencilla, pero en la doctrina se discute ampliamente al respecto. Así, hay dos posiciones que intentan definir su contenido. Un primer grupo de juristas entiende que el derecho a la identidad abarca la completa realidad existencial del ser humano e, incluso, tanto aspectos estáticos como dinámicos del propio individuo. En cambio, otro sector entiende que el contenido del derecho a la identidad solo se ve delimitado por aspectos estáticos.

El aspecto estático hace referencia a los signos externos del individuo, tales como la filiación, los datos personales, su nombre y apellido, entre otros. En cambio, el aspecto dinámico se encuentra conformado por atributos inherentes,

estos son, características intelectuales, ideológicas, éticas, morales, religiosas, entre otros. Como es lógico, estos últimos aspectos son fluctuantes, puesto que no se mantienen perennes en el tiempo, pueden variar dependiendo del contexto de cada persona. En cambio, el aspecto estático, conformado, como indicamos, por los datos personales, la filiación, la nacionalidad y otros aspectos de similar naturaleza, sí tienen una vocación de permanencia (Gómez de la Torre Vargas, 2017).

Así, la identidad en su aspecto estático refiere básicamente todo lo relacionado a identificación física, biológica o registral de la persona. En otros términos, hace referencia a todo lo relativo sobre la identidad de la persona que tiene una tendencia a permanecer en el tiempo y que consideran los atributos de la personalidad, los cuales son ligados íntimamente con la identificación de la persona.

En ese sentido, se reconoce que la característica más destacable es la permanencia en el tiempo, sin embargo, existen ciertas circunstancias justificadas que permiten su variación con la justificación pertinente, como por ejemplo lo relativo del derecho al nombre, el cual puede ser cambiado por razones sociales y de protección de derechos fundamentales.

Sobre el particular, Herrera (2015) señala que:

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

En la misma línea de pensamiento, Plácido (2006) establece que este aspecto de la identidad se hace presente desde que la persona nace, y en el transcurso de su vida se irán sumando otros elementos que en conjunto determinarán esta identidad estática. Es preciso indicar que todos estos elementos implementados a lo largo de la vida de la persona permiten que pueda ser identificado de forma plena y segura, sin que exista alguna variación, sino por causas justificadas.

Complementariamente a lo estipulado, Fernández (1992) ha señalado que

La identidad estática, llamada también primaria o física es aquella referida a los primeros rasgos personales visibles y que generan una primera e inmediata visión de cada individuo, tales como la identidad genética o filiación, nombre, nacionalidad, sexo, imagen y otras características físicas que distinguen a una determinada persona de las demás (...). (p. 251)

En suma, la identidad estática estará conformada por todos los aspectos que comprenden la identificación de la persona, los cuales pueden ser físicos, biológicos o registrales.

Por otro lado, se encuentra la identidad dinámica, la cual se encuentra en construcción de forma permanente, es decir que cambia en el transcurso del tiempo, como lo es por ejemplo la edad de la persona, la fisionomía, el entorno familiar y social, los vínculos afectivos que se hayan construido, etc. A diferencia de la identidad en su aspecto estático, esta se caracteriza por verse influenciado por factores culturales, sociológicos, ideológicos, políticos e incluso religiosos.

Todos estos factores detentan la construcción de la identidad en su sentido dinámico, pues la multiplicidad de elementos coadyuba a su conformación, independientemente de la identidad estática. Puede incluso establecerse que hace referencia a la verdad personal de cada ser humano.

Sobre el particular, Hernández (1997) ha señalado que:

El elemento dinámico de la identidad está pues compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la personalidad, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del hombre, entre otros elementos. Este plexo de atributos y características individualizadoras del sujeto se exterioriza, se proyecta al mundo exterior y permite a los demás identificar al sujeto en el seno de la comunidad. (p.248)

En buena cuenta, el aspecto dinámico de la identidad comprende aspectos de la personalidad, los cuales se van enriqueciendo con el transcurso del tiempo y bajo las experiencias e influencias que adquiera la persona en su desarrollo.

Esto incluye los valores y arraigos que pudiera detentar en virtud de la procedencia de la familia donde se desarrollada. Así, es preciso indicar que la identidad no es únicamente algo relativo a la identificación física o biológica de la persona, sino que también tiene relación con los diferentes aspectos que intervienen en su desarrollo personal.

Por lo anterior, el contenido del derecho a la identidad pasa, desde la opinión de un sector, a agrupar tanto aspectos estáticos como dinámicos en su totalidad. En cambio, para otro sector, solo se encontraría comprendido por aspectos estáticos. Consideramos, por nuestra parte, que no puede mantenerse una división dicotómica tajante entre aspectos dinámicos y aspectos estáticos. Entonces, ambos se vinculan y forman el contenido de la identidad del ser humano. Sin embargo, podemos añadir que ni siquiera los aspectos denominados estáticos son tan perennes como pareciera, porque uno puede renunciar a la nacionalidad en determinados países y hasta incluso cambiarse el nombre. De la misma forma, los aspectos denominados dinámicos sirven para poder valorar íntegramente los aspectos estáticos, y así caracterizar plenamente la identidad personal. Al final de cuenta, todos estos aspectos pueden ir variando de acuerdo a ciertos condicionamientos genéticos o ambientales (Gómez de la Torre Vargas, 2017).

En cuanto a las dimensiones del derecho a la identidad, Rada y Bustos (2021)refieren que:

El derecho a la identidad tiene un alcance amplio, existiendo diversas dimensiones del mismo, y encontrándose en permanente variación o evolución dado que en él influyen una diversidad de factores que forman parte de nuestra vida y nuestro desarrollo: algunos de los cuales se han ido incorporando a nuestro entorno con el paso del tiempo y los avances tecnológicos. Lo que, además, como se puede suponer, seguirá ocurriendo en el futuro. Por esta razón debemos considerar el derecho a la identidad como uno flexible y dinámico. (pág. 924)

Según los titulares del derecho a la identidad, se puede aseverar que existen dos grandes dimensiones. Una individual y otra colectiva.

La primera dimensión tiene como titular al individuo propiamente dicho. Desde esta realidad, se asevera que el derecho a la identidad es personalísimo, propio de cada sujeto, es decir, inherente a su existencia como ser humano, y, por consiguiente, pre existe independientemente de atributos como la edad, el sector, la forma de pensar, o la condición social. Consecuentemente, si el titular de tal derecho es el propio ser humano, el destinatario es el Estado, que es la entelequia, concretizada en las diversas instituciones de la Administración Pública, que deben procurar asegurar las condiciones para que todo individuo pueda ejercer su derecho a la identidad sin perturbaciones ni intromisiones ilegítimos. Rada y Bustos (2021) agregan que la sociedad también es destinataria del derecho a la identidad, puesto que la identidad de cada individuo, antes que todo, debe tener un reconocimiento social que lo haga único en su especie. Por tal motivo, estos autores apuntan que lo que hace el Estado es transformar la identidad social de la persona en una identidad jurídica.

La segunda dimensión, esto es, la colectiva, alude al cúmulo de personas que se unen por vínculos propios de su identidad cultural colectiva. Así, aquellas personas que comparten la identidad culturas son titulares —colectivos” de tal derecho y, correlativamente, tienen la potencia suficiente para exigir el salvaguardo y respeto de lo que comprende jurídicamente su identidad cultural. Por tanto, en este caso, también el Estado es incipiente destinatario para el respeto, protección y garantía del derecho a la identidad en su dimensión colectiva. Al igual como ocurre con la identidad individual que no se agota en una identidad de carácter jurídico, sino, antes que todo, social; la identidad colectiva comparte aspectos políticos y sociales, que, tal como lo indican Rada y Bustos (2021), se relacionan —con la aspiración que detenta la comunidad toda para ver protegida la diversidad y riqueza cultural, a través del resguardo de las distintas identidades, independientemente de su pertenencia o no a dicha cultura, grupo o movimiento”.

De lo visto, la identidad es un derecho fundamental complejo. En nuestra latitud, a diferencia de otras, sí se encuentra configurado la identidad como un derecho fundamental en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993. De hecho, es a partir de dicha Constitución que aquel derecho tiene

reconocimiento expreso. Por su parte, el artículo 6° del Código de los Niños y Adolescentes, vigente desde el 2000, prevé el derecho a la identidad de los menores, el cual tiene una intrínseca relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin perturbaciones externas de ningún tipo. Así, de forma expresa se instituye la obligación estatal de tutelar tales derechos y castigar aquellos actos que impliquen su alteración.

No obstante lo anterior, pese a que existe un derecho fundamental a la identidad, no existe un derecho a conocer la identidad biológica, o, al menos no ha sido reconocido de forma autónoma. De hecho, se reconoce como parte del derecho a la identidad. Sin embargo, por filiación o verdad biológica ha de entenderse una fuente de derechos y obligaciones. Al respecto, se han emitido algunas cuantas jurisprudencias. Así, en la Casación N° 299-2000, Huancavelica, la Corte Suprema (2000) indicó que —el derecho al nombre que es parte del derecho a la identidad, implica además (...) el derecho que tiene toda persona de poder conocer su origen y quiénes son sus progenitores, por lo que no se está protegiendo la identidad de una persona al mantenerla en la creencia, a través de un documento oficial, que su padre es una persona que legalmente no tiene tal calidad” (fundamento cuarto).

En el mismo sentido, en la Casación N° 2151-2016, Junín, la Corte Suprema (2018) apostilló que el derecho a la identidad —comprende diversos aspectos de la persona, que van desde los más estrictamente físicos y biológicos (su herencia genética, sus características corporales, etcétera), hasta los de mayor desarrollo interno o espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación, entre otros)” (fundamento séptimo).

En cuanto a la jurisprudencia comparada, la Corte Suprema Chilena (2015) en el ROL N° 1102-2015, ha enfatizado que:

Que el derecho a la identidad, que es de carácter humano y que comprende el derecho a un nombre propio y a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad, en el ámbito del derecho de filiación dice relación con la potestad de toda persona a conocer su origen, esto es, su verdad biológica. (Fundamento tercero)

De la misma forma, en el ROL N° 4311-2013, la mista Corte Suprema Chilena (2013) indicó que:

(...) En el ámbito de solución de conflictos en materia de filiación, es claro que el principio de la identidad biológica es fundamental en la actual legislación, lo que implica la prevalencia de la verdad real o biológica por sobre la verdad formal, lo que se aprecia en la fuerza probatoria otorgada a las pruebas periciales de carácter biológico, que sólo ceden, por orden expresa del legislador civil. (Fundamento tercero)

En la misma línea, Blasco Gascó (2021, pág. 183), comentando la STC N° 138/2005 del Tribunal Constitucional de España, precisó que *“las exigencias del principio de veracidad biológica o prevalencia de la verdad biológica pueden y deben cohonestarse con las que impone el principio de seguridad jurídica en las relaciones familiares y de estabilidad de los estados civiles, especialmente en el interés de los menores de edad”*.

2.1.1.6. Interés superior del niño en la filiación extramatrimonial

El interés superior del menor es un término que no tiene un origen remoto. De hecho, su existencia data de no más de hace 35 años en el mundo jurídico, y se ha empleado tal término para referirse a diversas situaciones. Pero, en razón de su múltiple y mal uso, ha perdido contenido, al punto de ser catalogado como un principio subsidiario, es decir, que en último término resulta de aplicación en todos los casos. Las legislaciones de diversas partes del mundo han recogido dicho principio como una manifestación propia de sus compromisos internacionales en aras de tutelar la familia, pero, en específico, el interés del menor, incluso, por encima del de los padres, por cuanto se entiende actualmente que, antes que un beneficio, la paternidad es un oficio.

Bajo tal contexto, Hernández Domínguez y Castillo Santiago (2019) nos resumen una serie de consecuencias problemáticas que trae consigo el uso indeterminado de este concepto jurídico-civil. Entre tales consecuencias se encuentran que imposibilita la obtención de una interpretación lineal o uniforme en todos los casos, hace patente el empleo arbitrario por parte de los órganos jurisdiccionales para legitimar cualquier decisión, crea un clima de inseguridad jurídica en los justiciables al ser usada indistintamente en las resoluciones

judiciales, y da cabida a un gran margen de discrecionalidad para hacer aplicado, lo cual causa, por extensión, que la tutela de los derechos del niño y los menores sea difusa .

En esa misma línea, Ales Uría Acevedo (2012) precisa lo siguiente:

La figura del menor es especialmente relevante dentro del Derecho civil y el mentado interés del menor o interés superior del niño —según la terminología que se prefiera— no se limita a informar al Derecho de familia, sino que también se extendiendo a los aspectos patrimoniales del Derecho privado¹⁰⁸. Sin embargo, el término es altamente impreciso y carente de concreción jurídica; es lo que se denomina un estándar jurídico. (pág. 91)

A tenor de lo expuesto, a continuación, plantearemos algunas definiciones que, en la doctrina comparada, mayoritariamente europea, se han elaborado para definir el interés superior del menor. Comenzando por la doctrina italiana, podemos observar que se considera al interés superior de los menores como dos intereses. Uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. El primero comprende toda la utilidad temporal o espacial en favor del menor. El segundo, por su parte, implica cualquier utilidad o ventaja que esté ligada con las inclinaciones y las metas aspiraciones del menor, los cuales tienen un peso determinante en el incremento de las capacidad y aptitudes del menor en diversos ámbitos de su vida (Castillo Santiago & Hernández Domínguez, 2019).

En la doctrina francesa, podemos notar dos tendencias diferenciadas que le atribuyen rasgos particulares al interés superior del menor. Por un lado, Donnier (1987) estima que el interés del menor se determina en función a parámetros objetivos, pero desde la perspectiva de sus tutores o padres. Bajo tal supuesto, no interesa la voluntad del menor ni mucho menos su parecer particular para mediar el interés del menor en el caso en concreto, por tratarse de aún de una incipiente voluntad carente de juicio de valor. En todo caso, el referido autor apunta que el interés del menor se concretiza, por un lado, en la prevalencia del interés de corte moral ante situaciones materiales de conflicto y, por otro lado, la exigencia de un clima de estabilidad y paz para que el menor pueda desenvolverse.

En cambio, por parte de Savatier (2003) se aprecia que este autor le dota una especial valía a los intereses, gustos y deseos del menor, ya que refiere que —las adopciones y decisiones que se adopten en relación con él se acomodarían al interés de aquel en la medida en que coincidan o se corresponda con su deseo” (Savatier, 2003, pág. 998).

Por último, en la doctrina anglosajona se puede apreciar un mejor desarrollo del interés superior del menor, por cuanto se lo vincula con la idea de —bienestar”. Existen diversos autores como Lindley, Bromley o Bevan, que acentúan en mayor o menor medida ciertos rasgos del bienestar que el menor debe tener, señalándose que este no se reduce exclusivamente al de carácter físico, sino también al moral, religioso o espiritual. Estos, incluso, pueden llegar a tener el mismo valor que el bienestar físico, ya que incide directamente en el desarrollo de la personalidad del menor, que es una idea clave para comprender el principio de interés superior del niño para la doctrina anglosajona.

En la literatura española se aprecia que el término —interés del menor” es útil por abarcar una amplia cantidad de formas en que se puede extender la protección al menor, de modo que constituye una pieza fundamental de toda legislación aplicable a los menores de edad. Lo que se pretende es un equilibrio dialógico entre la heteroprotección y la autoprotección del menor en concordancia con su autonomía volitiva en constante independencia. Ales Uría Acevedo (2012, págs. 92, 93) reconoce que el dar prioridad a los menores en diversos ámbitos para garantizar su protección e interés en nada supone generar una especie de discriminación indirecta o inversa, sino que implica —reconocer al menor de edad como persona con plenitud de derechos que, si bien por sus particulares circunstancias no será capaz de ejercitar plenamente, les corresponde en titularidad”. Bajo ese orden de ideas, la citada autora agrega que:

(...) El interés del menor es un principio que debe guiar al ordenamiento normativo y detiene su efectividad allí donde el Derecho no puede avanzar; la norma puede indicar que los deberes de la patria potestad incluyen el trato personal con el hijo, pero no puede crear un lazo afectivo y espiritual donde la voluntad no lo desea. Desde esta

perspectiva, ha de otorgárseles y reconocérsele las garantías necesarias para su desarrollo como tal, sin olvidar que el interés del menor es un valor jurídicamente protegido, emergente de concepciones sociológicas, ideológicas y jurídicas. (pág. 93).

Cabe destacar, como hemos apuntado líneas atrás, que el interés del menor es un término que no ha recibido extensiva definición en los tratados internacionales o en las legislaciones sobre la materia. De hecho, la Convención de los Derechos del Niño tan solo precisa en el artículo 3 que —en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Sin embargo, es posible extraer algunas consideraciones a partir de dicho artículo. Así, siguiendo a Gómez de la Torre Vargas (2017), el principio de interés superior del niño tiene una triple función. Primero, opera como una garantía, por cuanto asegura que en toda decisión en la que se encuentren vinculadas niños o menores de edad, se deben especial consideración a sus derechos. Segundo, opera como una norma orientadora, ya que exige tanto a los legisladores, jueces e instituciones públicas y privadas a que estimen los derechos e intereses del menor como prevalentes en toda situación de conflicto. Y, tercero, representa una norma de interpretación y solución de conflictos intersubjetivos.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño (2013) en su Observación General N° 14 ha establecido que el interés superior del menor tiene tres dimensiones, siendo así un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Es un derecho subjetivo porque implica que el interés del menor sea considerado primordialmente al sopesar otros intereses. En un principio jurídico de interpretación, en razón porque se aplica para elegir una interpretación ante la concurrencia de varias interpretaciones que de una disposición jurídica se emita. Por tanto, se elegirá la interpretación más favorable con el interés superior del menor. Por último, es una norma de procedimiento, ya que orienta a que en toda decisión que se tome y que

involucran menores, debe también analizarse una estimación de las probables repercusiones que tal o cual decisión puede en el menor o menores envueltos.

En el derecho nacional, Sokolich Alva (2013) ha señalado que la importancia del interés superior del niño es tal que corresponde a los operadores judiciales garantizar el respeto de dicho interés y otras garantías esenciales en el proceso. De hecho, este interés exige que los órganos judiciales motiven debidamente y concreten en qué consiste tal interés en el caso en concreto, así como la forma cómo se debería aplicar. Por tanto, según la autora en comentario, el interés superior del menor ~~—de~~ indiscutiblemente ser la guía en toma de cualquier decisión pública o privada, más aún en sede judicial” (pág. 84). Sin embargo, la autora precisa que las resoluciones judiciales no deben contener enunciativamente el término ~~—~~“interés superior del menor” como una frase cliché o de apoyo, pues su sola mención no significa una debida motivación ni la construcción de una argumentación sólida, razonable y racional de una posición judicial. Por ello, la alusión a tal término ~~—de~~ debe ser la consecuencia lógica de la valoración de todo el caudal probatorio aportado al proceso, a partir del cual el Juzgador utilizando su apreciación razonada determinará lo mejor para el niño” (2013, pág. 84).

En palabras de Aguilar Cavallo (2008), existe una propuesta detrás de reconocer el interés superior del niño en todas las legislaciones, y es que precisamente dicho interés prevalezca en las cuestiones en las que se resuelvan problemas que atañen a niños y adolescentes. Por tanto, este principio reivindica los intereses del niño, haciendo notar que este es un auténtico ser humano, un sujeto de derechos, y, que por ser tal, merece respeto y protección tanto por parte de la sociedad como del Estado mismo. Así, este autor precisa que ~~—el~~interés superior implica abandonar viejas presunciones y reconocer que los niños y niñas sí son capaces, sí pueden pronunciarse, incluso sobre los ~~—~~“estados del alma” (Aguilar Cavallo, 2008, pág. 230). Según lo afirmado por este autor, observamos que lo que entiende por interés superior se encuentra muy relacionada con la posición de la doctrina francesa que le asigna una particular valía a los intereses, deseos y aspiraciones del menor.

Entonces, es claro que existe una visión infantocéntrica de los asuntos que atañen a los niños, pues su interés prevalece por sobre los intereses de otros sujetos. El contenido esencial de este derecho y principio consiste en la necesidad de protección de los derechos fundamentales de todo niño a efectos de que fomente adecuadamente el pleno y libre desarrollo de la personalidad, mediante un conjunto de valores que los padres y la sociedad inculcan a los menores desde temprana edad (López-Contreras, 2015). Correlativamente, esta necesidad de protección viene aparejada con una exigencia de respecto a la dignidad del menor, ya que, sin perjuicio de su condición, no puede ser tratado indiferentemente.

A tenor de lo expuesto, observamos que el principio de interés superior del niño representa uno de los fundamentos-guía para la toma de decisiones en asuntos donde están en juego intereses, parecer y situaciones favorables para los menores. En el caso particular de la filiación, este principio se manifiesta copulativamente con el derecho a la identidad, a efectos de que el menor pueda ver satisfecho la necesidad de tener reconocido un padre y una madre biológica en el mejor de los casos. En otras circunstancias, no será el padre biológico quien reconozca al menor, sino un padre o madre social. Bajo ese punto de partida, es necesario que el menor pueda encontrar amparo para que el derecho le reconozca y determine el vínculo filiatorio con cualquiera de sus progenitores.

De manera específica, cuando nos situamos en la filiación extramatrimonial, el principio de interés superior del niño guía las decisiones judiciales para que el juez realiza una eficaz investigación de la paternidad o maternidad en aras de determinar fehacientemente el vínculo filiatorio y se atribuya la paternidad o maternidad a quien corresponda. Por tanto, se le obliga, incluso, pese a su negativa al padre biológico a reconocer el vínculo de filiación con el menor en caso las pruebas científicas así lo declaran, y dicha obligación opera como una manifestación de la puesta en práctica del interés superior del menor, ya que el que cuente con un padre biológico le permitirá, en principio, poder acceder a una pensión alimenticia que permita cubrir sus necesidades básicas.

Correlativamente, en el caso de las presunciones que guían en el proceso de filiación, el principio de interés superior del menor resulta operativo, ya que la

existencia de las presunciones, como la declaratoria de paternidad ante la oposición del presunto padre a someterse a un examen de ADN, se sustenta en el interés estatal por reconocer el vínculo filiatorio del menor, lo cual implica poner, en primer lugar, los intereses del menor, antes que la del presunto padre. Ello obedece a que las consecuencias del reconocimiento del vínculo filiatorio pueden resultar favorable para que el menor pueda desarrollar plena y efectivamente su personalidad.

2.1.1.7. Control difuso en materia de filiación

El control difuso es una facultad de los órganos de administración de justicia para inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El mecanismo de revisión judicial de las leyes de origen norteamericano, nacido a partir del popular caso *Marbury vs. Madison*, se encuentra instituido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional, el cual precisa que —cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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”.

Como se aprecia, el control judicial de las leyes es de inaplicación, y no de derogación o declaración de invalidez de las normas, hecho en el que precisamente recae su diferencia con el control concentrado de leyes, que es un atributo propio y exclusivamente del Tribunal Constitucional. El control difuso es aplicable solo al caso concreto, es decir, que la inaplicación de la norma por ser incompatible con la Constitución solo tendrá efecto para el caso en concreto y dichos efectos solo vincularán a las partes y no a terceros.

Por tal motivo, este control judicial de las leyes lo puede ejercer toda la judicatura. Desde el juez ordinario hasta colegiados supremos. Sin embargo, al ser aplicado el control difuso, existe una obligación de los jueces de elevar en consulta la aplicación del control difuso a la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema a efectos de que evalúe si se inaplicó debidamente la norma.

Para inaplicar la norma al caso en concreto no basta con que esta sea incompatible con la Constitución, sino que, como expresa el artículo VII del

Código Procesal Constitucional, es necesario que dicha inaplicación sea relevante para resolución de la materia de conflicto y que no exista otra interpretación que se le puede hacer a la norma y que resulte favorable con la Constitución. Si se acredita que se reúne copulativamente tales circunstancias, el operador jurisdiccional tiene la potestad de aplicar control difuso de constitucionalidad.

La Constitución, al ser la norma matriz del ordenamiento jurídico, encarna una serie de valores, atributos y derechos fundamentales de la persona que han de ser respetados y garantizados por el Estado. De ese modo, si ni quiera el legislador puede emitir normas que abiertamente puedan contravenir la Constitución. Así, el control judicial de las leyes surge como una herramienta para reivindicar la supremacía constitucional a casos en específico.

En materia de filiación, existen múltiples resoluciones judiciales en donde se ha aplicado control difuso de diversos artículos. En ese sentido, tan solo nos limitaremos a comentar algunos aspectos relevantes al respecto.

Ha habido ocasiones en la que los órganos jurisdiccionales ha inaplicado el artículo 400° del Código Civil referido al plazo para negar el reconocimiento. Según dicho artículo, —eplazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto”. Interpretando el artículo, podemos concluir que, si no se impugna o niega el reconocimiento de paternidad en el plazo de los 90 días, ya no será posible más adelante por dicha restricción legal. En la Consulta N° 2858-2002, una Sala de Familia de la Corte Superior inaplicó dicho artículo para permitir a un sujeto demandar la paternidad extramatrimonial de un menor (Ramírez Huaroto, 2018). Según los hechos del caso, el menor había nacido en julio de 2001. Sin embargo, el demandante había presentado la demanda de negación de reconocimiento de paternidad y, por tanto, de reconocimiento de paternidad extramatrimonial, cuando ya habían pasado más de 90 días.

La inaplicación de tal artículo se hizo con el fin de que la demanda del presunto padre fuera declarada admitida y que, eventualmente, de comprobarse que el demandante era el verdadero padre biológico, le sea reconocido la paternidad a este y se anule la paternidad del otro sujeto que reconoció al menor. Los

argumentos que empleó la Sala Superior de Familia se encontraban plagado de referencias al derecho a la identidad biológica, el principio del interés superior del menor, así como el derecho a la filiación y a la identidad.

También, en otras oportunidades, como la presentada en la Consulta N° 2932-2008, se ha inaplicado el artículo 364 del Código Civil, el cual se refiere al plazo de acción contestatoria (Ramírez Huaroto, 2018). Según dicho artículo, –al acción contestatoria 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”. Este artículo opera sobre la base de una presunción que nuestro Código Civil ha contemplado. Se presume que es padre del hijo de mujer casada la persona con la que la mujer se encuentra unida por el vínculo matrimonial. En tal sentido, no es necesario que este lo reconozca. Sin embargo, sí tiene un plazo para plantear la acción contestatoria en aras de negar su paternidad.

En base a lo que venimos comentando, los hechos del caso citado fueron los siguientes: un señor interpone una demanda de impugnación de paternidad por cuanto este se encontraba formalmente casado con una mujer, pero en la práctica estaba separado. Entonces, durante el periodo de separación, la mujer tuvo una hija y se le atribuyó la paternidad biológica al esposo de tal mujer. Con los años, la hija decisión interponer una demanda de alimentos al señor que formalmente era su padre. A partir de ello, el señor demandó impugnación de su paternidad por cuanto afirmaba no ser el padre biológico de la mujer que reclamaba alimentos.

En tal sentido, el Juzgado Especializado de Familia inaplicó el artículo 364° del Código Civil por contravenir contra el derecho a la identidad, reconocido en el artículo 2°, inciso 1), cuyo contenido implícito es la identidad biológica o el derecho de filiación (Ramírez Huaroto, 2018). Asimismo, se usó como sustentó el artículo 6° de la Constitución, el cual alude a que –al política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsable”. En tal sentido, resultada incompatible con la Constitución el artículo 364° por cuanto no le permitía a una persona a quien posiblemente se le había atribuido la paternidad en base a una presunción legal, impugnar tal paternidad. Entonces, se limitaba las posibilidades del derecho a conocer la

verdad biológica respecto a la filiación que se le había impuesto. El argumento de preservación de la identidad humana fue clave para sustentar la correcta aplicación del control difuso, por cuando no es posible que por normas que establecen plazos se le limite la posibilidad de conocer la auténtica identidad biológica.

A tenor de lo expuesto, observamos que aún la regulación que existe en el Perú en materia de filiación se encuentra desfasada, por cuanto nuestro Código Civil no ha incorporado aún la perspectiva de género para dar cabida a las nuevas y complejas realidades sociales existentes. Por dicho motivo aún existen presunciones que tienen poco o nulo asidero en la realidad nacional y que lindan con la lesión a determinados derechos fundamentales, particularmente, los derechos a la identidad biológica y el principio del interés superior del menor. Las diversas sentencias existentes en materia de filiación, con frecuencia, solo consideran dos posiciones al abordar toda controversia. Primero, la del menor sujeto del proceso de filiación. Segundo, la del presunto padre. Se deja de lado, por tanto, un análisis minucioso de la situación de la mujer y su interés en el proceso. Los análisis de constitucionalidad para la inaplicación de determinadas normas sustantivas carecen de perspectiva de género, y generan tratamientos diferenciados en desfavor de la mujer (Ramírez Huaroto, 2018). Por tanto, sería aconsejable siempre ampliar la perspectiva de análisis en las sentencias de filiación cuando se inaplica una norma, vía control difuso, por ser incompatible con la Constitución, sobre todo en los procesos de filiación extramatrimonial.

2.1.2. El notario y la función notarial

2.1.2.1. El notario

En principio, se especifica que el notariado es una institución del derecho que tiene la finalidad de garantizar la verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos que toda persona realice. Bajo este alcance se entiende el concepto de notario.

El artículo 2° del Decreto Legislativo del Notariado define al notario como: –el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y

contratos que ante él se celebran”. Ley conceptualiza entonces al notario como el profesional encargado de dar fe de ciertos actos y contratos que sean celebrados ante él. En otros términos, se encargará de validar los actos y contratos ante los celebrados, ello con la finalidad de formalizarlos, tal y como lo estipula el segundo párrafo del artículo en mención: -Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos, a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes”.

Por lado también puede concebirse al notario como aquel funcionario facultado para recibir actos a los cuales las partes quieran dar el carácter de autenticidad y darles fecha cierta o seguridad jurídica según corresponda al caso concreto. Igualmente se conceptualiza como aquel jurisperito que a través de diversas funciones da perfección y garantiza la verdad de ciertos actos y contratos que ante él se efectúen.

Es un profesional especializado que garantiza la veracidad de ciertos documentos y actos jurídicos que se celebran, dotando a dichos documentos de fecha cierta y tales actos de una garantía de veracidad. Sobre el particular Tambini (2006) nos señala que:

(...) el Notario es el abogado que al asumir el cargo de Notario, adquiere la calidad de funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma, de acuerdo a ley, a los actos y contratos que ante él se celebran, asesorando imparcialmente a las partes, formalizando su voluntad al redactar los instrumentos notariales, conservando los originales en su archivo, en caso fueran instrumentos públicos protocolares, y expidiendo las copias de los mismos al ser requeridas por los interesado. (Pág. 54-55)

Para el autor, el Notario es un abogado que al especializarse en el campo notarial se convierte automáticamente en un funcionario público, al cual se le inviste la fe pública, misma que está destinada para autenticar y dar forma a todo acto y contrato celebrado ante él. Así mismo el notario sería el funcionario que asesora imparcialmente a las partes y quien formaliza la voluntad de estas a través de ciertos instrumentos notariales.

Bajo estos alcances se entiende que el Notario posee dos características que están fusionadas entre sí: es un profesional del derecho y a la vez es un funcionario público. Se entiende que es un profesional del derecho pues se ha profesionalidad en el ámbito del derecho a través de una carrera universitaria, especializándose posteriormente en el derecho notarial y funcionario público porque en sus actuaciones o funciones obra en nombre del poder público, es decir que emite un carácter oficial a los actos en lo que interviene para dar fe. De esta forma, tiene el poder o facultad para hacer constar con pública fe las relaciones privadas que se han efectuado ante su presencia.

En esa perspectiva Torres (1969) nos especifica que: -Es funcionario público, porque ejerce una función de carácter público, como es la de participar en la aplicación del derecho a los actos privados de los particulares; porque el hacer documentos públicos, es sin duda función pública". (Pág. 70). No obstante, debe tomarse en cuenta que el hecho de considerarse "funcionario público" no convierte al notario en un funcionario del Estado, de tal forma que pertenezca a la organización jerarquizada del Estado.

En ese sentido, al mismo tiempo que resulta ser un profesional del derecho, en tanto ejerce esta función de forma profesional, tomando en cuenta los lineamientos que las normas han estipulado y que el ordenamiento jurídico ha establecido para un Estado de derecho. Debe tomarse en cuenta que ante el notario se tutelan intereses jurídicos por ende su actuación debe ser imparcial.

Así mismo el Notario asiste como cosa natural al inicio y desarrollo de un acto jurídico, acto que se ha sometido a la autorización del mismo y ha desplegado una labora de dirección adecuando los intereses de las partes o parte de acuerdo a los parámetros del ordenamiento jurídico.

Un concepto importante es el dado por Carral y De Teresa (1978):

El notario tutela intereses de orden colectivo y privado; es de asistencia legal a la voluntad negocial, y tiene atribuciones de fe pública como eficacia del acto. Es imprescindible el carácter de profesional libre, para

que exista la imparcialidad de la obra notarial, así como independencia del juicio, y para lograr el continuo perfeccionamiento de la capacidad jurídica y moral del notario. El notario cumple y aplica la ley en interés de la colectividad, como conjunto de particulares; pero no en interés del Estado: recibe el encargo directamente de las partes, cuida de sus intereses, escoge soluciones convenientes al cliente, y se constituye en su guía, de modo a obtener los máximos resultados con un mínimo de medios. (Pág. 106)

Tal y como lo menciona el autor, el notario es de asistencia legal a la voluntad negocial, pues se encarga solo de dar fe a los actos que ante él se celebran, formalizando precisamente dicha voluntad. Es debido a ello que tiene atribuciones de fe pública como eficacia del acto. Asimismo, tal y como se menciona el Notario no cumple y aplica la ley en favor del Estado, sino que su función está dirigida a favor de la colectividad, entendiendo a esta como el conjunto de particulares; de esta forma recibe la solicitud directamente de los particulares, tutela sus intereses y da fe de todos los actos realizados ante él.

Ahora bien, se tiene que el Notario también tiene como misión documentar todos los acuerdos que se realicen ante él, es decir justificar en documento los acuerdos entre las partes formalizando dichos actos apoyado en la autoridad estatal. De esta manera se entiende que la intervención del notario se asemeja a una intervención estatal, en lo que concierne a la regularización de las relaciones de carácter privado con la intención de que dichas relaciones tengan cierta eficacia.

Esto quiere decir que el Notario legitima, pues al ejercer su función, tal y como lo menciona Barragán (1979):

(...) lo hace como órgano de aquella función contentiva del conjunto de reglas jurídicas que el Estado da para que ciertos actos y hechos jurídicos, los contratos, los negocios, los derechos y las obligaciones que de unos y otros emanan, tengan certeza, veracidad, seguridad, autenticidad, y quizás en mayor grado, al servicio del interés público o general. (Pág. 8)

Bajo todos estos aspectos, puede entenderse que el notario y su misión engloban la seguridad jurídica, que es la consecuencia de la función del Notario. La seguridad jurídica si bien puede resultar un concepto un tanto abstracto, atañe o comprende una serie de presupuestos que nuestro ordenamiento considera para ser una finalidad.

De esta forma, el sistema notarial y por ende el notario tiene como finalidad la seguridad jurídica, comprendiendo a esta como la certeza legal de los efectos jurídicos que derivan de los actos de particulares y en el ámbito notarial se basa en una serie de mecanismos que la norma ha impuesto a los notarios. Sobre este aspecto, Mallqui (2015) manifiesta que:

Se exige que los instrumentos públicos protocolares y extra protocolares cumplan con determinados mecanismos de seguridad, que a su vez el notario deberá tener la habilidad y pericia para identificar a las personas elaborar técnicamente los instrumentos, así como capacidad para cotejar y comprobar que sean las partes contratantes a fin de evitar suplantaciones y fraudes. (Pág. 9)

Bajo esta premisa, en suma, se entiende que el notario es un profesional del derecho que cumple con una función pública, cuya misión es: documentar, interpretar y dar fe de los actos de particulares que se llevan a cabo, dando seguridad jurídica a las relaciones entre estos particulares y formalizando dichos actos. En ese sentido, es documentador pues redacta los documentos que contienen los actos de los particulares, da fe porque autentifica el documento con su intervención y es intérprete pues actúa como mediador u operador jurídico, indagando a través de la voluntad de las partes.

Es necesario tomar en cuenta que el término dar fe implica verificar y confiar en lo que se narra en el documento presentado ante el notario. En ese sentido, el notario recibe e indaga la voluntad de los particulares, le da forma jurídica y posteriormente autoriza el documento público dotándolo de fe, es decir afirmando lo contemplado en el.

Por otro lado, cabe acotar lo manifestado por Núñez (2017):

Dice Gimenez-Amáu que se destaca la condición de profesional de Derecho en cuanto ello reporta una doble ventaja. La primera, señala, de afirmar el ejercicio libre de la profesión descartando la estatización. Y la segunda, agrega, porque asegura una idoneidad técnica que permitirá cumplir con todos los complejos aspectos que implica el ejercicio integral de la función, satisfaciendo las crecientes necesidades de un público cada vez más ansioso de información y asesoramiento frente a un Derecho más y más complejo. (Pág. 5)

Bajo estos fundamentos, el notario goza de del ejercicio libre de la profesión, asegurando la idoneidad técnica que es necesaria para el ejercicio integral de la función notarial. De esta forma, se satisfacen las necesidades del público y de las relaciones particulares sujetándose a los parámetros de un Estado de Derecho.

2.1.2.2. Organización del notariado en el Perú y la competencia de notario

El notariado peruano está compuesto por distritos notariales, el cual se conceptualiza como aquella demarcación territorial de la República, según se especifica en el artículo 127° del Decreto Legislativo del Notariado: –Se considera Distrito Notarial a la demarcación territorial de la República en la que ejerce jurisdicción un Colegio de Notarios”. El número de distritos notariales asciende a 22 con la demarcación establecida, según lo especifica el artículo 128°.

Estos distritos notariales están distribuidos en diferentes regiones del país, naturalmente con la respectiva demarcación territorial que corresponde y cada uno con el colegio respectivo, los mismos que tendrán su competencia en dicho distrito no pudiendo extenderse a otros. Ahora bien, según el Decreto Legislativo del Notariado, en el título II el notariado tiene la siguiente organización:

➤ Consejo del notariado

Se constituye como el órgano del Ministerio de Justicia que garantiza el correcto ejercicio de la función notarial, mediante un sistema de supervisión. Así mismo está conformado por el Ministerio de Justicia, el

fiscal de la nación, el decano del colegio de abogado de Lima, el presidente de la junta de decanos de los colegios de notarios del Perú y el decano del colegio de notarios de Lima según se establece en el artículo 140° de la ley en mención.

Tiene como funciones las siguientes (artículo 142° de la Ley):

- Vigila al colegio de notarios en cuanto al cumplimiento efectivo de las obligaciones a su cargo.
- Se encarga de vigilar el cumplimiento de la función notarial de acuerdo con los parámetros del ordenamiento jurídico y de las normas y leyes previstas para la materia.
- Propone los reglamentos y normas para que la función notarial sea ejercida de forma idónea y eficiente.
- Vigila que se haga efectivo el cumplimiento del reglamos correspondiente a las visitas de inspección a los oficios notariales.
- Actúa en calidad de última instancia todo lo concerniente a las decisiones emitidas por el colegio de notario. Para este efecto, actúa como un tribunal de apelación.
- Designa al presidente del Jurado en los concursos públicos
- Conoce todas las quejas y denuncias sobre el incumplimiento de las obligaciones del colegio de notarios, en conformidad con los lineamientos que la ley ha otorgado.
- Conoce todas las quejas y denuncias sobre el ejercicio irregular de la función notarial

Todas estas funciones atribuidas al Consejo permiten que supervise y fiscalice todo lo relacionado con la función notarial. Es debido a ello que también tiene la facultad para normar, reglamentar o tomar decisiones que el notario debe seguir.

➤ Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú

Para este punto, se tiene lo acotado en el artículo 135° del Decreto Legislativo del Notariado: “Los Colegios de Notarios forman un organismo denominado Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, que coordina su acción en el orden interno y ejerce la representación del notariado en el ámbito internacional”. De esta forma, se entiende que la Junta de Decanos es la conformación de todos los decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

Ahora bien, debe entenderse que esta Junta no resulta de una creación por los colegios de notarios en ejercicio de su autonomía, pues es un órgano creado por norma, tal y como lo señala el Tribunal Constitucional:

En vista de lo anterior, (...) la Junta de Decanos es un órgano de coordinación de los colegios de notarios de la República, cuyo desarrollo tiene rango legal y no constitucional. En efecto, se trata de un órgano creado por la ley y no por los colegios profesionales de los notarios en el ejercicio de su autonomía. (Expediente 00003-2016-PI/TC, Fundamento 33)

➤ Colegios de Notarios

Para efectos del artículo 129° de ley en mención, los Colegios de Abogados: “(.) son personas jurídicas de derecho público, cuyo funcionamiento se rige por Estatuto único”. Bajo este concepto se han especificado las siguientes funciones:

- Vigilar que el notario cumpla con las normas y leyes correspondientes referente a la función notarial
- Velar por el decoro profesional del notario
- Promover la eficacia de los servicios notariales
- Convocar a concurso público
- Aplicar en primera instancia las sanciones correspondientes por infracción a las normas
- Entre otros consignados en el artículo 130° de la Ley

Cabe mencionar que el Notario debe incorporarse a este colegio luego de haber obtenido el título para ejercer válidamente la función notarial, y deberá registrar su firma la cual debe tener cierto grado de dificultad, signo y sellos respectivos. Posteriormente el Notario podrá ejercer la función notarial dentro de los 30 días posteriores a su incorporación en el Colegio.

Un aspecto relevante es que el Colegio de Notario está dotada de autonomía administrativa y económica, tal y como lo ha especificado el Tribunal Constitucional:

[...] reconoce a los colegios profesionales [...] capacidad para actuar en los ámbitos de su autonomía administrativa -para establecer su organización interna-; de su autonomía económica -lo cual les permite determinar sus ingresos propios y su destino-; y de su autonomía normativa -que se materializa en su capacidad para elaborar y aprobar sus propios estatutos, claro está dentro del marco constitucional y legal establecido (Sentencia 0027-2005-AI/TC, fundamento 4).

Bajo este aspecto, se reconoce al Colegio de Notarios como una institución de actuación colectiva compatible con el ejercicio de una potestad de carácter público.

Ahora bien, dentro de esta organización del notariado, se ha especificado la competencia del notario. El artículo 4° de la Ley ha especificado que el ámbito territorial del ejercicio de la función notarial es a nivel provincial y dentro del distrito notarial al que pertenece; no obstante, la localización distrital de la ley así lo determine.

Bajo este artículo, se entiende que la oficina del notario estará situada en un distrito particular, así por ejemplo se tiene el caso de Lima provincia donde el Notario se podrá situar en distritos como los Olivos o El Agustino, pero la competencia del notario alcanza para todos los distritos de Lima.

Finalmente se señala que, bajo la competencia del notario y la organización del notariado, se ejerce la función notarial, la cual implica una actividad que tiene carácter general y que se extiende más allá de la relación establecida entre el notario y los particulares que acuden a él. Esto debido a que la función notarial va más allá del ámbito privado, extendiéndose al ámbito público sin que ello implica una sujeción a la organización estatal.

De esta forma, el Notario ejerce esta función de acuerdo a los principios del derecho notarial y los lineamientos legales que la norma ha establecido previamente.

2.1.2.3. Función notarial

Por la función notarial se entiende a la tarea y actividad que realiza el notario en su ámbito competencial, desde la recepción de documentos hasta su formalización. Esta labor si bien puede parecer un tanto sencilla, como si el notario solo se limitara a plasmar en documentos lo acordado por las partes y dar fe de sus firmas, en realidad resulta ser una tarea compleja que abarca una serie de aspectos relevantes, como los siguientes:

- El Notario tiene la obligación de escuchar a las partes que acuden a él y brindar un consejo sobre la posibilidad y los diversos medios para lograr los fines propuestos. En otros términos, asesorar a las partes para una mejor regulación de sus intereses.
- Una vez que se ha obtenido la conformidad de las partes, el Notario debe realizar las diligencias pertinentes de acuerdo al caso concreto.
- Redacta el documento y se autoriza, dando fe del mismo, dotándolo a este de autenticidad formal, previa verificación de la identidad y voluntad de las partes.
- Finalmente, el Notario conserva el documento y expide copias con fuerza probatoria y ejecutiva.

A esto se debe añadir que el Notario remitirá información a la Administración de carácter fiscal y administrativo, precisamente por su condición de funcionario. De esta forma, se entiende que las funciones del Notario no solo están limitadas a la formalización de ciertos actos jurídicos, sino también engloba un conjunto diligencias como dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tiene capacidad y legitimación, de que la relación jurídica se adecua a la legalidad y si la voluntad ha sido manifestada voluntariamente, entre otros aspectos.

En ese sentido, el Notario no solo será un simple testigo, sino que intervendrá de forma activa en el desarrollo de los actos correspondientes, desde la obligación de escuchar hasta la expedición de documento correspondiente. Bajo estos aspectos, se precisa que la función notarial no se agota en dar forma a un determinado negocio jurídico, sino precisamente en dar fe de dicho acto, por tanto, la función notarial puede resumirse en dar forma pública, incluyendo los aspectos mencionados.

Bajo esta premisa, se destaca que el Notario el notario tiene una doble misión: la de dar fe y dar forma, sin perjuicio de las otras funciones señaladas. Respecto a dar fe, entendiendo a este como la posición de creer y confiar, es una función intrínseca del Notario y se ve plasmada en todo el campo de su actuación, incluso en la labor ejercida de conformar instrumentos públicos. Por otro lado, en cuanto a la misión del notario de dar forma y de hacer instrumentos públicos, es un aspecto también esencial para el notario, pues formaliza ciertos actos dotándoles de validez formal y probatoria.

Un aspecto importante y que se ha precisado anteriormente es que la función notarial es una función pública, tal y como lo señala el artículo 4º del Reglamento de Decreto Legislativo del Notariado: -El notario es el profesional del derecho encargado, por delegación del Estado, de una función pública consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad (...)" . Si bien el notario no es un precisamente un funcionario del Estado o Público para algún efecto legal, esto no enerva el hecho de que la función que

ejercita si tiene un carácter público, toda vez que por un lado se tiene el status jurídico de notario y por otro la naturaleza de la función que ejerce.

Sobre este aspecto, Castillo (2012) especifica que:

De hecho, es posible justificar que el ámbito en el que se inserta la función notarial es el administrativo (del Ejecutivo), por tratarse del ejercicio de una función pública delegada por el Estado. Por esta naturaleza administrativa, está justificado que a la función pública notarial se acceda mediante concurso público de méritos (artículo 6 de la Decreto Legislativo del Notariado); también que el Consejo del Notariado se encuentre adscrito al Ministerio de Justicia (artículo 15 del Decreto Legislativo del Notariado) (...). (Pág. 3)

Ahora bien, la función notarial ha surgido precisamente de una necesidad social, necesidad relacionada con dar fe de ciertos actos que se celebran y adquirir cierta validez formal y probatoria. Sobre este aspecto, Sotomayor (1991) nos señala que:

El notariado como actividad, surge de una necesidad social, no de la creación del poder legislativo del Estado, surge de la necesidad de contar con profesionales del derecho con reconocida solvencia moral, conducta intachable y conocedores del derecho, que puedan dar fe de determinados actos, contratos y hechos que se celebran ante él, ante la imposibilidad material de presenciar el acto para todos en general. El notario se convierte de esta manera en un elemento imprescindible, otorgando garantías de autenticidad, imparcialidad y seguridad. (Pág. 53)

Tal y como lo refiere el autor, el notario a través de la función notarial, el notario se convierte en un elemento imprescindible que otorga ciertas garantías de autenticidad, imparcialidad y seguridad. Para lograr este objetivo, el notario interpreta y traduce la realidad social, tal y como lo manifiesta el autor: -El notario lo que hace en realidad es interpretar, traducir la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, ligar la ley al hecho". (Pág. 54)

Bajo estos aspectos, se identifican los siguientes los siguientes tipos de función del notario:

- a. Función receptiva: bajo la función receptiva el notario recibe la voluntad de los particulares, quienes a petición requieren su servicio como profesional del derecho notarial. Bajo este aspecto, se comprende que la actuación del notario y el ejercicio de sus funciones se activa a pedido de las partes.

En este caso, el notario escucha a las partes y determina el punto a tratar para los trámites correspondientes, de esta forma establece la posibilidad de efectuar lo que las partes han requerido y de ser viable o cumplirse con ciertos requisitos, ofrece la solución correspondiente.

Por otro lado, a través de la función receptiva, el notario va a determinar cuál es el instrumento público para utilizar.

- b. Función de asesoramiento: luego de recibida la información proporcionada por las partes, el notario dirige y asesora legalmente a estas, con la finalidad de advertir sobre las ventajas y desventajas de aplicar determinada figura jurídica al negocio o acto jurídico que se pretende celebrar, así como los trámites correspondientes a seguir y el tiempo de este. De esta forma, se entiende que ofrecerá una asesoría legal o jurídica a las partes en consideración a los intereses involucrados. En palabras de Mora (2013):

La función asesora es primaria en la función del Notario. Se trata en primer lugar de ofrecer información y consejo. Garantiza la seguridad jurídica de que lo que las partes desean es o que se cumplirá de acuerdo con las fórmulas legalmente establecidas. (Pág. 105).

Un aspecto que se debe destacar es que el Notario para poder asesorar debe ser conocer de todo a lo concierne en su rubro, es decir perito en el derecho y conocedor de otras ramas del saber. Esto con la finalidad de mejorar la asesoría y brindar adecuadas alternativas a los particulares.

- c. Función legitimadora: a través de la función legitimadora, el notario acredita que las personas interesadas sean las que dicen ser, dando fe de ello a través de la verificación de los datos personales. Este aspecto resulta ser importante, pues el notario podrá identificar si las partes que pretenden establecer algún tipo de acto o negocio sean quienes tiene derecho o tienen facultades para efectuarlas.

Se toma como ejemplo la compraventa de un bien inmueble, en el cual para ejercer dicho acto ante el notario deben concurrir el propietario y el comprador, caso contrario, de verificar la falta de legitimidad de las partes, se niega la solicitud de trámite.

- d. Función preventiva: por otro lado, durante el ejercicio de la función notarial, el notario ejerce función preventiva, esto es que, se prevendrán problemas a futuro. Bajo este aspecto, el instrumento público utilizado debe comprender posibles alternativas antes diversas eventualidades. Sobre el particular, Arias (2019) nos señala que:

Y así se evitan nulidades, litigios, abusos, o por lo menos ambigüedades e imprecisiones. Así se sana el negocio preventivamente, y, sobre todo, se permite el brillo de la justicia en situaciones en las que, de no haber intervenido el Notario, se hubiera consolidado la iniquidad, el atropello, la deshonestidad y en definitiva, el abuso del débil y desamparado.

Así mismo, se debe tomar en cuenta lo previsto en el artículo 27° del Decreto Legislativo del Notariado: ~~El~~ notario cumplirá con advertir a los interesados sobre los efectos legales de los instrumentos públicos notariales que autoriza”.

- e. Función autenticadora: bajo esta función, se plasma la firma y sello del notario en el documento que contiene la voluntad de las partes, dotando a la misma de autenticidad, de verdad y fe pública.

Ahora bien, bajo estas funciones, se pueden identificar los caracteres que la revisten: la investidura que corresponde a la cualidad única que asegura

después de asumir el cargo; la autonomía que implica la utilización de criterios propios siguiendo los parámetros legales, la independencia y finalmente la asesoría.

Cabe destacar que la razón de ser de la función notarial es precisamente la seguridad jurídica de las partes y las relaciones jurídicas que se establezcan, sean estas personales, familiares o económicas. De esta manera, mediante la otorgación de seguridad jurídica de la función notarial, se facilita el tráfico y garantía para terceros y se reducen significativamente el costo del sistema judicial.

Sobre el particular, Tarragon (2011) especifica que:

En la moderna doctrina se viene identificando la actividad notarial con la jurisprudencia cautelar y el concepto de seguridad jurídica preventiva ha alcanzado un consolidado arraigo en nuestra realidad jurídica. Dicho servicio preventivo o antilitigioso como señala Torres Escamez, lo presta el notario, principal, aunque no únicamente mediante una actividad documentadora. Es confirmado, redactando y autorizando el documento (o negándose a hacerlo) como el notario desempeña su misión cautelar. (Pág. 21)

De esta forma, se entiende que la seguridad jurídica como confianza y certeza, calificada de jurídica, objetiviza las relaciones jurídicas dotándolas de certidumbre. En ese sentido, la seguridad jurídica dentro del derecho privado llevará precisamente la certeza de las relaciones que se celebran en este ámbito. Se implica que la función notarial conseguirá entonces la firmeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas que se celebren entre los particulares.

Ahora bien, el artículo 3° del Decreto Legislativo del Notariado ha señalado que: "El notario ejerce la función notarial en forma personal, autónoma, exclusiva e imparcial". El artículo ha señalado cuatro aspectos en los que la función notarial se ejerce:

- Personal

Se ha establecido que la función notarial tiene un carácter personal, pues solo el Notario es quien está facultado para ejercer la misma, no siendo posible su delegación a terceros. De esta forma, se entenderá que la función notarial es solo puede ser ejercida por el notario en los casos y situaciones que la ley determine según el ámbito de su competencia.

Cabe precisar que a través del Decreto Legislativo 1232° se modificó el artículo 3° agregando el siguiente párrafo: ~~El~~ ejercicio personal de la función notarial no excluye la colaboración de dependientes del despacho notarial para realizar actos complementarios o conexos que coadyuven a su desarrollo, manteniéndose la responsabilidad exclusiva del notario”. A través de este párrafo se establece la posibilidad de la delegación de actos de carácter complementario a dependientes del despacho notarial con la finalidad de coadyuvar el desarrollo de la función notarial, lógicamente que esta colaboración de los dependientes no enerva la responsabilidad que es exclusiva del notario.

Debe preverse que los actos que los dependientes pueden realizar solo son de carácter complementario, no incidiendo en la naturaleza personal de la función notarial.

- Autónoma

La función notarial es autónoma en tanto se concreta con independencia de criterio, lógicamente dentro de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico y las prescripciones éticas y jurídicas vigentes

- Exclusiva

La función notarial es exclusiva, pues solo es atribuida al notario y este no puede delegar a otro notario el ejercicio de las mismas. La exclusividad comparte el carácter personal y ello se resume en la imposibilidad que tiene el notario para delegar o atribuir su función a terceras personas.

- Imparcial

Finalmente, la función notarial es imparcial, pues se ejerce de forma objetiva y siguiendo las normas previstas sin que exista una posición favorable para alguna de las partes que acuden a él o exista arbitrariedad respecto a los trámites que se pretendan ejercer. La imparcialidad es un aspecto de suma relevancia, no solo para tutelar los intereses de los ciudadanos, también para garantizar la seguridad jurídica que debe proporcionar la función notarial.

De esta forma, el ejercicio de sus funciones debe darse dentro de estos cuatro aspectos, ello bajo sanción que estipule la Ley. No obstante, si bien el notario está facultado para determinados actos, también existen prohibiciones para otros, tal y como lo especifica el artículo 17° del Decreto Legislativo del Notariado.

Así, el Notario no podrá autorizar ciertos instrumentos públicos en lo que se concedan derechos o impongan obligaciones a él o sus familiares, tampoco podrá ser administrador o gerentes en alguna entidad del Estado, no podrá ejercer la abogacía sino no es para causa propia o de familiares y no podrá autorizar alguna minuta, exceptuando el caso previsto en el artículo 19 inciso e) de la Ley en mención.

Bajo estos aspectos se entiende que la función notarial tiene su intrínseca razón en la sociabilidad y solidaridad humana, las cuales exigen certeza y seguridad en la formación de relaciones de carácter jurídico, bajo aspectos de imparcialidad y exclusividad.

Finalmente debe tomarse en cuenta que la función notarial además de generar seguridad jurídica respecto a las relaciones entre los particulares se ejerce dentro de los límites que el ordenamiento jurídico ha previsto, con la finalidad de garantizar un estado de derecho y la protección de los intereses de los particulares. Es debido a ello que el notario se sujeta a las normas respectivas y responde a criterios de ética y moral en su profesión.

2.1.2.4. Finalidad y naturaleza jurídica de la función notarial

De acuerdo con lo expresado anteriormente, se identifica e interpreta que la finalidad de la función notarial radica en tres aspectos importantes: la seguridad jurídica, el valor probatorio y la permanencia.

Como se ha venido desarrollando la seguridad jurídica es un principio de carácter constitucional que garantiza la seguridad y certeza de que los actos o negocios jurídicos llevados a cabo sean de una determinada forma. En ese sentido, el notario a través de la función notarial observara que dichos actos o negocios cumplan con todo lo exigido por las normas para que estén basados en la fe pública y se consideren veraces y legítimos, brindando a los ciudadanos seguridad jurídica.

Sobre el particular, Lucas y Albert (2019) nos señalan que:

El notario como funcionario estatal, en el ámbito de sus atribuciones debe fielmente observar que los actos, contratos y negocios jurídicos que otorga cumplan con todas las solemnidades legales para que estos estén basados por la fe pública, y tengan la presunción legal de autenticidad, validez, veracidad, certeza y legitimidad, lo que brinda a la ciudadanía en general de seguridad jurídica notarial. (Pág. 47)

Respecto al valor probatorio, se refiere a la eficacia y fuerza que otorga la intervención del notario. En este sentido, lo tramitado a través de la función notarial podrá utilizarse como medio de prueba para corroborar la legalidad de la relación jurídico de los particulares, pues se entiende que el valor probatorio se ha adquirido al cumplir con los requisitos de forma y de fondo y con la presencia del notario quien ha legitimado y autenticado los hechos.

Por otro lado, la permanencia hace referencia a la perpetuidad del instrumento público, el cual está llamado a surtir efectos a futuro, cumpliendo con la función preventiva descrita anteriormente.

Ahora bien, respecto a la naturaleza jurídica de la función notarial, esta es evidente, pues la misma norma sobre la materia la consigna. Así el artículo 4 del Reglamento del Decreto Legislativo del Notariado ha señalado que: **“El notario es el profesional del derecho encargado, por delegación del Estado, de una función pública (...)**”. En ese sentido, como se ha plasmado

anteriormente, la función notarial tiene el carácter público, sin que ello implique que el notario sea propiamente un funcionario del Estado.

2.1.2.5. Importancia de la función notarial

La función notarial, como se ha podido observar, resulta de gran importancia para nuestra sociedad. Las formas y la fe pública que otorga el notario al ejercer la función notarial se encuentran vinculadas con la seguridad que nuestro ordenamiento jurídico debe proporcionar, ello sumado con una la forma o modo de ser relativo a no admitir otro medio de contratación y de prueba que no sea el documento, el instrumento público o la escritura pública.

De esta forma, se pueden extraer las siguientes ideas de la importancia de la función notarial, tal y como lo señala Mallqui (2015):

- a. A través de la función notarial, se puede observar la interrelación del derecho notarial con otras ramas del derecho, con la finalidad de concretizar esta misma función. De esta forma, se encuentra relación con el derecho registral y el derecho civil, así como el derecho mercantil y todos los procesos relativos a sucesiones, testamentos, protestos etc. Muchas de las actividades reguladas por la ley se encuentran involucradas con la función notarial, denotando la importancia de esta función en el derecho y en la seguridad jurídica que brinda a través del documento y los instrumentos que brinda.

Un claro ejemplo es en materia de bienes inmuebles, pues pese al carácter consensual que tienen estos negocios jurídicos para la transferencia de propiedad, no se ejerce la contratación con un simple papel, sino que se recurre al notario para que este formalice la voluntad y de fe el acto que se celebra ante él. Sobre el particular, el mismo Mallqui señala que:

Todo tipo de actos vinculados a la propiedad, como compraventas, opción de compra, donaciones, anticipo de legitima, hipotecas, mutuo, dación en pago, aporte de bienes, testamentos, sucesiones intestadas, protestos, etc., se configuran a través de la escritura

pública o actas notariales, y cada una de estas figuras jurídicas son instituciones del derecho civil cuya forma le otorga el notario.

(Pág. 12)

- b. En segundo lugar, como se ha explicado extensivamente a lo largo del estudio, la función notarial resulta importante pues proporciona seguridad jurídica a las relaciones y actos que se celebran. De esta forma, a través de la función notarial se permite que se constituya la forma y la fe notarial, las cuales están sustentadas en las normas que regulan esta función, parte importante de nuestro ordenamiento.

La función notarial al garantizar la seguridad jurídica permite que exista certeza en los miembros de la comunidad de que el sistema jurídico amparara de manera eficiente sus derechos o conflictos que se tramiten ante el notario. Sobre este aspecto, Jaramillo (2014) señala que:

La seguridad jurídica contiene tres dimensiones a partir de las cuales se entiende: como la certeza de la actuación del Estado y de sus agentes, al igual que la de los ciudadanos; como la certeza y estabilidad del derecho mismo, con independencia del contenido material de las 40 normas que forma parte del ordenamiento; y como la seguridad que deviene del derecho, que se origina de las normas dadas correctamente, y que resulta en una seguridad específica con respecto a algunos o varios bienes jurídicos protegidos. (Pág. 9)

En ese sentido, mediante la función notarial, se genera certeza de la actuación del notario respecto a determinados actos o negocios que se celebran, se genera certeza del derecho mismo, la seguridad que deviene del derecho, la cual se origina de las normas dadas.

- c. En tercer lugar, todo acto jurídico o negocio que se celebra ante el notario en ejercicio de la función notarial adquiere eficacia jurídica frente a las partes que contratan. Si bien no se genera una oponibilidad frente a terceros como lo hace el registro, si genera oponibilidad entre las partes que contratan, en tanto la voluntad que se ha declarado y que ha sido

puesta en el instrumento público garantiza la vigencia del acto y sus efectos jurídicos.

- d. Por otro lado, la función de las formas como medio de prueba de los actos, hechos y situaciones adquieren transcendencia en el tiempo. De esta manera, la importancia de la función notarial se ve inmiscuida en la vigencia y permanencia que adquieren los actos formalizados.
- e. Finalmente, esta importancia se evidencia a través de la fe pública cual representa la verdad convencional de todos los actos o hechos que se llevan a cabo ante el notario.

Bajo estos aspectos, también se evidencia la importancia de la función notarial en tanto el notario dota de documentación especial, pública, y privilegiada a los actos celebrados. Si bien existen otros agentes como jueces que autorizan ciertos aspectos relevantes en el derecho, ello no resulta tan importante para la seguridad jurídica y la formalidad que solo el notario proporciona.

Por otro lado, se destaca la importancia también a través de la materialización de los principios del derecho notarial:

- a. Principio de autenticidad: a través de este principio se tendrá presunción privilegiada sobre los actos contenidos en los documentos formalizados por el notario.
- b. Principio de fe pública: este principio abarca la certeza, firmeza y verdad que el documento sobre el cual se consignan los actos, hechos y situaciones jurídicas.
- c. Principio de registro: a través de este principio el notario lleva un registro de todos los documentos tramitados. De esta forma, se lleva un libro numerado y sellado donde en forma cronológica se consignan todos los documentos llevados a cabo mediante la función notarial.
- d. Principio de inmediatez: es la relación directa que existe entre el notario y los hechos o actos que se tramitan ante él, existiendo inmediatez en todos los casos.

- e. Principio de unidad de acto: la presencia de las partes y del notario se efectúa en un solo acto.
- f. Principio de rogación: bajo este principio de establecer que el notario no actúa de oficio sino a pedido de parte. Bajo este aspecto, solo la solicitud de las partes puede hacer posible el ejercicio de la función notarial.
- g. Principio de forma: finalmente el notario conoce de forma exacta como se exterioriza la voluntad de las partes y la formaliza con el instrumento correspondiente.

2.1.2.6. Los instrumentos públicos notariales

Los instrumentos públicos ser aquellos a través de los cuales el notario en ejercicio de la función notarial extenderá o autorizará un instrumento cuya característica central es la dotación de fe pública. Sobre el particular Gonzales (2015) nos señala que:

Los instrumentos notariales son aquellos en los cuales el notario, a solicitud de parte requirente o por mandato legal, extiende o autoriza, en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley (artículo 23 de la In), un instrumento cuya característica fundamental es la dotación de fe pública. Es decir, la narración del notario sobre un hecho se impone como verdad, se le reputa cierta. Tal consecuencia sólo puede ocurrir cuando el hecho es observado y presenciado, sobre todo por actos de vista y oído. (Pág. 252)

Es necesario precisar que la intervención del notario en un instrumento público no acarrea necesariamente la dotación de fe pública, pues dependerá del tipo de instrumento que sea utilizado y de la posición del notario respecto al acto o hecho que se pretende documentar.

Por otro lado, el artículo 23° del Decreto Legislativo del Notariado a establecido un concepto sobre instrumentos públicos notariales en los siguientes términos: –Son instrumentos públicos notariales los que el notario, por mandato de la ley o a solicitud de parte, extienda o autorice en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las

formalidades de ley". La norma en mención ha definido a estos instrumentos como todos aquellos que por mandato de la ley o solicitud de parte extiende o autoriza el notario; sin embargo, para la comprensión de este artículo debe entenderse por instrumentos notariales como aquellos sobre el cual el notario asienta la fe pública sobre todos los actos y negocios que ante él se llevan a cabo.

Esto se corrobora con lo señalado en el artículo 24° de la ley en mención: ~~Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley, producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie".~~ En ese sentido, estos instrumentos plasman la fe pública de los actos y negocios celebrados, podría explicarse como una materialización de la función notarial extendida o autorizada por el mismo notario.

Es necesario manifestar que los instrumentos públicos resultan de trascendencia pues en ello reside la valoración jurídica que el notario ha efectuado sobre lo que se pretende tramitar. Bajo este aspecto, nuestra legislación notarial ha establecido una clasificación de los instrumentos públicos notariales: los instrumentos protocolares y los extraprotocolares.

El artículo 25° del Decreto Legislativo del Notariado ha establecido que: ~~Son instrumentos públicos protocolares las escrituras públicas y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina".~~ Se considera a la escritura pública como el instrumento público protocolar por excelencia y es conceptualizado como todo documento matriz incorporado al protocolo notarial según el artículo 51° de la ley. Se establece que es protocolar pues se elabora siguiendo el protocolo establecido, por ende el notario los custodia y conserva.

Ahora bien, la Escritura pública es un documento público en el cual se plasma un determinado hecho mediante ejercicio de la función notarial, conteniendo una o más declaraciones de personas. A través de esta se plasman también la voluntad de particulares y se constata su capacidad dando fe de contenido y de la fecha en que se llevó a cabo. Sobre la escritura pública, Gattari (2011) nos señala que: ~~es el instrumento matriz en~~

el que consta el acto o negocio jurídico inter vivos autorizado por el notario en ejercicio de sus funciones y otorgado dentro de los límites de la ley”.

En ese sentido, se entiende que la escritura pública será aquel documento que contendrá uno más actos o negocios jurídicos, debidamente autorizado por el notario en ejercicio de la función notarial, dentro de los límites que la ley ha impuesto para su actuación.

Es necesario manifestar que según el artículo 52° del Decreto Legislativo del Notariado, la escritura se divide en tres partes: la introducción, el cuerpo y la conclusión. En la primera parte se hará consignación de la comparecencia de los otorgantes, así como la precisión de todos los datos personales; en el cuerpo se manifestará la declaración de las partes respecto al hecho acto que se pretende formalizar y finalmente en la conclusión se hace mención que la escritura pública ha sido leída y aceptada por las partes, consignándose la firma y huella.

Además de la escritura pública, el artículo 37° de la ley en mención, señala que forman el protocolo notarial los registros de testamentos, de actas de protesto, de transferencia de bienes muebles y otros que la misma ley determina. Es en base a este aspecto, que el protocolo notarial comporta la colección de registros sobre la cual el notario extiende los instrumentos públicos.

Por otro lado, el artículo 26° de la ley señala que: ~~“Son instrumentos públicos extraprotocolares las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función”~~. La norma establece que son instrumentos públicos extraprotocolares las actas o certificaciones que el notario ha presenciado o constatado en ejercicio de su función, es decir que estos instrumentos no son redactados por el notario como en el caso de la escritura pública, sino que por los particulares y son llevados ante el notario para la constatación y autorización respectiva.

En estos instrumentos, se atesta una certificación notarial determinada, respecto a cierto ámbito de la fe pública. Debido a ello es que no son documentados en el protocolo del notario, mucho menos este los conserva.

Sobre el particular, Concuera (2007) especifica lo siguiente:

Los instrumentos públicos extraprotocolares son competencia del notario y están regulados como atribución en el segundo párrafo del artículo 2° del Decreto Legislativo 1049, al establecerse la facultad genérica de —comprobar hechos”, los mismos que como su propia denominación lo indica son redactados fuera del protocolo notarial. (Pág. 49)

En la utilización de los instrumentos públicos notariales tanto protocolares como extra protocolares, el notario tiene la obligación de advertir a los particulares sobre los efectos legales de cada instrumento, según se exige en el artículo 27° del Decreto Legislativo del Notariado.

Ahora bien, estos instrumentos también son pasibles de nulidad, según se establece en el artículo 123° de la ley: —Son nulos los instrumentos públicos notariales cuando se infrinjan las disposiciones de orden público sobre la materia, contenidas en la presente ley”. La configuración resulta ser sencilla, el instrumento público será nulo sino se ha llevado a cabo en conformidad con lo que establece la ley. En ese sentido, al no observar las disposiciones contenidas en la norma correspondiente, estos instrumentos son nulos y por tanto no tiene eficacia alguna respecto a la formalización del acto o negocio tramitado.

Así por ejemplo si el Notario elabora una escritura pública fuera del ámbito de su competencia, entonces dicha escritura es nula, al igual que si autoriza un instrumento público en los que concede derechos a él o sus familiares, debido a que la norma lo prohíbe expresamente.

Una aclaración importante es lo acotado por Puente de la Vega (2016):

No debemos confundir la nulidad del acto con la nulidad del instrumento, porque puede subsistir el acto, aunque el documento que lo contiene se declare nulo, el acto o contrato que contiene el instrumento público notarial es el contenido y el instrumento público notarial (escritura pública, acta notarial) es el continente. (Pág. 310)

Bajo este aspecto, la nulidad del instrumento será declarada solo por el Poder Judicial a través de una sentencia firme, según lo establece el artículo 124°

de la ley. Así mismo no procede declarar la nulidad sobre el instrumento utilizado cuando este adolece de un defecto que en nada incide a su eficacia documental. Al respecto Concuera (citado por Villavicencio, 2009) señala que:

si bien la nulidad del instrumento se da cuando en su facción no se han cumplido las formalidades exigidas por ley, como excepción igualmente se contempla que, si estos defectos no afectan la eficiencia documental, se mantiene como válido, este dispositivo que permite cierta flexibilidad al juzgador hace posible a su vez, que, ante omisiones no relevantes del acto jurídico, no se perjudique al instrumento y por ende a los intervinientes. (pág. 99)

Esta forma, se evita que se declara la nulidad del instrumento y se perjudique por omisiones que no resultan relevantes y que no implica una incidencia en la eficacia documental. Se permite cierta flexibilidad a las formalidades exigidas por la ley, con la finalidad de no perjudicar a las partes y al instrumento utilizado.

2.1.2.7. El sistema notarial peruano

El sistema notarial peruano tiene como antecedentes al sistema notarial latino, del cual, naturalmente ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, adaptándose al contexto social peruano sin dejar algunos elementos del sistema latino. Para este sistema existe la inseparabilidad entre el profesional del derecho y el notario propiamente (especializado) que ejerce una función pública.

Sobre el notariado latino, Tarragon (2011) señala que el notario se caracteriza por:

- 1° ser un profesional liberal con formación jurídica, con libertad de elección por los clientes y directamente retribuido por estos.
- 2° ejercer una función de eminente interés público, lo que los califica como funcionarios públicos, pero con plena autonomía e independencia de la Administración.

3° ser el autor del documento notarial, de fuerte eficacia jurídica, que lleva inherente en su función de asesoramiento y consejo. (Pág. 33)

Por otro lado, bajo este sistema los notarios pertenecen a un colegio profesional, adquieren responsabilidad personal por el ejercicio de sus funciones; así mismo este ejercicio puede ser cerrado o abierto y quien lo ejerce es un profesional universitario. De igual forma la función que se ejerce tiene un carácter público, sin que ello determina una dependencia del notario a la Autoridad administrativa.

Este sistema también contempla un protocolo notarial en el que se asienta todos los instrumentos utilizados por los diversos actos, negocios o hechos tramitados y que el notario autentifica y da fe. El notario recibe e interpreta la voluntad de las partes dando forma legal a los actos celebrados.

Claramente el sistema notarial peruano sigue al sistema latino, pues el notario peruano es el encargado de desempeñar todas estas funciones, desde la recepción e interpretación de la voluntad de las partes, la función asesora o de asesoramiento, hasta la formalización del acto mediante instrumentos públicos notariales en ejercicio de una función pública sin que implique dependencia del Estado. En este sistema, el notario como profesional independiente ejerce la función notarial con autonomía, bajo parámetros legalmente establecidos.

Cabe manifestar que el sistema notarial peruano tiene como base el sistema legal codificado, el cual implica que el instrumento público que el notario ha utilizado para los diversos casos se convierte en un medio de prueba con cierto grado de certeza probatoria.

En la misma línea de pensamiento, se señala que el sistema notarial peruano tiene como finalidad la seguridad jurídica, es decir la predictibilidad de las conductas y poderes públicos.

Es importante mencionar que este sistema dota al notario de variedad de funciones que no solo garantizan la seguridad jurídica, sino que viabilizan los diferentes trámites realizados antes él y en cuanto más se amplíe su competencia para ciertos actos, mayor viabilidad existirá. De esta forma,

tomando en cuenta que el notario utiliza instrumentos públicos, ejerce una función pública, da fe y formaliza los actos, sujeto a los parámetros legales establecidos, resulta viable que pueda conocer ciertos hechos o aspecto que se conocen en vía judicial.

Destacando la importancia de la función notarial y reconociendo los principios de esta función, resultaría viable que el notario pueda tramitar casos de filiación extramatrimonial. Al reconocerse la finalidad y naturaleza de la función notarial, así como el sistema notaria peruano, es viable la posibilidad de que los casos de filiación del hijo extramatrimonial se lleven a cabo en sede notarial.

Naturalmente debe realizarse un análisis más profundo respecto a las facultades del notario en cuanto a la función notarial y los requisitos que resultan necesarios para la filiación por el notario. Bajo este aspecto, en base al desarrollo del notario y la función notarial, se puede tener una aproximación viable sobre la tramitación de este asunto contencioso.

La fe pública es precisamente un aspecto relevante que dota de viabilidad a la tramitación de la filiación en sede notarial. Ello permitiría no solo la reducción del tiempo en el trámite que se realiza ante el Poder Judicial, también permitiría garantizar el principio del interés superior del niño y el derecho a la identidad o verdad biológica desarrollada en el primer capítulo.

2.1.2.8. La jurisdicción voluntaria en los procesos no contenciosos notariales

En principio, es necesario precisar que con la expresión de jurisdicción voluntaria se hace referencia a los procedimientos en los cuales se solicita la intervención de la autoridad respectiva sin que exista contienda o litis, es decir sin que exista un enfrentamiento entre las partes. En otros términos, hace referencia a los procesos o procedimientos no contenciosos.

Fernández (2015) ha señalado que tradicionalmente se ha considerado que la ausencia de litis es un criterio que determina la diferencia entre los actos de jurisdicción voluntaria y los actos que conforman la jurisdicción contenciosa. De esta forma, en esta primera jurisdicción, el magistrado

interviene su actividad *inter volentes* y en el segundo ejerce una actividad en procesos civiles y penales.

De esta manera, se entiende que la jurisdicción voluntaria es en realidad todo lo referido a la capacidad y facultad de la autoridad para el conocimiento y tramitación de los procesos no contenciosos. En el caso del notario, se tiene a la Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, que establece que asuntos puede conocer el notario bajo competencia, estableciéndose en su artículo 1° lo referido a rectificación de partidas, adopción de personas, patrimonio familiar, inventarios, comprobación de testamentos o sucesión intestada.

Naturalmente el requisito imprescindible es la ausencia de controversia, es decir la inexistencia de litis, toda vez que ello únicamente corresponde al Poder Judicial, quien bajo el proceso respectivo tiene la capacidad para dilucidar los conflictos que puedan concurrir entre las partes que acuden al Órgano Jurisdiccional.

Sobre el particular, se tiene lo precisado por Tarazona (2021):

A lo señalado, se puede agregar que, con la asunción de los asuntos no contenciosos por parte del notariado, se pone a disposición de los ciudadanos los cientos de notarios que se encuentran repartidos a nivel nacional, acercándoseles dicho importante servicio público, a la vez que se aligera la carga procesal que existe actualmente en los juzgados, permitiendo a los jueces concentrarse en la resolución de los asuntos contenciosos, que son de su exclusiva competencia. (p. 322)

De esta forma, bajo la autoridad atribuida a los notarios y bajo las normas relativas a la ley del notariado, se pueden tramitar ciertos asuntos no contenciosos en el ámbito notarial, resultando de gran beneficio no solo para los particulares en cuanto a tiempo, económica y celeridad, sino también para el Poder Judicial que se ve aligerado de la carga procesal.

En ese sentido, en el caso de la filiación extramatrimonial, cuando no existe una litis al existir acuerdo de las partes, es factible que el notario asuma la

función para poder conocer y dar fe sobre la misma, es decir para poder tramitar lo relativo a la filiación del hijo o hija. Este aspecto resulta beneficioso en este ámbito, pues al verse involucrados derechos fundamentales como la dignidad de la persona humana, el derecho a la identidad, la verdad biológica y a conocer el propio origen, la celeridad que se puede brindar garantiza de forma más eficiente la protección de estos derechos.

2.2. Marco conceptual

2.2.1. Competencia notarial

Entendemos por competencia notarial aquella facultad de emitir y dar actos protocolares, facultad que tienen los notarios para asuntos privados; así como la realización de funciones públicas sin ser este uno de ellos y es reconocido por nuestro órgano jurídico. De tal forma, —s analiza también la competencia del notario para actuar ya que se encuentra limitado en cuanto intervenir en determinados actos previstos especialmente, o en forma excepcional cuando a criterio de éste, exista razón suficiente para excusarse de actuar.” (Benítez, 2016, pág.10).

2.2.2. Matrimonio

Es una institución, y a la vez es un contrato donde tanto el marido y mujer establecen por medio de su voluntad una unión mediante la manifestación de su voluntad, para así conformar una familia que es la base de la sociedad.

2.2.3. Filiación

La filiación es toda relación que existe entre padres e hijos, de la que nacen una serie de derechos y obligaciones, teniendo así al nombre, nacionalidad, alimentos, patria potestad; esta puede nacer de manera biológica o adoptiva.

2.2.4. Filiación extramatrimonial

En líneas generales, se puede decir que es toda relación que existe entre el hijo extramatrimonial con su padre y su madre biológicos. Al respecto, se puede señalar lo que sigue a continuación:

En el siglo XVIII las tesis de los ovistas y espermistas eran insostenibles, habían cumplido una función de ilustración, de fines y etapas de la vida no pasaron.

Como vanguardia se presenta la teoría de la pangénesis, planteando que cada genitor colabora en la descendencia, lo que fue fortalecido por la teoría de la mezcla (blending, theories) en el siglo XIX considerando que la prole es una mezcla ("blend") de las características de los padres. Mendel, gracias a Dios, tuvo que dilucidar todo esto con el descubrimiento de la transmisibilidad de los caracteres de generación en generación y los inicios de la genética. (Varsi, 2006, págs. 11-12)

Durante mucho tiempo, se pensó que el hijo nacido dentro del matrimonio era hijo de lo que comúnmente conocemos como el "marido" de la mujer, con quien contrajo nupcias; pero no siempre es así. Sin embargo, nuestro Código Civil actual aún sigue reconociendo la presunción de *pater is est*. Además, es indispensable reconocer que la prueba de A.D.N ha proporcionado -en más de una ocasión- el esclarecimiento sobre la verdadera paternidad, y con ello defender el interés superior del niño y su derecho a conocer quién es su verdadero padre.

2.2.5. Identidad

Toda persona tiene derecho a la identidad, ya que es el conocimiento de su origen, de saber quiénes fueron sus ascendientes o de donde nació. En otras palabras, saber quién es. Además, busca que se respete su verdad biológica. Respecto al derecho a la identidad se puede firmar lo siguiente:

Se concluye que el ser humano es —~~un~~ una unidad psicosomática constituida y sustentada en su ser libertad”. Esta nueva concepción del ser humano, conjuntamente con la teoría tridimensional del derecho, (...), al menos en el Libro Primero sobre —Derecho de las Personas (...) el derecho a la identidad personal, que concluye profundizando esta nueva noción jurídica y fundamentando la distinción entre la tradicional identidad estática (identificación) y la nueva concepción sobre la identidad dinámica. En calidad de nuevo derecho de la persona ha sido incorporado en la Constitución. (Fernández, 2013, pág. 1-3)

El derecho a la identidad es inherente a la persona desde que nacen. Los niños y las niñas forjaran por sí mismo su propia identidad. Así, este derecho está basado en que cada persona cuenta con atributos o cualidades que serán reconocidos y protegidos, frente a persona que intente denigrarla o modificarla.

Podemos dilucidar que este derecho a ser individualizado posee rasgos distintivos que le dan la calidad de única tanto moral como psíquica y física, así como su libre desarrollo, nombre, sexo, bienestar y su historia, entre otras cualidades que lo puedan distinguir.

2.2.6. Declaración judicial de paternidad

Es aquella decisión dada por el juez de paz letrado en un proceso seguido por filiación extramatrimonial, la cual tiene calidad de cosa juzgada. En tal sentido, no cabría acudir a la sede de acción impugnatoria de filiación. De tal modo, la persona es emplazada de dicha declaración judicial y puede formular oposición, aceptando someterse a una prueba de ADN. Si el supuesto padre considera que se han vulnerado sus derechos en el trámite del proceso, puede acudir a otras vías diferentes a esta.

2.2.7. Importancia de la prueba de ADN en la paternidad

—La prueba de ADN, como prueba de paternidad, se realiza para determinar la relación biológica de paternidad. Se basa en comparar los

perfiles genéticos del presunto padre y del hijo(a). La muestra de la madre ayuda incrementando la exactitud de la prueba al obtener un alelo obligado paterno para cada marcador genético analizado, y como prueba de maternidad, se realiza para determinar la relación biológica de la maternidad. Se basa en comparar los perfiles genéticos de la presunta madre y del hijo(a). La muestra del padre ayuda aumentando la exactitud de la prueba. Es ya aceptado por la ciencia, que la prueba de ADN de paternidad proporciona una respuesta inequívoca. Si el supuesto padre es el verdadero padre biológico, la prueba de paternidad lo confirmará con una probabilidad superior al 99.99%. En cambio, si el supuesto padre no es el padre biológico, se descarta la paternidad con una seguridad del 100%.” (Gutiérrez, 2011, p. 62).

2.2.8. Interés superior del niño

—El principio del interés superior del niño, viene a señalar el reconocimiento y la obligación de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de uno de los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad.” (Landa, 2011, p. 74)

2.2.9. Notario público

El Notario Público es aquella persona que mediante facultades puede autorizar redactar y dar buena fe mediante su firma los autos y diligencias de los procedimientos judiciales, y escritura pública, minutas y contratos celebrados entre las partes.

2.3. Antecedentes empíricos de la investigación

En primer lugar, tenemos la tesis titulada —La responsabilidad civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en el proceso de filiación extramatrimonial”, presentada para optar el grado académico de maestra en Derecho con mención en Civil y Comercial, cuya autoría pertenece a la abogada Lilia Magna Idrogo Vera. En esta investigación se detalla lo siguiente:

En el proceso de filiación la materia en controversia es determinar el parentesco entre el menor y el demandado, que puede ser el padre y/o la madre de éste; también vemos que durante casi todos los procesos de

filiación hay negativa por parte del demandado de reconocer voluntariamente al menor e incluso muchos tratan de entorpecer el procedimiento regular; es decir, una conducta negativa e irresponsable que debe ser sancionada; pues a largo plazo ésta puede conllevar a crear desórdenes en el normal desarrollo biopsico-social en el menor involucrado. (Idrogo, 2017, pág. 13)

Por ello, el que no se haya considerado la responsabilidad que conlleva un no reconocimiento voluntario de los padres deja sin sanción al daño moral producido en el menor no reconocido, pues este último puede afectar su desarrollo psicológico en el futuro, lo cual podría ser evitado con una mejor legislación.

Asimismo, según Idrogo (2017), se debe tomar en cuenta estas propuestas:

Se recomienda a la comunidad jurídica, que si bien es cierto no existe en nuestra legislación una norma expresa sobre la materia, ello no es necesario, ni impide la interposición de acción legal por resarcimiento del daño ocasionado al menor, puesto que nuestra normatividad y en virtud de la legislación internacional sobre protección al menor de edad, tanto la madre o la persona menor o su representante cuentan con la legitimación para reclamar indemnización por la responsabilidad civil derivada de la falta de reconocimiento voluntario del menor, más aún, si este se niega a realizar la prueba biológica de paternidad. (pág. 168)

En segundo lugar, tenemos al artículo titulado “El reconocimiento extramatrimonial del hijo de la mujer casada y nueva perspectiva”, elaborado por el autor Flores – Flores, el cual versa sobre una revisión de la Ley N°28457, ley que regula el proceso de filiación judicial, específicamente del artículo 396 del Código Civil sobre la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada. Así, tenemos a continuación lo señalado por el autor:

[...]Los mecanismos internacionales en la materia, respecto al derecho a la identidad del menor, son extensos y sustantivos. La problemática radica en la conjugación de todos los mecanismos, tanto nacionales como internacionales (adecuación de la norma a las disposiciones

internacionales), a fin de lograr su verdadero objetivo [...]. El caso de la filiación extramatrimonial no es la excepción en la legislación peruana. La Ley N° 28457, ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, se complementa con los artículos N° 388, N°390 y N° 393 de nuestro actual Código Civil; sin embargo, el art. N° 396, sobre el reconocimiento de hijo extramatrimonial de mujer casada [...] dista mucho de la realidad tanto social como procesal en la que se desenvuelven los diversos casos. (Flores-Flores, 2015, pág. 3)

En otras palabras, la autora enfatiza en que la ley, por un lado, le da preponderancia al matrimonio, así como al reconocimiento del menor, en calidad de hijo del marido. Pero, por otro lado, se contradice al otorgarle al marido la posibilidad de cuestionar dicha paternidad, a través de la impugnación en vía judicial, a pesar de la existencia de una prueba biológica. Asimismo, termina concluyendo lo siguiente:

La normativa respecto a la filiación extramatrimonial de hijo de mujer casada, desde nuestra perspectiva, no es pertinente y adecuada, con la realidad social, además, no es una ley, que ayude a la resolución del conflicto que se genera entre las partes en pro del menor, por el contrario, puede en la aplicación procesal, generar un daño este último, al prevalecer la prueba legal, por sobre la prueba biológica. 5. Los jueces deben aplicar la ley en los procesos judiciales, sin embargo, si afecta principios supremos, como el referido “interés superior del niño”, deben ellos adecuarse al caso específico, y solucionar el conflicto que pueda generarse (ya sea de carácter ético o legal) y decantarse por una sentencia favorable al menor, a pesar de que ello implique, no aplicar la referida ley. (Flores-Flores, 2015, pág. 14)

En tal sentido, podemos señalar que la normativa vigente sobre la filiación extramatrimonial no es del todo adecuada y completa, pues no ha previsto las diferentes problemáticas que suceden en la práctica, afectando, en muchos casos, derechos fundamentales de los niños(as) y contraviniendo principios en esta materia.

En tercer lugar, está la tesis titulada —Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial” para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, cuya autora es Olortegui.

[...] De ninguna manera podemos permitir que las conductas desviadas, egoístas, antisociales o reñidas con el vínculo matrimonial y filiatorio queden sin castigo so pretexto de no contar con la normatividad pertinente y al continuo reclamo social que exige castigo y resarcimiento respecto de quienes observan conductas reprochables de este tipo. Si bien es cierto la Filiación en nuestro país adquirió rango constitucional el año 1979 y posteriormente fue incorporado en nuestro Código Civil de 1984 eliminando de esta manera la distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, sin embargo, esto no detuvo las miles de demandas por paternidad que surgen a diario, pues la responsabilidad de reconocer a un hijo es fundamentalmente de la pareja, y cuando esta no existe formalmente, es muy complicado realizar los trámites de inscripción del niño por parte de uno de los padres. (Olortegui, 2010, págs. 7-8)

De tal manera que, en la investigación, se propone la necesidad de abordar pronunciamientos judiciales y contar con una normativa que permita reivindicar la idea base de los principios universales que rigen en materia de filiación, por lo que aquel que cause un daño a algún integrante de la familia, deberá indemnizarlo. Finalmente, la tesis termina enfatizando lo que sigue a continuación:

Cuando hablamos de falta de reconocimiento del hijo por parte del padre no hay duda de que esta situación provoca en el niño un daño importante, tanto a nivel moral como material. Pero esto no es sólo responsabilidad de la parte masculina de la relación, también la madre puede tener actitudes que, a veces por egoísmo, a veces por venganza hacia una pareja que no funcionó, o por negligencia ante una relación sexual aislada, impide que su hijo goce de derechos que le son reconocidos no solamente en la Constitución Política del Estado sino también en tratados internacionales o incluso en el Código Civil. (Olortegui, 2010, pág. 176)

Por último, encontramos al artículo titulado “Declaración notarial de paternidad, a través de proceso no contencioso de competencia notarial”, cuya autoría pertenece a Rosalía Mejía Rosasco. Aquí se hace un análisis a la propuesta emitida por la congresista Cecilia Chacón, en noviembre del 2015, Proyecto de Ley N° 4962/2015-CR, ley que permite la declaración notarial de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada.

Según Mejía (2015), si bien se está de acuerdo con la propuesta, considera, adicionalmente, lo siguiente:

En el proyecto, que solo ha contemplado la situación de —matrimonios que se han separado sin llegar al divorcio durante largos períodos de tiempo por diversas razones, y que actualmente han formado nuevos hogares y teniendo hijos con nuevas parejas...”, legalmente se tiene por padre al cónyuge separado. No obstante estar de acuerdo con la propuesta, consideramos que esta resulta incompleta respecto a las diversas situaciones que se presentan en la realidad respecto a la necesidad de esclarecer la identidad de una persona a partir de pruebas genéticas, mediante un proceso simple, seguro y breve. Ello justifica la ampliación de la competencia notarial en la determinación de paternidad en mérito a las pruebas científicas antes señaladas, pero abarcando el derecho de identidad de toda persona, independientemente del estado civil y convivencial de los padres. (pág. 1)

Por ello, se recomienda otorgarle al Notario, como operador de derecho que presta un servicio público, facultades en el ámbito familiar, específicamente sobre la filiación, evitaría la carga judicial existente en la actualidad y, sobre todo, resolvería más rápido temas que abordan derechos de familia.

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.2. Hipótesis

a. Hipótesis general

- Los Notarios Públicos deben contar con facultades para la declaración de la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú.

b. Hipótesis específica

- Entre los requisitos esenciales para que el Notario Público pueda declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú debe considerarse que exista certeza de que el padre biológico no es el padre legal, y las partes se encuentren de acuerdo con dicha declaración.
- El trámite que deben seguir los Notarios Públicos es verificar que la solicitud presentada cumpla con los requisitos esenciales para admitirla, posteriormente a ello deberá convocar a una audiencia a las partes involucradas a fin de verificar la voluntad de estas y emitir el acta correspondiente, así como la comunicación respectiva al Reniec a fin de solicitar la emisión de una nueva partida.

3.2. Identificación de variables

Para la presente tesis cualitativa, no se realizará esquemas o variables que permitan medir comportamientos sociales, lo cual implicaría recurrir a niveles, escalas, entre otros, propios de una metodología distinta.

3.3. Operacionalización de variables

Para utilizar una adecuada operacionalización de variables, se necesitarían establecer procedimientos o indicaciones que estén destinadas a medir una variable definida de forma conceptual. Sin embargo, esta tesis, al no tener una variable seleccionada, por el enfoque cualitativo, se prescindirá de dicha operacionalización.

CAPÍTULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Ámbito de estudio

La presente investigación ha tenido como localización política y geográfica el Perú, pues la determinación de las competencias notariales sobre el proceso de filiación extramatrimonial será analizada desde la perspectiva nacional y con la normativa interna, ajustándonos a la realidad social del país.

Dicho ello, se podrá localizar específicamente en el territorio peruano, ya que en otras legislaciones a nivel internacional el tema o ya está regulado o no resulta problemático.

4.2. Tipo y nivel de investigación

La presente investigación ha seguido un enfoque de tipo cualitativo, debido a que se señalará de manera precisa y clara las nociones, conceptos o definiciones necesarios para el desarrollo del aspecto teórico. Entonces, se prescindirá del uso de valores cuantitativos para el estudio del presente tema.

En esa línea, el investigador se centró en determinar si los Notarios Públicos deberían tener competencia para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú. Con ello, se podrá analizará, además, los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial, así como se determinará el trámite que deberán seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en nuestro país.

Para ello, se recurrió a la legislación, jurisprudencia y doctrina, para obtener información relevante que permita apreciar las distintas posturas sobre el tema y permita aportar en la resolución de la problemática propuesta.

En ese sentido, la estructura de la investigación fue desarrollada de forma sencilla, descriptiva, explicativa, básica y con un enfoque científico para que el lector comprenda, adecuadamente, sin dificultad alguna.

Asimismo, la investigación tuvo un nivel básico- teórico, pues realizó un análisis dogmático de la competencia de los Notarios Públicos en procesos de filiación extramatrimonial, con la finalidad de generar un aporte importante al Derecho de Familia.

4.3. Unidad de análisis

En cuanto a la unidad de análisis que se ha tomado para la investigación, tenemos la elección de tres figuras elementales en torno a la filiación extramatrimonial. Por un lado, están los notarios públicos de cualquier ciudad del país. Por otro lado, están los cónyuges casados, en tanto ellos son la parte interesada del proceso de filiación extramatrimonial. Finalmente, el padre biológico, en tanto su voluntad y posición resultan fundamental estudiar, ya que en función a ello se definirá si hay *litis* o no.

4.4. Población de estudio

La población de estudio para la presente investigación es determinada, la misma que está conformada por todos los Notarios Públicos del Perú.

4.5. Tamaño de muestra

En el presente caso, fue el 100% de casos encontrados. Es decir, se ha tomado como muestra todos los expertos notarios entrevistados, lo cuales han dado su opinión, así como críticas, en el tema materia de análisis.

4.6. Técnicas de selección de muestra

La selección de muestra fue en función de los casos que se es analizar. Es decir, de todos los notarios públicos del país, se entrevistaron a 4 profesionales para que nos den su opinión experta del tema materia de investigación. Asimismo, de toda la jurisprudencia existente, se analizaron 5 resoluciones, así como proyectos de ley.

4.7. Técnicas de recolección de información

Las técnicas que se usarán en la presente investigación son las que el investigador ha creído conveniente y adecuadas para el desarrollo de la información, las cuales detallaré a continuación:

- **Entrevistas:** Se van a entrevistar a especialista en la materia con el fin de conocer sus apreciaciones y posiciones sobre el tema.
- **Análisis documental:** Se analizarán resoluciones judiciales para visualizar la problemática actual de la investigación, lo cual abarcará a los magistrados de diferentes tribunales o salas, así como fuentes para recolectar datos, tales como libros, revistas y artículos sobre el tema.

4.8. Técnicas de análisis e interpretación de la información

Para el análisis de datos de la presente investigación, se recurrió a la confiabilidad de los datos y la fiabilidad de estos para obtener una información verídica que permita un adecuado estudio de la problemática general planteada. En el presente caso, le damos una fiabilidad del 95% a los datos obtenidos.

4.9. Categorías de análisis

Entre las categorías de análisis en la investigación tenemos:

- Notario Público
- Derecho de identidad
- Filiación
- ADN

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. PROCESAMIENTO, ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1.1. Análisis de jurisprudencia

En primer lugar, tenemos al EXP. N° 04509-2011-PA/TC, la cual se emitió el 11 de julio de 2012 y el cual es un recurso de agravio constitucional interpuesto por don Estalin Mello Pinedo contra la sentencia expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fojas 234, su fecha 15 de julio de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

Como petitorio, se solicita que se declare la nulidad del proceso sobre filiación extramatrimonial iniciado contra el demandante por doña Gianinna Lozano

Pérez, en representación de la menor P.N.M.L., pues carece de validez el no haberse notificado adecuadamente al demandante, ya que este no estaba en el país, durante el proceso. Por ello, se ha vulnerado su derecho al debido proceso y también el de la defensa, puesto que no tuvo ninguna posibilidad de cuestionar la paternidad que se le había asignado.

Ahora bien, como antecedentes, tenemos lo siguiente:

De acuerdo a lo que se aprecia de la demanda, se califica el proceso sobre filiación extramatrimonial seguido contra el recurrente de indebido o irregular, en tanto se imputa violación de su derecho de defensa. Este Colegiado, al respecto y de lo que aparece de los actuados de dicho proceso ordinario, acompañados al expediente constitucional, observa que en efecto no se cumplió en momento alguno con notificarle válidamente el mandato de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, pues como ha quedado demostrado con la hoja de movimiento migratorio (fojas 96 del expediente principal), el recurrente estuvo ausente del país durante el período comprendido entre el 24 de junio de 1999 y el 18 de diciembre del 2009, en que retornó al suelo patrio. (Fundamento 5)

En otras palabras, la no notificación del proceso de declaración de paternidad, en un proceso de filiación extramatrimonial, hace que este proceso devenga en irregular, pero la Corte no lo califica como inválido. Asimismo, añade lo que se cita a continuación:

Aunque de los actuados del proceso sobre filiación extramatrimonial, se aprecia que el entonces demandado fue notificado por debajo de la puerta en el domicilio que al efecto señaló la demandante del citado proceso, dicho acto procesal carece de toda validez, pues no encontrándose el actual recurrente en el territorio del Estado, no se pudo garantizar su derecho de defensa en la forma prevista por la Ley N° 28457, que regula el proceso de filiación extramatrimonial. Conviene, al respecto, precisar que de acuerdo con el citado procedimiento, emitido el mandato de

declaración judicial, éste se comunicará al demandado, quien tendrá derecho a oponerse específicamente mediante la prueba de ADN, contando para tal efecto con el término de diez días para la indicada oposición, plazo fuera del cual dicho mandato se convertirá recién en una resolución de declaración judicial de paternidad. (Fundamento 6)

Por ello, la Corte hace énfasis en señalar que no basta que se haya efectuado una notificación física en el domicilio, si es que no se pudo garantizar que el emplazado se encuentre en el territorio. De lo contrario, se estaría amparando vulneraciones al derecho de defensa.

En el contexto descrito y siendo evidente que el actual amparista no tuvo conocimiento alguno del mandato de declaración judicial de paternidad, no se le ha dado la oportunidad de oponerse en la forma antes señalada ni mucho menos de interponer los mecanismos impugnatorios previstos por la ley, afectándose de este modo y de manera directa su derecho a defenderse. En tales circunstancias y como no puede ser de otra manera, el destino de la presente demanda no es otro que el de su consideración estimatoria. (Fundamento 7)

De esa forma, se determina que el recurrente no pudo conocer sobre el mandato judicial que declaraba su paternidad sobre el menor, perdiendo la oportunidad de ejercer los medios impugnatorios que ampara la Constitución. De esa manera, podemos determinar que se puede declarar la paternidad siempre y cuando se ponga en conocimiento al afectado, con dicha declaración.

Por lo tanto, la Corte declaró fundada la demanda, porque se acreditó la vulneración del derecho al debido proceso de don Estalin Mello Pinedo. Como consecuencia, el proceso se deberá retrotraer al estado en el que sucedió dicha vulneración. Es decir, al momento respectivo de la notificación, a fin de que se notifique el mandato judicial de paternidad.

Asimismo, la Corte decide suspender los efectos nulificantes sobre la Declaración Judicial de Paternidad Extramatrimonial de la menor P.N.M.L. (Resolución N° 2, del 3 de octubre del 2008). Ello con el fin de que su derecho

a la identidad esté garantizado y resguardado. Por ello, les corresponde a las autoridades que conozcan y resuelvan el proceso de filiación extramatrimonial, hacer respetar dicha garantía, bajo expresa responsabilidad.

En segundo lugar, encontramos al Exp.N°02028-2017-PA/TC/JUNÍN, el cual se expidió el 25 de febrero del 2021 y es un recurso de agravio constitucional interpuesto por Celia Verónica Anaya Meza contra la resolución de fojas 145 que fue expedida por la Sala Mixta de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín.

Así, tenemos como contexto que la recurrente interpuso demanda de amparo, el 23 de octubre de 2015, contra el Juzgado Mixto de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín. Con ella, solicita que se declare inaplicabilidad y suspensión de los efectos del auto de vista de fecha 21 de setiembre que declaró improcedente la demanda sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial *post mortem*. Esta última fue declarada improcedente por incompetencia material, tal y como se señala el recurrente a continuación:

Refiere que el citado juzgado mixto, (...)que desestimó la demanda de don Oscar Máximo Anaya Chagua por incompetencia material, aplicó -de manera literal-el artículo 1 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, modificado por la Ley 29821, que establece que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada, sin tomar en cuenta lo establecido en el Primer Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrado del Distrito Judicial de Junín, de fecha 3 de junio de 2011, sobre el procedimiento de la filiación judicial de paternidad extramatrimonial de persona fallecida por ADN. (Párr. 2)

Debido a ello, la recurrente considera que su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso se han vulnerado, cuando no se ha motivado adecuadamente.

Lo que discute, en este caso, es que la causa no debió ser conocida por un juez de paz letrado, sino por un juez especializado en familia, así como se

señaló en el Primer Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrado en lo relacionado a la filiación judicial de paternidad extramatrimonial de una persona fallecida por ADN.

Los miembros de la Corte expresaron que la administración de justicia implica que el órgano competente argumente siempre de forma cualificada, si es que es una decisión que lo amerita por su grado de complejidad y severidad. Por eso, en este caso, los magistrados consideran que la nulidad es muy gravosa, por lo cual se debió argumentar profundamente. Pese a ello, la resolución cuestionada no tiene razonabilidad en su lógica argumentativa, lo cual pone en duda la legitimidad de la decisión. Por ende, deviene en inconstitucional.

El artículo 1 de la Ley 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, modificado por la Ley 29821, determina, sin establecer excepciones, que quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juez de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada, lo cual implica que, en todos los casos, un proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial es competencia del Juzgado de Paz Letrado. (Fundamento 10)

Asimismo, comentan que no es una motivación cualificada el que justifique la imposición de una sanción procesal, por los siguientes motivos:

[...] Porque para ello se requiere argumentar la existencia de otros elementos jurídicos o fácticos basados en datos objetivos valorados. Asimismo, el juez debió exponer las razones distintivas por las cuales le llevaron desligarse de lo acordado sobre filiación judicial de paternidad extramatrimonial de persona fallecida por ADN en el Primer Encuentro Jurisdiccional de Jueces de Paz Letrado del Distrito Judicial de Junín.

En virtud de lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional decide declarar la nulidad de la Resolución 16, de fecha 21 de setiembre de 2015. Como consecuencia, ordena que el Juzgado Mixto de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín emita un nuevo pronunciamiento en relación con la justificación de la vía procesal de la demanda de filiación judicial de paternidad extramatrimonial post mortem.

En tercer lugar, tenemos al EXP. N° 003525-2017-PA/TC/CUSCO, el cual es un Pleno del Tribunal Constitucional, emitido el 26 de enero de 2021, en Arequipa. Es un Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sra. Martha Velásquez Humpire, en representación de la menor A.P.Z.V., contra la resolución de fojas 377, que fue expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco y declaró infundada la demanda de sucesión intestada a consecuencia del fallecimiento del Sr. Luis Ricardo Zamora Fernández.

Como antecedentes, tenemos que la recurrente alega la vulneración de su derecho a la cosa juzgada, pues se logró declarar, judicialmente, la filiación de paternidad entre el fallecido Percy Miguel Zamora del Castillo y la menor con iniciales A.P.Z.V. Además, a esta última se le declaró heredera del Sr. Percy Miguel Zamora del Castillo. Por ende, ambas resoluciones, tanto el Expediente 01945-2009 y el Expediente 00142-2011 respectivamente, tienen la calidad de cosa juzgada.

Sostiene también que la titular del juzgado emplazado no ha sido imparcial sobre la causa que ha tenido que resolver, puesto que su actual cónyuge es el abogado defensor de la parte demandada en un proceso ligado a la misma.

Por su parte la jueza del Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco contesta la demanda señalando que la recurrente obtuvo una resolución favorable en el proceso de filiación (Expediente 01945-2009), quebrantando normas de orden público de nuestro ordenamiento jurídico. Específicamente, detalla lo siguiente:

La recurrente ha obtenido una resolución favorable en el proceso de filiación (Expediente 01945-2009) a través del quebrantamiento de diversas normas de orden público. Por esta razón, lo decidido en dicho proceso no estaría revestido con la garantía de cosa juzgada. Al respecto, sostiene que, en el proceso de filiación, el juez no tenía competencia, conforme a la Ley 28457, ni prosiguió con el trámite preestablecido por ley ni respetó las normas de orden público; en síntesis, la sentencia emitida en dicho proceso era nula de pleno derecho. A su entender, aceptar la validez de este pronunciamiento hubiera significado avalar actuaciones temerarias y decisiones contrarias a la ley. (Párr. 3)

En tal sentido, el Segundo Juzgado Civil de Cusco declaró fundada la demanda, el 17 de noviembre de 2016, al considerar que sí se vulneró el derecho a la cosa juzgada y a la defensa. No obstante, esta decisión fue revocada por la Sala revisora, declarando la demanda infundada, debido a que el juez constitucional no tenía competencia para declarar materias ajenas a la tutela de derechos fundamentales.

Entrando a los fundamentos emitidos por el Tribunal Constitucional, tenemos que la menor de iniciales A.P.V.Z. fue declarada judicialmente hija del fenecido Percy Miguel Zamora del Castillo, el cual fue hijo de Luis Ricardo Zamora Fernández. Así, se tiene que este último falleció después que su hijo Percy Miguel, por lo que la menor A.P.V.Z. le correspondía reclamar sus derechos hereditarios, respecto al patrimonio de su abuelo.

Sin embargo, para el juzgado emplazado, no se estableció válidamente un vínculo de filiación entre la menor y el fenecido Percy Miguel Zamora del Castillo, por lo que no se le debió declarar heredera del Sr. Luis Ricardo:

El juzgado emplazado arribó a esta conclusión porque (i) doña Elizabeth Velásquez Humpire, viuda y heredera universal de don Percy Miguel Zamora del Castillo, habría reconocido mediante escritura pública a la menor como hija de su difunto esposo, lo cual no está permitido por ley; (ii) una primera demanda de filiación de paternidad extramatrimonial fue desestimada por no cumplir con lo dispuesto en la Ley 28457; y (iii) la demanda de filiación estimada fue interpuesta contra Elizabeth Velásquez Humpire, en su calidad de heredera de don Percy Miguel Zamora del Castillo, quien no formuló oposición a la demanda. (Fundamento 10).

En el presente caso, es preciso señalar que las partes interesadas no cuestionaron en su momento lo decidido en el Expediente 01945- 2009, a través de los mecanismos procesales que la legislación prevé.

En tal sentido, el juzgado emplazado tenía la obligación de respetar lo EXP. N.º 003525-2017-PA/TC CUSCO A. P. Z. V. decidido en el proceso de filiación, y no así de enmendar la estrategia legal utilizada por quienes habrían sido afectados por la declaratoria de filiación judicial, máxime, si el proceso de declaración de herederos no tiene la estructura procesal

necesaria para dejar sin efecto válidamente una resolución con la calidad de cosa juzgada. (Fundamento 14)

Por lo tanto, el Tribunal decide declarar fundada la demanda de amparo, debido a que se ha acreditado la vulneración al derecho a la cosa juzgada. Como consecuencia de ello, declararon nula la resolución expedida por el Primer Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

Por otro lado, tenemos a la Resolución N°18 del EXPEDIENTE N°2005-02289-0-1801-JP-FA-03, la cual fue emitida el 02 de noviembre del 2006 y versa sobre la materia de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

Así, tenemos que la demandante Laura Requejo Cotrina, acude a la vía judicial a efectos de que, previos trámites conforme a ley, se declare la paternidad de su menor hija de iniciales L.S.R.C. La demanda es interpuesta contra Victor Ramos Cotera, siendo esta admitida a trámite mediante resolución N°1 de fojas 10.

Así, se tiene que se efectuó válidamente el emplazamiento al demandado conforme al cargo de notificación y pre aviso, siendo que la recibió personalmente. Pero se negó a firmarla, apersonándose al proceso de forma extemporánea. Por ello, al no haber ni existir contradicción alguna ejercida por la parte demandada, la causa se encuentra expedita para sentenciar.

De esa forma, la Sala, al verificar que la demandante cuenta con la legitimidad para demandar, debido a que Laura Requejo Cotrina aparece como la progenitora en la Partida de Nacimiento de la menor, emite los siguientes fundamentos:

Que el proceso de Filiación Extramatrimonial se encuentra regulado por la Ley 28457 y procede cuando existe un conflicto de intereses antagónicos en el que por un lado el interés del hijo dirigido a conocer la verdad biológica respecto a su filiación y por otro la pretensión del presunto progenitor que no se considera tal y por ende no accede voluntariamente a un reconocimiento del hijo; en ese orden de ideas el objeto principal de este proceso es el establecimiento de una adecuación entre la verdad e identidad biológica y la relación jurídico parental. (Fundamento 2)

En otras palabras, en este proceso de filiación hay dos derechos contrapuestos, los cuales corresponden al niño y al presunto padre, lo cual indica que para acudir a un órgano jurisdiccional para iniciar un proceso de filiación extramatrimonial se necesita que no haya voluntariedad en el reconocimiento de un hijo. Además, la Sala señala lo siguiente:

Que, para lograrlo se debe reconocer el principio de “unidad de las filiaciones” y por ende el principio de igualdad de los hijos reconocido en nuestra Carta Magna, principio que además es recogido y reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máxime si la Convención de los Derechos del Niño, ratificada y aprobada por el Perú, en su artículo 7° prescribe “el derecho de toda persona conocer a sus progenitores”.
(Fundamento 3)

De esa manera, se pone énfasis en que el proceso debe respetar los principios reconocidos en la Constitución y en diferentes normativas internacionales, pues se parte de la idea que tanto hijos matrimoniales como los hijos nacidos fuera del matrimonio son iguales.

[...] Pese a haber transcurrido el plazo para formular oposición, no lo ha hecho, por ende teniendo en cuenta el interés superior del niño, brindando tutela jurisdiccional orientada a la protección del menor, por su vulnerabilidad y dependencia así como los derechos del presunto progenitor con criterio de razonabilidad, a fin de tutelar al mismo tiempo los derechos de ambos, se procede hacer efectivo el apercibimiento de la resolución número uno de fecha treintiuno de agosto del año dos mil cinco. (Fundamento 5)

Finalmente, el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Lima declara fundada la demanda. En consecuencia, se declara judicialmente la paternidad de Víctor Ramos Cotera, como padre de la menor L.S.R.C.

Por su parte, tenemos a la Casación Nro. 950-2018- Arequipa, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 29 de noviembre de 2016. En este recurso de casación, Luis Alberto Medina Vega es quien interpone el recurso contra la sentencia de segunda instancia de fojas 662, la cual confirma la sentencia apelada de fojas 557. Esta

última declara la demanda fundada, por lo que declara judicialmente la paternidad de Joel Eduardo Vilca Flore, respecto a la menor de iniciales F.K.M.S, cuya madre se llama Olivia Olinda Sánchez Medina. Por ende, el nombre de la menor debe llevar el apellido del padre biológico.

Respecto a los antecedentes, tenemos que Joel Eduardo Vilca Flores demanda a Luis Alberto Medina Vega y la menor F.K.M.S, para impugnar la paternidad, con el objetivo de que se declare nula la partida de nacimiento. Como pretensión accesoria, reclama que se declare la filiación extramatrimonial al ser el padre de la menor. De esta forma, señala lo siguiente, sobre el vínculo filial con su menor hija:

Quien ha nacido como producto de las relaciones de convivencia con Olivia Olinda Sánchez Medina, con quien mantuvo tales relaciones de manera ininterrumpida desde el año dos mil uno, hasta la fecha de su fallecimiento, ocurrido el doce de julio de dos mil once; que durante el tiempo de esta relación extramatrimonial la menor vivió con el demandante y su madre en el domicilio de su propiedad; 2) Agrega que la madre de la menor, doña Olivia Olinda Sánchez Medina, se encontraba separada de hecho del demandado Luis Alberto Medina Vega y al nacer la menor el treinta de marzo del dos mil dos, el demandante fue impedido de asentar la partida de su menor hija. (párr. 2)

Asimismo, señala que fue por presión por parte del demandado a su esposa que inscribió a la menor con el apellido paterno de él. No obstante, cuando la madre de la menor fallece, el demandado asume que estaba en abandono, lo cual comenta el recurrente que no fue así, pues la menor se encontraba al cuidado de su abuela.

Ahora bien, se trata de determinar lo siguiente:

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

Fiorella Kathy Medina y, c) Determinar si el demandante es el padre biológico de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez. (párr.1)

Por lo tanto, la Corte se pronuncia respecto a este tema:

Así, las cosas, se ha demostrado la identidad filiatoria de la niña, en su faceta dinámica, vale decir en la posesión del estado de hija del codemandado Luis Alberto Medina Vega. Es menester destacar que la posesión de estado denota fehacientemente dicho estado de familia que se ostenta respecto del presunto padre o presunta madre y, el niño al crecer, va asimilando la identidad de la familia y cultura en que vive. En consecuencia, en salvaguarda del derecho a la identidad de la menor Fiorella Kathy Medina Sánchez, y en aras de su interés superior, corresponde estimar el recurso de casación por la causal sustantiva denunciada. (Fundamento 8)

Por tanto, los magistrados deciden casar el recurso y, en consecuencia, declaran la filiación extramatrimonial del recurrente para con la menor. Por tanto, se anula la paternidad que asumió el demandado.

5.1.2. Análisis de la legislación peruana

En nuestro país, a través de la Ley N°30628 emitida el 07 de julio de 2017, se ha modificó algunas de las disposiciones de la Ley N°28457, correspondiente al proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Así, tenemos la comparación siguiente para una mejor apreciación de los cambios legislativos.

Cuadro No. 1. Modificaciones a la Ley N°28457

Texto anterior	Texto modificado
Artículo 1.- Demanda y Juez competente Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un Juez de Paz Letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. Si el emplazado no formula oposición	Artículo 1.- Demanda, acumulación de pretensiones y juez competente Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir al juzgado de paz letrado que expida resolución declarando la filiación demandada. En este mismo proceso podrá

<p>dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad.</p>	<p>acumularse como pretensión accesoria, la fijación de una pensión alimentaria, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 85 del Código Procesal Civil.</p> <p>En este caso, el juzgado correrá traslado al emplazado de la pretensión de declaratoria de paternidad extramatrimonial y de la pretensión de alimentos.</p> <p>El emplazado tiene un plazo no mayor a diez días de haber sido notificado válidamente para oponerse a la declaratoria de paternidad extramatrimonial y absolver el traslado de la pretensión de alimentos sujetándose a lo establecido en el artículo 565 del Código Procesal Civil.</p> <p>Si el emplazado no formula oposición dentro del plazo de diez días de haber sido notificado válidamente, el juzgado declara la paternidad extramatrimonial y dictará sentencia pronunciándose además sobre la pretensión de alimentos.</p>
--	---

Elaboración propia

Fuente: El Peruano

En este artículo, se introduce la posibilidad de acumular pretensiones, respecto a la fijación de la pensión alimentaria, pues, antes de dicha modificatoria, se tenía que iniciar un proceso aparte para solicitar dicha pensión. Por ello, ahora

resulta práctico que se pueda acumular accesoriamente una petición vinculada con el proceso de filiación.

No obstante, consideramos innecesario el párrafo tercero del traslado de la demanda, pues se entiende con el siguiente párrafo que ello tiene que ser efectivo para hablar del respeto de las garantías del debido proceso, defensa y contradicción.

Respecto a la competencia de ver los procesos de filiación tanto el texto anterior como la modificatoria, establecen que el juez competente es el juez de paz letrado para la declaración de paternidad. Es decir, se sigue otorgando a la vía judicial la única que puede ver este tipo de procesos.

Cuadro No. 2. Modificaciones a la Ley N° 28457

Texto anterior	Texto modificado
<p>Artículo 2.- Oposición</p> <p>La oposición suspende el mandato si el emplazado se obliga a realizarse la prueba biológica del ADN, dentro de los diez días siguientes. El costo de la prueba será abonado por el demandante en el momento de la toma de las muestras o podrá solicitar el auxilio judicial a que se refieren el artículo 179 y siguientes del Código Procesal Civil. El ADN será realizado con muestras del padre, la madre y el hijo. Si transcurridos diez días de vencido el plazo, el oponente no cumpliera con la realización de la prueba por causa injustificada, la oposición será declarada improcedente y el mandato</p>	<p>Artículo 2.- Oposición</p> <p>La oposición no genera declaración judicial de paternidad siempre y cuando el emplazado se obligue a realizarse la prueba biológica del ADN. El juzgado fijará fecha para la audiencia única, la que deberá realizarse dentro de los diez días siguientes.</p> <p>En la audiencia se llevará a cabo la toma de muestras para la prueba biológica del ADN, la cual es realizada con muestras del padre, la madre y el hijo; en caso el padre no tenga domicilio conocido, sea inubicable o este haya muerto, podrá realizarse la prueba al padre, madre u otros hijos del demandado de ser el</p>

se convertirá en declaración judicial de paternidad.

caso. Asimismo, en la audiencia se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 555 y demás del Código Procesal Civil en lo que respecta a la pretensión de fijación de una pensión alimentaria.

El costo de la prueba es abonado por la parte demandada en la audiencia al laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Este deberá estar acreditado conforme a la regulación sanitaria correspondiente para brindar las garantías necesarias.

Si la parte demandada no realiza el pago de la prueba en la audiencia, se reprograma la toma de muestras dentro de los diez días siguientes. Vencido dicho plazo se declara la paternidad. Si lo desea, la parte demandante puede asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado.

El juzgado resuelve la causa por el solo mérito del resultado de la prueba biológica del ADN si esta se realiza o por el vencimiento del plazo previsto en el párrafo precedente. Se resolverá la causa de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4.

Para efectos de la presente ley, no resulta necesaria la realización de la

	audiencia especial de ratificación pericial, ni los actos procesales que establece el artículo 265 del Código Procesal Civil.
--	---

Elaboración propia

Fuente: El Peruano

En este artículo, se empieza modificando la redacción del texto anterior para un mejor entendimiento. Por ello, en la modificación se cambia la frase —~~s~~ suspende el mandato”, por el ~~no~~ genera declaración judicial de paternidad”, dado que era impreciso a qué se refería con lo primero.

Además, condiciona la no declaración judicial de paternidad, al hecho de que el opositor, necesariamente, se realice la prueba. Pero no es que le da un plazo de 10 días para que realice ello, sino que este plazo es el máximo en el que el juez decidirá cuándo se lleva a cabo la audiencia única. Por ende, con una mejor redacción del 1er párrafo, se beneficia las diligencias indebidas del proceso, puesto que en el anterior texto, pasado los 10 días para aceptar realizar la prueba de ADN, el juez tendría que fijar otro plazo adicional (al menos, así se entendía) para llevar a cabo la audiencia.

Por otro lado, esta es una modificatoria importante, porque termina prescindiendo del auxilio judicial establecido en el texto anterior, otorgándole un plazo mayor al demandado (10 días adicionales a los 10 días ya dados) para abonar el costo de la prueba. Caso contrario, se declarará la paternidad, pero aclarando que la parte demandante puede costear dicho monto.

En esa línea, consideramos adecuada la modificación, en tanto que con el actual texto otorgan mayores posibilidades de solucionar el tema del abono del costo de la prueba, como el aplazamiento del plazo y el que la parte demandante los cubra.

Cuadro No. 3. Modificaciones a la Ley N°28457

Texto anterior	Texto agregado
-----------------------	-----------------------

No existía un inciso A del artículo 2	<p>Artículo 2-A.- Allanamiento</p> <p>El demandado podrá allanarse a la demanda, desde que fue notificado hasta antes de la realización de la prueba biológica de ADN.</p>
---------------------------------------	---

Elaboración propia

Fuente: El Peruano

La regulación del allanamiento en un proceso de filiación significa que el demandado puede declararse conforme o aceptar la paternidad desde que recibe la notificación de la demanda y hasta antes de que se realice de la prueba de ADN. Es decir, el demandado no muestra oposición, dando por concluido el proceso.

Cuadro No. 4. Modificaciones a la Ley N° 28457

Texto anterior	Texto modificado
<p>Artículo 4.- Oposición infundada</p> <p>Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada, el mandato se convertirá en declaración judicial de paternidad y el emplazado será condenado a las costas y costos del proceso.</p>	<p>Artículo 4.- Oposición infundada</p> <p>Si la prueba produjera un resultado positivo, la oposición será declarada infundada declarándose la paternidad.</p> <p>En la misma resolución, se dictará sentencia respecto a la pretensión de alimentos condenando al demandado al pago de costas y costos del proceso”.</p>

Elaboración propia

Fuente: El Peruano

El artículo 4 refiere a la consecuencia de que la prueba de ADN saliera positiva. Se deduce que la existencia de cualquier solicitud de oposición del padre sobre su paternidad será infundada cuando ya se tienen las pruebas que demuestran lo contrario.

Por ello, resultaba necesario plantear que en dicha resolución que declara judicialmente la paternidad, también se pronunciará sobre la pretensión de alimentos, teniendo en cuenta la modificación añadida, en el artículo 1, respecto a que en este mismo proceso podrá acumularse como pretensión accesorio, la fijación de una pensión alimentaria. En tal sentido, estamos de acuerdo en la modificación efectuada al texto anterior del artículo en cuestión.

Cuadro No. 5. Modificaciones a la Ley N°28457

Texto anterior	Texto agregado
No existía un artículo 6.	<p>Artículo 6.- Devolución de costos de prueba de ADN</p> <p>Si la parte demandante asume el costo de la prueba en un laboratorio privado, la parte demandada debe reintegrarle lo asumido en caso de que el resultado sea positivo a la paternidad.</p>

Elaboración propia

Fuente: El Peruano

Este artículo 6 no estaba previsto en la Ley N°28457, pese a que el artículo 2, respecto a la oposición de paternidad, tenía previsto que la parte demandante podría asumir el costo de la prueba en un laboratorio privado al que se encargue la realización de la prueba. Es decir, no se señalaba, expresamente, que ante este último supuesto, le correspondería reintegrar a la parte demandada, pues es quien tiene dicha carga, los gastos asumidos por la parte contraria. Por ello, consideramos que si es pertinente su regulación expresa.

Ahora bien, realizando una comparación de estas modificaciones con la Ley N°28457, ley anterior que aprobó el proceso especial que se debe llevar a cabo para resolver casos sobre paternidad extramatrimonial, podemos decir lo siguiente:

[...]El proceso de filiación de paternidad extramatrimonial fue pensado para los hijos sin padres, no para los padres que no quieren reconocer a sus hijos, preponderándose, de este modo, el derecho a la identidad de los menores de edad sobre la supuesta afectación de los derechos a la libertad y el debido proceso del demandado como padre. La contundencia de la prueba biológica debe prevalecer antes que cualquier formulismo legal, debiéndose dejar atrás las presunciones para la indagación de la paternidad. (Varsi, 2007, Pág. 18)

Es decir, es una ley que busca proteger a los hijos sin padres, puesto que tienen su derecho a la identidad y no para los padres contra quien se inicia este proceso y se niegan a reconocer dicha filiación, aduciendo una supuesta vulneración a su derecho a la libertad y debido proceso, puesto que el ADN, es la prueba científica más certera en estos temas y no resulta válido oponerse si es que no se la quieren realizar.

No obstante, tiene muchos puntos criticables, como lo comentado por Enrique Varsi:

Entiéndase que el proceso aprobado solo está orientado a la determinación de la paternidad extramatrimonial, no de la maternidad extramarital ni para los casos de reclamación filial. Incluso no procedería para aquellas situaciones en la que falte la madre, el hijo o el padre

(investigación post mortem), pues la ley, curiosamente, exige la prueba a los tres. (2007, Pág. 17)

Es decir, al regular este proceso de filiación extramatrimonial, no se ha tenido en cuenta otros supuestos en los que los hijos son huérfanos de madre, el supuesto padre (post mortem) o el hijo, ya que la ley tiene como requisito que se realice la prueba a estos tres implicados directamente en el proceso.

5.1.3. Análisis de Proyectos de Ley

El 10 de septiembre del 2015, la congresista Cecilia Chacón presentó el Proyecto de Ley N°4962/2015-CR, Ley que permite la declaración notarial de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada.

Para tal efecto, estudiaremos lo más relevante de tal propuesta y, finalmente, daremos nuestra opinión en torno al Decreto Legislativo N° 1377 que recoge, en parte, lo propuesto por la congresista y modifica el Código Civil, en el año 2018.

En tal sentido, el Proyecto de Ley N°4962/2015-CR tiene por objeto lo que sigue a continuación:

Art. 1.- El objeto de la presente ley es conferir a los notarios públicos declarar la filiación extrajudicial del hijo extramatrimonial de una mujer casada cuando exista declaración del marido de no ser el padre, el reconocimiento del padre biológico del menos y una prueba de ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza que respalden tales hechos.

En tal sentido, esta iniciativa legislativa, buscó modificar la Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, específicamente el artículo 1° de la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, Ley N°2662, puesto que, actualmente, los notarios tienen competencia en 10 temas, enumerados en dicho artículo (lista taxativa), los cuales no incluyen la declaración de filiación extrajudicial. Estos son los siguientes:

Art. 1.- Asuntos No Contenciosos. - Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los siguientes asuntos:

1. Rectificación de partidas;
2. Adopción de personas capaces:
3. Patrimonio familiar:
4. Inventarios;
5. Comprobación de testamentos:
6. Sucesión intestada
7. Separación convencional y divorcio ulterior conforme a la ley de la materia.
8. Reconocimiento de unión de hecho.
9. Convocatoria a junta obligatoria anual
10. Convocatoria a junta general

Por ello, al incluir dicha potestad para declarar sobre la filiación, esta equivaldría o tendría los mismos efectos de una declaración de filiación por vía judicial, solo que con esta Ley se le estaría dando la opción de acudir a un notario, siempre y cuando el padre biológico reconozca que es el padre y el actual esposo de la madre quien se reclama la paternidad, esté de acuerdo en reconocer que él no es el padre. Con ello, se evitaría procesos judiciales largos para pedir que se declare sobre un tema de filiación en el que no hay una pugna de paternidad.

Asimismo, en su art. 3°, propone lo siguiente:

El notario que reciba la solicitud de declaración de filiación extrajudicial deberá ordenar la realización de la prueba en los mismos laboratorios y en las mismas condiciones exigidas cuando un juez ordena la misma prueba en la vía judicial.

Es decir, será el notario quien disponga, luego de presentar la solicitud de declaración de filiación extrajudicial, que el supuesto padre biológico se realice la prueba de ADN, conforme lo establece el proceso de vía judicial.

Ahora bien, en su exposición de motivos, se hace referencia a la presunción de paternidad y la buena intención del legislador, protegiendo a la familia. Así, se señala expresamente lo que sigue a continuación:

Cuando en 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, se logró el primer consenso sobre los principios fundamentales de los derechos del niño. Tal declaración incluyó el derecho a un nombre, derecho que consideramos deber ser atendido también como el derecho a su verdadero nombre.

En tal sentido, con la propuesta de dicho proyecto se buscaba solucionar una problemática que, en la práctica, seguía desfavoreciendo al niño y su derecho a la identidad.

Decreto Legislativo N° 1377:

El 24 de agosto de 2018, se publica DL N°1377, modificando nuestro actual Código Civil, en lo referente a la filiación del hijo de la mujer casada, tal y como vemos a continuación:

Artículo 396.- El hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable.

Si bien vemos una modificación del Código Civil en pro del interés superior del niño y el derecho a la identidad, lo cierto es que tales modificaciones no englobaron en su totalidad la finalidad que se pretendía lograr con el Proyecto de Ley propuesto en el 2015.

En otras palabras, mientras aquel solo se enfoca en el momento que se va a inscribir, en el Registro Civil, el Proyecto proponía una solución para un momento posterior: cuando se impugna la paternidad o cuando el padre

biológico tenga interés en que se le reconozca la paternidad y la mujer con su cónyuge estén de acuerdo (no haya *litis*).

Entonces, debe tenerse en claro que el objeto del DL N°1377 no se cumple, en la práctica, a cabalidad. Veamos:

Artículo 1.- Objeto

El presente Decreto Legislativo tiene por objeto fortalecer la protección integral de niñas, niños y adolescentes, y garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, priorizando las medidas de protección a su favor en situaciones de desprotección familiar, la optimización de servicios en situaciones de riesgo por desprotección familiar, su derecho a la identidad y al nombre, la reserva de su identidad y la de sus familiares ante casos de violencia, así como la priorización en el pago de las pensiones alimenticias determinadas a su favor en sentencias judiciales.

Al respecto, podemos señalar que no se está garantizando el pleno ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes, pues no han considerado que el hecho de seguir manteniendo a la vía judicial como el único medio para obtener la declaración de filiación extramatrimonial, perjudica a los interesados involucrados, pero sobre todo al menor que reclama una identidad. Esto debido a que la carga procesal del Poder Judicial es una realidad y los procesos terminan alargándose innecesariamente.

Entonces, pese a que el padre biológico y el padre legal (el cónyuge actual de la mujer) están de acuerdo en que a aquel se le declare la paternidad, no se les permite acudir a la vía notarial para obtener un proceso de declaración de filiación más rápido, seguro y eficaz.

Por ello, resulta necesario seguir apostando por presentar esta problemática en sede legislativa para que puedan producirse cambios relevantes que otorguen una adecuada protección a los menores de edad, frente a situaciones civiles ajenas de sus padres (estén o no casados deben ser identificados).

Queda claro que el reconocimiento de paternidad del hijo extramatrimonial de la mujer casada si bien es un avance en materia familiar, no es la solución total al problema, pues, actualmente, los legisladores siguen sin otorgar otras vías

de solución pacífica para las personas que cuentan con interés legítimo en el tema de filiación.

5.2. PRUEBAS DE HIPÓTESIS

En la presente tesis, no se realizarán pruebas de hipótesis porque la investigación no cuenta con una regla específica que permita aceptar o rechazar una afirmación propuesta por el autor.

5.3. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.3.1. Análisis de entrevistas a profesionales del Derecho Registral y Notarial

En la presente investigación, se realizaron 4 entrevistas a profesionales del Derecho Registral y Notarial. A continuación, pasaremos a comentar lo señalado por cada profesional, al momento de formularse las preguntas en una ficha guía, respecto al tema de proceso de filiación extramatrimonial en sede notarial, el cual venimos desarrollando.

En primer lugar, el día 18 de noviembre del 2021, se entrevistó al Dr. Toribio Marcial Huanca Cayllahua, quien es Notario de Anta – Cusco, y frente a la consulta sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial, nos comentó que hay una recargada labor de los operadores de justicia, por lo que no se debería requerir conocer solo en sede judicial la filiación extramatrimonial

Asimismo, respecto a la pregunta de si los notarios públicos deberían tener facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, señaló que por tratarse de un hecho que no tiene una naturaleza litigiosa, el ordenamiento jurídico peruano sí debería otorgarle facultades, en dicha materia, en sede notarial, pues estamos ante un supuesto en el que las partes involucradas están de acuerdo con la filiación. Entonces, es innecesario recurrir a un juez para que decida sobre ello.

Ahora bien, el Dr. Huanca también se refirió sobre el procedimiento que tendrían que seguir los notarios públicos, en caso se les otorgue facultades en

materia de filiación extramatrimonial. Según el experto, tendría que aplicarse la misma metodología de las adopciones de una persona capaz. Es decir, mediante una minuta firmada por los padres biológicos. Además, se deberá adjuntar como anexos los documentos que acrediten la manifestación de los otorgantes, en especial los que acrediten la concepción del hijo extramatrimonial.

Finalmente, dando carta libre para cualquier aporte del entrevistado, el aporte que le gustaría dejar como conclusión es que el órgano jurisdiccional debe conocer procesos litigiosos. Dicho ello, los procesos no contenciones deben ser desjudicializados para poder solucionarse en otra vía: la administrativa, como lo viene siendo en otros países del mundo.

En segundo lugar, con fecha 30 de noviembre del 2021, se realizó la entrevista al profesional de nombre Orlando Pacheco Mercado, quien es notario en la Notaría Pacheco Mercado, y frente a la pregunta sobre qué concepto u opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en vía judicial, nos comentó que se debe tener en cuenta lo siguiente.

Primero, cuando la filiación se realiza en la vía judicial, suele desprotegerse a la madre y al hijo, pues los someten a un proceso largo, costoso e incierto. Segundo, recarga la labor judicial, por lo que debería ser suficiente la prueba de ADN como único e irrefutable medio probatorio en sede administrativa.

Por otro lado, respecto a si los notarios públicos deberían tener facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, el Dr. Pacheco es de la postura que es innecesaria la intervención del notario cuando hay acuerdo entre las partes involucradas, pues esto ya se encuentra normado en el Código Civil. Diferente situación se da cuando hay discrepancia en sede notarial, por lo que el reconocimiento podría basarse en una prueba de ADN u otra medida científica confiable que sea eficiente e irrefutable.

Ahora bien, en caso se dieran facultades a los notarios en este tema, el experto considera que el procedimiento más adecuado que deberían seguir los notarios es, en primer lugar, la notificación a las partes involucradas, tomando en cuenta el debido proceso, para que puedan ejercer su derecho de oposición al procedimiento notarial. En caso de que el involucrado no se oponga, se debe

presumir una aceptación tácita. Así, la solicitud de reconocimiento de filiación se formalizará en un acto protocolar con el aviso a las entidades gubernamentales correspondientes.

Finalmente, señala que se debe tomar en cuenta la tendencia mundial en la resolución de conflictos en sedes extrajudiciales. Por citar algunos ejemplos, el doctor nos menciona los procedimientos no contenciosos notariales, los arbitrajes, los centros de conciliación, las transacciones, entre otros. Por ello, es importante fortalecer los mecanismos extrajudiciales para garantizar la idoneidad de los funcionarios privados.

En tercer lugar, hemos realizado la entrevista al Dr. Jesús Sumi Huanca, quien trabaja en la notaría Jesús Sumi Huanca. De tal forma, al momento de formularle la primera pregunta que trata sobre la concepción actual que tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en vía judicial, nos contestó que debido a la carga procesal que tiene el Poder Judicial, el proceso de filiación no tiene un plazo de conclusión. En otras palabras, el proceso puede durar muchos años, en perjuicio de los justiciables.

Asimismo, el Dr. Sumi es de la opinión que los notarios públicos sí deberían tener facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú, cuando las partes involucradas estén de acuerdo, en tanto que al existir consenso, ya no hay *litis*. Por lo tanto, es preciso poder recurrir a ese mecanismo extrajudicial que declare la filiación en un breve tiempo y a bajo costo.

Por otro lado, ha señalado el procedimiento que tendrían que llevar a cabo los notarios públicos frente a dicha materia, tomando como referencia los plazos y procedimientos establecidos en la Ley N°26662, correspondiente a la Sucesión intestada.

En conclusión, es de la idea de que con la incorporación de estas facultades a los notarios públicos, no solo se beneficiarían a las partes interesadas, sino que disminuiría la carga procesal existente en el Poder Judicial.

Finalmente, se entrevistó al Dr. Fidel Paredes Aliaga, con fecha 17 de enero de 2022, quien trabaja en la notaría Paredes Aliaga. Así, al momento de realizarse

la primera pregunta respecto a qué opinión tiene sobre el proceso de filiación

ENTREVISTAS A EXPERTOS

extramatrimonial en la vía judicial, señaló que el mayor inconveniente del Poder Judicial es la carga procesal, lo cual trae como consecuencia que los procesos sean largos.

Ahora bien, respecto de si los notarios públicos deberían tener las facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, en el Perú, cuando existe acuerdo entre las partes involucradas, es de la postura de que sí deberían verse, en sede notarial, los procesos no litigiosos, pues son más ágiles y rápidos de acuerdo a los plazos cortos que la misma ley fija.

Asimismo, señaló que el proceso que deberían seguir los notarios públicos, para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, sería, en primer lugar, el presentar la solicitud por las partes interesadas. Seguidamente, presentar el acta de conciliación que acredite el acuerdo de las partes involucradas, realizado en un Centro de Conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia. Luego de ello, los notarios deben expedir una declaración notarial con amparando dicha solicitud o rechazándola, en el plazo de 10 días.

Por último, es de la idea de que el presente tema da para presentar un proyecto de ley, debido a la relevancia que tendría su incorporación en el ordenamiento jurídico, pues permitiría resolver conflictos de forma pacífica.

Cuadro No. 6. Entrevistas a Notarios Públicos

PREGUNTAS	Toribio Marcial Huanca Cayllahua	Orlando Pacheco Mercado	Jesús Suni Huanca	Fidel Paredes Aliaga
¿Qué opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial?	El proceso de filiación extramatrimonial no tendría que conocerse en sede judicial por la recargada labor de los operadores de justicia.	La filiación en vía judicial puede llegar a ser un agravio para la madre y el hijo, pues se les somete a un proceso largo, costoso e incierto. Debería bastar la presentación de la prueba de ADN en sede notarial.	Con la carga procesal del Poder Judicial, el proceso de filiación no tiene plazo de conclusión, en perjuicio de los justiciables.	El Poder Judicial cuenta con carga procesal, lo cual trae como consecuencia que los procesos se tornen largos.
¿Considera que los notarios deberían tener facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, en el Perú, cuando exista un acuerdo entre las partes involucradas?	Por tratarse de un hecho que no tiene naturaleza litigiosa, deber ser tramitado en sede notarial.	En el Código Civil, está regulado el acuerdo entre las partes involucradas. Por ende, es innecesaria la intervención notarial. Sin embargo, cuando hay discrepancia, sí debería acudir a un notario para que declare el reconocimiento filial, mediante una prueba de ADN.	Cuando las partes están de acuerdo, ya no hay litis. Por lo tanto, los notarios deberían tener facultades para declarar la filiación en un tiempo corto y a bajo costo.	Está de acuerdo en que los procesos no litigiosos se lleven vía notarial, pues son más ágiles y rápidos de acuerdo a los plazos cortos que la ley fija.
¿Cómo sería el procedimiento que deben seguir los notarios para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el	La misma metodología aplicada a las adopciones de persona capaz. Esto es, mediante una minuta firmada por los padres biológicos, así como el documento que acredite el acuerdo	Primero, notificar al involucrado. Luego de ello, si no se genera oposición al procedimiento notarial, se presume aceptación tácita. Se debe formalizar el acto de reconocimiento de filiación	Conforme a los plazos y procedimientos de la Ley N° 26662, correspondiente a la Sucesión Intestada.	Primero, se tendría que presentar una solicitud. Segundo, el acta de conciliación de las partes involucradas. Por último, la emisión de la declaración notarial en el

Perú?	entre los otorgantes.	extramatrimonial en un acto protocolar, previo aviso a la entidad estatal correspondiente.		plazo de 10 días.
¿Tiene un aporte final?	Los procesos no contenciosos deben ser desjudicializados para ser solucionados en sede administrativa.	Hay una tendencia a resolver los conflictos en sede extrajudicial, tales como el arbitraje, los centros de conciliación, las transacciones, etc.	El poder acudir a la sede notarial para declarar la filiación extramatrimonial no solo beneficia a las partes, sino que disminuiría la carga procesal del Poder Judicial.	Este tema es de tal relevancia como para proponer un proyecto de ley, ante el Congreso de la República.

5.3.2. Filiación del hijo extramatrimonial en sede notarial

- Viabilidad de la filiación extramatrimonial en sede notarial

En primer lugar, es importante señalar la viabilidad de la filiación extramatrimonial en sede notarial por las siguientes razones. Por un lado, están los deberes de asistencia que tiene el padre biológico para con el hijo. Estas obligaciones son efectos directos de la filiación de hecho que es inherente al ser humano por el solo hecho de ser engendrado. En tal sentido, podemos señalar lo siguiente:

Existe gran impacto social y jurídico en cuanto y en tanto exista un reconocimiento tardío de la paternidad, puesto que, genera una gran repercusión al Estado el que menores no tengan paternidad reconocida, generando problemas de identidad paternal, esto, genera a su vez la viabilidad de figuras jurídicas que traten en lo posible de solucionar este tipo de cuestiones. (Bacilo, 2018, pág. 16)

En otras palabras, el reconocimiento de la filiación constituye un pilar importante para el nacimiento de obligaciones del padre biológico para con el hijo, de tal manera que, mientras más facilidades se le otorguen al reclamante

de la identidad, como poder acudir a la vía notarial, menos problemas de identidad paternal se desarrollarán en la sociedad.

Por otro lado, la sede notarial es un proceso rápido, privado y seguro, encabezado por profesionales imparciales del Derecho. De esa manera, se prepondera determinar, pacíficamente, la filiación extramatrimonial, a través de una prueba de ADN o cualquier otra de naturaleza científica con igual o mayor certeza.

Finalmente, el notario se encuentra capacitado para dar validez a un acto de reconocimiento de filiación extramatrimonial, cuando así lo acredite la prueba científica, de tal forma que concluirá el proceso cuando se declare la paternidad o no paternidad del solicitante. Al respecto, podemos señalar lo que sigue a continuación:

En el caso de hijo menor de edad, la solicitud deberá ser presentada por la madre que ha reconocido el hijo y el presunto padre cuya paternidad se invoca. En el supuesto caso de que el hijo sea mayor de edad, bastará con el consentimiento de este, y del presunto padre o madre que lo haya reconocido o cuyo reconocimiento se pretenda obtener. (Mejía, 2015, pág. 17)

En tal sentido, sí es viable ver procesos de declaración de filiación extramatrimonial en sede notarial, debido a la que los notarios son profesionales capacitados; es una vía más rápida y eficaz; y beneficia al menor de edad, además de promover una paternidad responsable.

- Importancia de la prueba de ADN y su incidencia para la filiación extramatrimonial en sede notarial

Es menester que la declaración de filiación, obtenida por sentencia judicial, se debe acreditar, mediante inscripción en el Registro Civil, en tanto que hay una presunción de paternidad dentro del matrimonio.

Dicho ello, pasamos a analizar la importancia de la prueba de ADN, realizada en un proceso contencioso, con la finalidad de acreditar el parentesco entre el padre biológico y el menor de edad.

La realización de ADN, como prueba científica de 99.9% de certeza, es importante en un proceso de filiación extramatrimonial, ya sea en vía judicial o notarial, pues permitirá determinar genéticamente la relación existente entre personas, de tal manera que las diferencia y encasilla en un perfil biológico distinto, independientemente de la existencia de un hermano gemelo, idéntico o monocigótico.

La obtención de material genético se hará, por ejemplo, a través de vestigios biológicos como la saliva (lo más común), piezas dentales, cabello obtenido de la raíz, semen, etc., por citar lo más comunes, pero también se puede recurrir a otros tejidos corporales.

En tal sentido, resulta de gran importancia contar con un perfil genético, pues permitirá caracterizar a las personas y, con ella, determinar su la identidad frente a los demás. De tal forma, el ADN es un instrumento que permite identificar a las personas iguales o mejor que las huellas dactilares. Por ello, a dicha prueba científica también se le denomina huella genética.

Por otro lado, el ADN, utilizada como prueba de paternidad, conlleva a señalar las siguientes precisiones:

Según Bacilio (2018), son varias las situaciones que se presentan para poder ejecutar el análisis del ADN, cuando se acreditar identificaciones genéticas se trata. Así, por ejemplo, se puede citar las siguientes:

1. La diagnosis de parentesco biológico, en su mayoría se realizan cuando hay una paternidad cuestionada, pero también se pueden realizar diagnósticos de otras clases de paternidad, hasta incluso de maternidad.
2. La determinación de vestigios biológicos relacionados con delitos, por ejemplo el identificar cadáveres de personas que han sufrido un accidente o catástrofe, personas desaparecidas. - Reglamentación jurídica. - Obligatoriedad de implementar mecanismos que protejan a los menores no reconocidos. - Mayor utilización de descarga en la competencia jurisdiccional en los procesos de filiación. (pág. 18)

En tal sentido, es común que la prueba de ADN sea mayormente utilizada en los procesos judiciales. Es decir, cuando el juez solicite al presunto padre que acredite con dicha prueba si es o no el padre biológico del menor de edad. Asimismo, para casos de accidentes o esclarecimientos de delitos, también es una prueba científica que permite obtener evidencias de los autores, víctimas, etc.

- Requisitos esenciales para la filiación extramatrimonial en sede notarial

Para realizarse la prueba de ADN, con los fines de acreditar la paternidad en un proceso de filiación en sede notarial, cuando no haya discrepancias entre el padre biológico, la madre biológica y su cónyuge, se deberá tener en cuenta los siguientes presupuestos:

Por un lado, en un contexto en el que a madre no guste de participar de la ejecución del ADN, esta prueba es considerada tan confiable, certera y valiosa que se puede prescindir de la presencia de aquella, siendo que no disminuirá el grado de certeza que la prueba que se realice de a tres.

Cabe especificar que, cuando señalamos que se puede prescindir de la participación de la madre del menor, únicamente será para aspectos presenciales, específicamente cuando aún no ha cumplido la mayoría de edad su hijo y, por ende, no se ha declarado la paternidad o reconocimiento del supuesto padre. Entonces, estamos ante la situación de que la madre es la púnica representante legal de su hijo menor de edad. Por ende, tiene derecho participar de forma presencial la realización de la prueba.

Al respecto, Plácido (Citado en Bacilo, 2018), nos comenta la siguiente precisión, respecto a la presencia de la madre:

La toma de muestra a la madre no afecta ni altera el resultado de la filiación entre el hijo y el supuesto padre. En algunas legislaciones, como la brasileña, al referirse a la madre se origina solo con fines meramente administrativos, esto es, de autorización, pero no para que sea tenida como parte para la toma de muestras. Es por ello que, cuantas veces se tome la prueba, el resultado siempre será comparativo de dúo entre las dos personas respecto de las cuales se pretende establecer la filiación

(el hijo y su supuesto padre o madre), según el caso que se esté investigando o impugnando (pág. 23)

Por otro lado, respecto a la presencia o participación del presunto padre, madre o hijos fallecidos, desaparecidos o ausentes, es importante la verificación del lugar donde se realizará la prueba de ADN. Es decir, debe ser un laboratorio garantizado y debidamente autorizado para realizarse pruebas científicas, acorde a procedimientos idóneos y serios, que no entorpezcan ni disminuyan la certeza del 99,99%. Caso contrario, no se considerará como una prueba que hay tenido un resultado fiable, certero y concluyente, alargado más la incertidumbre de la filiación genética.

CONCLUSIONES

- PRIMERO : Se concluye que en el ordenamiento jurídico peruano los Notarios Públicos deben tener facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial, ello siempre y cuando no exista contienda entre las partes involucradas. Se debe considerar que los Notarios ya tienen establecidas facultades en materia de derecho de familia, tales como el divorcio, la sucesión intestada, reconocimiento de unión de hecho, la adopción de personas mayores, entre otros.
- SEGUNDO: Se concluye que los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú deben ser que se no exista litis en la declaración, así como adjuntar la partida de nacimiento del menor que corrobore el no reconocimiento del menor y la prueba de ADN que acredite la paternidad.
- TERCERO: Se concluye que el trámite que deben seguir los Notarios Públicos es que en principio debe ser verificar que la solicitud presentada cumpla con los requisitos esenciales para admitirla, posteriormente a ello deberá convocar a una audiencia a las partes involucradas a fin de verificar la voluntad de estas y emitir el acta correspondiente, así como la comunicación respectiva al Reniec a fin de solicitar la emisión de una nueva partida.
- CUARTO: Los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial pueden ser reconocidos en sus derechos, identidad y verdad biológica, a través del proceso de la filiación extramatrimonial. En tal sentido, esta figura legal es de vital importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues es el único medio que reconoce y establece la identidad de quien, en un principio, no se reconoció como hijo del cónyuge de la mujer.

QUINTO : Resulta conveniente y beneficioso para el Estado peruano, específicamente para el Poder Judicial, el que el proceso de reconocimiento y declaración de paternidad de un hijo extramatrimonial sea en un proceso no contencioso, siempre y cuando las partes interesadas en la declaración de filiación estén de acuerdo, y se encuentre claramente acreditada la paternidad del padre biológico, pues esta vía es la más idónea al permitir que se lleve a cabo de forma célere, eficaz y con seguridad jurídica.

SEXTO : El procedimiento de reconocimiento en sede notarial deberá respetar la garantía de una tutela judicial efectiva. En tal sentido, cuando el padre biológico solicitante de la paternidad acuda a la notaría para que se le declare padre legal del menor, el notario deberá validar la presentación de ADN o cualquier otra prueba científica con igual o mayor certeza, además de un documento firmado por las involucrados, en donde manifiesten estar de acuerdo con la declaración de paternidad del padre biológico.

SÉTIMO: En nuestra legislación, la prueba de ADN es considerada un medio probatorio suficiente para acreditar la paternidad y de necesaria utilización en un proceso judicial. Con ella, se puede destruir cualquier presunción de paternidad que beneficia al menor de edad nacido dentro o fuera del matrimonio. En esa línea, en sede notarial, permitiría comprobar o descartar la paternidad de quien se manifiesta, voluntariamente, el presunto padre del menor, sin necesidad recurrir a un juez para que lo establezca. Por ende, la intervención del notario, en uso de sus facultades, daría fe de dicho acto, reconociendo la filiación extramatrimonial.

OCTAVO: En ese sentido, se concluye que la presente investigación aporta información relevante respecto a la posibilidad de ampliar las facultades a los Notarios Públicos y que pueda ser de su conocimiento la declaración de la filiación extramatrimonial, siempre y cuando certeza de que el padre biológico no es el padre legal, asimismo, que las partes se encuentren de acuerdo con dicha declaración.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda ampliar las facultades a los notarios públicos, en materia de familia, para que puedan declarar la filiación extramatrimonial, cuando estamos ante un procedimiento no contencioso. Esto quiere decir que, solo en los supuestos en donde el padre biológico, el padre legal y la madre del menor estén de acuerdo en que el primero obtenga la calidad de padre, podrá solicitarse el reconocimiento de dicha filiación en sede notarial, sin importar que haya nacido dentro o fuera del matrimonio.
- Se recomienda facilitar la carga procesal del Poder Judicial en materia de familia, estableciendo a la sede notarial una vía para obtener el reconocimiento de la filiación extramatrimonial, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de comprobación de paternidad. De tal forma, se prepondera el derecho a la identidad y el interés superior del niño.

En base a lo expuesto, se presenta el siguiente proyecto de ley, para fines académicos y políticos.

PROYECTO DE LEY

LEY QUE OTORGA FACULTADES A LOS NOTARIOS PÚBLICOS PARA DECLARAR LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL CUANDO NO HAY CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES INVOLUCRADAS

Artículo 1. Objeto y finalidad de la ley

La presente ley tiene como objeto otorgar facultades a todos los Notarios Públicos del Perú para declarar la filiación extramatrimonial en los casos en

que el padre biológico, la madre biológica y su cónyuge estén de acuerdo, en base a la celeridad, eficacia y seguridad jurídica que brinda la sede notarial.

Art. 2. Competencia

Los Notarios Públicos tienen competencia para declarar la filiación extramatrimonial en los casos en que exista acuerdo entre el padre biológico, la madre biológica y el cónyuge de esta y cuando el ADN u otra prueba científica de igual o mayor certeza lo acrediten.

Art.3. Solicitud

Quien cuente con legítimo interés para que se le declare la paternidad puede acudir a un procedimiento vía notarial, para pedir al Notario correspondiente que declare la filiación extramatrimonial, otorgándosele la calidad de padre ante la ley, cuando estemos ante un caso no litigioso.

Art.4. Procedimiento

A la solicitud se deberá adjuntar la partida de nacimiento del menor, así como la prueba de ADN que acredite la paternidad, así como la respectiva tasa. Una vez calificada la solicitud se notifica a las partes por un plazo de 30 días, transcurrido ello se convocará a una Audiencia ante el Notario. Una vez declarada la filiación se remitirán los partes respectivos al Reniec.

Art. 5. Cumplimiento y sanción

Los profesionales de Derecho tienen que actuar bajo el principio de legalidad e imparcialidad, siendo diligentes al momento de otorgar la declaración de filiación al solicitante que ha cumplido válidamente con los requisitos y procedimientos establecidos en el artículo 2 y 3 de la presente ley. En caso de transgresión a la ley, la sanción a aplicar será determina por el Colegio de Notarios de la ciudad correspondiente.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. INTRODUCCION

El Perú así como otros Estados parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño están en la obligación de crear políticas públicas que salvaguarden la identidad y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. El principio del interés superior del niño y adolescente, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos del Niño aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959, estableció en el artículo 2 —El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Lo que implica que es prioridad del Estado velar en primer lugar, por el supremo derecho que tiene toda persona a ser identificada y en especial cuando se trate de un menor de edad en estado de indefensión.

La familia es un hecho social universal. Esta institución se sitúa como una estructura básica de la sociedad, pues en esta los padres se relacionan con los hijos/as a través de fuertes lazos afectivos y consanguíneos. El abandono paterno es un problema social que afecta múltiples esferas de la vida de los niños, niñas y adolescentes. Consecuentemente, la ausencia del padre implica la existencia de familias monoparentales que son jefaturadas por las madres. Desde un enfoque de derecho, el desconocimiento de la verdad biológica debilita el ejercicio pleno de los derechos civiles y legales del menor de edad.

Como es de público conocimiento nacional, nuestro país tiene una alta tasa de familias con dificultades económicas y conducidas por madres solas, es importante la declaración de paternidad, pues gozar de alimentos también es un derecho fundamental. Además, es importante considerar los casos en los que no existe litis con respecto a la paternidad del menor, pues tanto el padre biológico como el esposo y la madre pueden recurrir a la economía procesal para evitar un proceso tedioso.

En ese sentido, en aras de proteger la identidad del menor y apostar por la prontitud y reducción de carga judicial, la actual propuesta legislativa propone

que se otorguen facultades a los notarios públicos para declarar la filiación extramatrimonial cuando no hay controversia entre las partes involucradas.

II. FUNDAMENTOS DE NUESTRA INICIATIVA LEGISLATIVA

1. Nuestra iniciativa legislativa no solo tiene fundamento supra legal, constitucional y convencional pues la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Declaración Universal de los Derechos del Niño forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

2. Esta medida legislativa se hace no solo necesaria, sino también justa, pues es momento que los derechos de los niños, niñas y adolescentes sean considerados en las diversas políticas que establece el Estado anualmente dejen de ser declarativos para lograr materializar el gozo y disfrute de ciertos derechos que les deben corresponder por su edad.

3. En los procesos de filiación, el derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes es el derecho fundamental principal que se encuentra involucrado. En esa medida es oportuno y necesario detenerse en este punto para poder dimensionar la importancia del rol que tiene el Estado en el marco de la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

4. La Constitución Política del Perú reconoce en el artículo 2, inciso 1, el derecho fundamental a la identidad. Al respecto el Tribunal Constitucional, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, ha dado contenido a este derecho a través de su jurisprudencia. Así, en la STC EXP. No. 4444-2005-PH/TC, fundamento 4, segundo párrafo, ha indicado que el derecho a la identidad comprende el derecho a un nombre y que esto implica el derecho de conocer a los padres y conservar sus apellidos; es decir, el derecho a la verdad biológica.

5. El mismo colegiado también ha reconocido que cuando no se descarta o se establece verazmente el vínculo parental entre el presunto padre o madre y el menor, se genera una incidencia inevitable en el proyecto de vida,

reconociendo también el rol estatal de adoptar medidas para la garantía del derecho a la identidad en la STC EXP. No. 000550-2008-PA/TC.

6. Con respecto a la obligación de los Estados parte en relación al interés superior del niño, la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre —El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” ha indicado que los Estados —~~de~~ben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.

7. En esa línea, la legislación peruana recoge lo documentado en la Observación General 14 y establece en la Ley No. 30466 —~~La~~ Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño” que el interés superior es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que le otorga al menor el derecho a que se le considere de forma primordial en todas las medidas que lo afecten directa o indirectamente.

III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La presente Ley otorga facultad a los notarios para declarar la filiación extrapatrimonial cuando no media conflicto y así se otorgan a los niños, niñas y adolescentes derechos, beneficios y se garantiza su goce.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La importancia que tiene el indentificar a un menor en sus primeros años de edad significa el ahorro de un importante costo social así como un menor gasto en programas sociales por parte del Estado a largo plazo. También implica un ahorro de gastos procesales y reducción de la carga procesal, pues los juzgados suelen llevar muchos casos sobre declaración de paternidad, ya que cuando existe conflicto el tiempo para llegar a un acuerdo se transforma en eterno.

La declaración de paternidad simple involucra el inicio de una creación de toda la esfera del bloque derechos constitucionales que confiere el Estado a todo ser humano, y significa también la inversión oportuna de recursos en un ciudadano que está plenamente identificado; en la presente norma se busca que el notario, sin más trámite, tenga la facultad de declarar la paternidad del menor de edad cuando no existe conflicto en relación a sus antecedentes biológicos.

Representa un gran ahorro al aparato público la simplificación de los procesos que en la actualidad se llevan en el Poder Judicial por filiación extramatrimonial, dejando la realización de dilatorias audiencias que relegan el otorgamiento de dos derechos humanos esenciales como el de la identidad y de alimentos.

Por último, la presente iniciativa legislativa no irroga gastos para el Estado, puesto que las partes involucradas incurrirán en los gastos notariales, lo cual no demanda recursos adicionales del tesoro público.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, VI(1), 223-247.
- Arrázola Jaramillo, F. (2014). Concepto de seguridad jurídica, elemento, amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de derecho público*, 4-27.
- Aguilar Cavallo, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, VI(1), 223-247.
- Aguilar Llanos, B. (2017). *Matrimonio y filiación. Aspectos patrimoniales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ales Uría Acevedo, M. d. (2012). *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Arias Montoya, O. (2019). *El deber de asesoría del notario*. Obtenido de https://polemos.pe/deber-asesoria-del-notario/#_ftnref1
- Arrázola Jaramillo, F. (2014). Concepto de seguridad jurídica, elemento, amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de derecho público*, 4-27.

- Bacilo, K. (2018). Viabilidad de un Procedimiento Administrativo en Reniec a través del cual se pueda lograr el reconocimiento de paternidad. *Tesis para obtener el título profesional de abogada*, 1-111. (U. C. Vallejo, Ed.) Trujillo, Perú.
- Barbero, D. (1967). *Sistema del derecho privado* (Vol. II). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Barragán, A. (1979). *Manueal de derecho notarial*. Bogotá: Editorial Temis Librería.
- Blasco Gascó, F. (2021). *Instituciones del derecho civil. Derecho de familia* (Cuarta ed.). Valencia: Tirant lo blanch.
- Carral y De Teresa, L. (1978). *Derecho Notarial y Derecho Registral*. Mexico: Editorial Porrúa.
- Casación N° 2151-2016 (Corte Suprema de Justicia de la República 2018).
- Casación N° 299-2000A, Huancavelica (Corte Suprema de Justicia de la República 2000).
- Castillo Cordova, L. (2012). *El proceso de acceso a la función pública notarial: análisis constitucional*. Lima: Gaceta Constitucional: Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogado y jueces.
- Castillo Santiago, R., & Hernández Domínguez, E. E. (2019). *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*. Ciudad de México: Tirant lo blanch.
- Comite General de los Derechos del Niño. (2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Naciones Unidas. Obtenido de https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf
- Concuera García, M. (2007). Instrumentos extraprotocolares, Decreto Legislativo N° 1232. En A. notarial. Lima: Gaceta Notarial.

- Donnier, M. (1987). *L'intérêt de l'enfant* (décimo segunda ed.). (E. Fraurerit, Trad.) De Palma: Dalloz Chronique.
- Flores-Flores, P. J. (2015). *El reconocimiento extramatrimonial del hijo de la mujer casada. Análisis y nueva perspectiva*. Lima. Obtenido de https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos_investigadores/EL_RECONOCIMIENTO_EXTRAMATRIMONIAL_DEL_HIJO_DE_LA_MUJER_CASADA.pdf
- Gattari, C. (2011). *Manual de Derecho Notarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gete-Alonso y Calera, M. d., & Solé Resina, J. (2014). *Filiación y potestad parental*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Gete-Alonso y Calera, M. d., & Solé Resina, J. (2021). *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Gómez de la Torre Vargas, M. (2017). *Sistema filiativo. Filiación biológica*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Gonzales Barron, G. (2015). Tecnología y seguridad jurídica en las modificaciones recientes de la ley peruana de notariado. *Ius*, 249-273.
- González, C. (20 de septiembre de 2016). *La Tercera*. Recuperado el 14 de noviembre de 2021, de <https://www.latercera.com/noticia/el-73-de-los-ninos-nacio-fuera-del-matrimonio-la-cifra-mas-alta-de-la-historia/>
- Hawie Lora, I. (2020). *Manual de Procesos Judiciales de Familia*. Lima: Era Jurídica E.I.R.L.
- Idrogo, L. (2017). La Responsabilidad Civil derivada por la falta de reconocimiento voluntario en la filiación extramatrimonial. *para optar el grado académico de maestra en Derecho con mención en Civil y Comercial*. Lambayeque, Perú. Obtenido de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7393/BC-1481%20IDROGO%20VERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Jara, R., & Gallegos, Y. (2012). *Manual de derecho de familia*. Lima: Jurista Editores.

- Landa Arroyo, C. (1990). Apuntes para la protección constitucional de los derechos sociales de la familia. En *La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez* (págs. 125-154). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, XIII(1)*, 51-70.
- Lucas Baque, S., & Albert Marquez, J. (2019). Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad. *Polodelconocimiento*, 41-66.
- Mallqui Luzquiños, M. (2015). Consideraciones generales sobre la importancia del derecho notarial en el Perú. *Ius, Revista de investigación jurídica*, 1-18.
- Mejía, R. (2015). *Declaración notarial de paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial*.
- Mejía, R. (2015). Declaración notarial de paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial. 1-19.
- Mora Vargas, H. (2013). *La función notarial*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Núñez Palomino, P. (2017). *Comentarios a la Ley del Notariado*. Lima: Grijley.
- Olortegui, R. I. (2010). Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial. *Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial*, 1-186. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Pinedo Aubián, M. B. (2019). *El proceso de familia. Un tratamiento realista del conflicto familiar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Puente de la Vega, M. (2016). Los actos de disposición y gravamen en la función notarial. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 299-310.

- Rada, P., & Bustos, R. (2021). Derecho a la identidad. En *Curso de derechos fundamentales* (págs. 923-950). Valencia: Tirant lo blanch.
- Ramírez Huaroto, B. (29 de marzo de 2018). *El control difuso de constitucionalidad de las normas de filiación*. Obtenido de LP Pasión por el derecho: <https://lpderecho.pe/control-difuso-constitucionalidad-normas-filiacion/>
- ROL N° 1102-2015 (Corte Suprema de Justicia de Chile 2015).
- ROL N° 4311-2013 (Corte Suprema de Justicia de Chile 2013).
- Savatier, R. (2003). *L'enfance dispute. Sauvegarde de l'enfance* (vigésimo tercera ed.). (S. Migniani, Trad.) Ciudad de México: UNAM.
- Sokolich Alva, M. I. (2013). La aplicación del principio del interés superior del niño por el sistema judicial peruano. *VOX JURIS*, XXV(1), 81-90.
- Sotomayor Bernos, C. (1991). Discurso Pronunciado por el día del notario peruano. *Revista del Colegio de Notarios*.
- Tambini Avila, M. (2006). *Manual de derecho notarial*. Lima: Editorial Nomos y Thesis.
- Tarragon Albella, E. (2011). La función notarial: su fundamento, concepto de notario; examen del artículo 1 del Reglamento notarial. Características del notariado latino. En *Derecho notarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Torres Ochoa, I. (1969). *La fé pública notarial*. Mexico D.F: Escuela libre de derecho.
- Valencia Zea, A. (1970). *Derecho civil* (Vol. V). Bogotá: Editorial Temis.
- Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, Derecho y Genética*. Lima: Fondo de Cultura Económica- Perú.
- Varsi Rospigliosi, E. (2006). *El proceso de filiación extramatrimonial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2010). *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial* (Segunda ed.). Lima: Jurista Editores.

Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. IV). Lima: Gaceta Jurídica.

Villavicencio, M. (2009). *Manual de derecho notarial*. Lima: Jurista editores.

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMAS	OBJETIVOS	METODOLOGÍA
<p>“La declaración de filiación extramatrimonial en sede notarial”</p>	<p>Problema principal ¿Deberían tener facultades los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?</p>	<p>Objetivo principal Establecer si los Notarios Públicos deberían tener competencia para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú.</p>	<p>Enfoque: Cualitativo</p> <p>Diseño: No experimental</p> <p>Método: Descriptivo y hermenéutico</p> <p>Nivel: Exploratorio</p>

	<p>Problemas secundarios</p> <p>¿Cuáles serían los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?</p> <p>¿Cuál es el trámite que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?</p>	<p>Objetivos secundarios</p> <p>Determinar los requisitos esenciales para que los Notarios Públicos declaren la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú.</p> <p>Establecer el trámite que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú.</p>	<p>Técnicas: Documentos (Las disposiciones) y Entrevistas (Expertos)</p> <p>Instrumentos: Fichas y guía de entrevista.</p>
--	--	--	--

ANEXO 2

GUIA DE ENTREVISTA

CUSCO

FICHA DE ENTREVISTA A EXPERTO
(ANEXO N° 01)

Agradeceré a su digna persona en su calidad de experto tenga a bien contestar todas y cada una de las preguntas, su aporte será muy valiosa a efectos de recoger información relevante que contribuya al logro de un trabajo de investigación de tesis para optar el grado de **Maestro en Derecho Registral y Notarial por la UNIVERSIDAD NACIONAL SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO (UNSAAC)**.

Título de la tesis: "DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN SEDE NOTARIAL"

Entrevistador:

CHARLES LEYTON ALZAMORA ZEA

Experto(a) entrevistado(a)

Toribio Marcial Huanca Cayllahua

Lugar y fecha:

Anta-Cusco, 18 de nov. 2021

Institución:

Notario de Anta

Cargo:

NOTARIO

Preguntas:

1. ¿Qué opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial?

Por lo regular labor de los operadores de justicia no requiere conocer en sede judicial la filiación extramatrimonial.

2. ¿Considera que los Notarios Públicos deberían tener las facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú cuando exista acuerdo entre las partes involucradas?

Por tratarse de un hecho que no tiene naturaleza litigiosa debe ser tramitado en sede notarial.

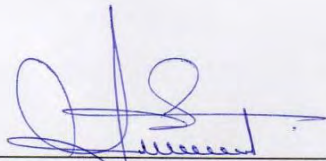
3. En caso considere que sí deberían tener facultades los notarios en este tema, ¿Cómo sería el procedimiento que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?

Se aplicaría la misma metodología de las adopciones de persona capaz, mediante minuta firmada por los padres biológicos, anexando documentos que acrediten la manifestación de los otorgantes, en especial documento que acredite la concepción del hijo extramatrimonial.

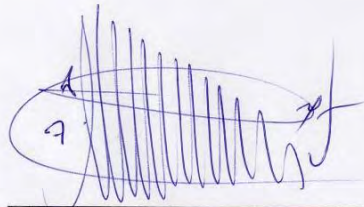
4. ¿Tiene algún aporte final?

El órgano jurisdiccional debe conocer procesos ligeros, por tanto que los procesos no contenciosos debe ser desjudicializado para ser solucionado en sede administrativa como es la tendencia mundial.

Gracias.



FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADO
Toribio Marcial Huanca Cayllakua



FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADOR
Charles Leyton Alzamora Zea.

FICHA DE ENTREVISTA A EXPERTO

(ANEXO N° 01)

Agradeceré a su digna persona en su calidad de experto tenga a bien contestar todas y cada una de las preguntas, su aporte será muy valiosa a efectos de recoger información relevante que contribuya al logro de un trabajo de investigación de tesis para optar el grado de **Maestro en Derecho Registral y Notarial por la UNIVERSIDAD NACIONAL SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO (UNSAAC)**.

Título de la tesis: "DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN SEDE NOTARIAL"

Entrevistador:

CHARLES LEYTON ALZAMORA ZEA

Experto(a) entrevistado(a)

Orlando Pacheco Mercado.....

Lugar y fecha:

Av. Grau 438 - Cusco, 30 de noviembre de 2021

Institución:

Notario Pacheco Mercado.....

Cargo:

NOTARIO

Preguntas:

1. ¿Qué opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial?

La filiación cuando es en la vía Judicial constituye un agravio para la madre o para el hijo que lo reclama, por su cuenta es sometido a un proceso largo, costoso e insierto, además que recarga la labor judicial, deberá bastar la prueba del ADN como único e irrefutable medio probatorio en Sede Administrativa o Notarial.

2. ¿Considera que los Notarios Públicos deberían tener las facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú cuando exista acuerdo entre las partes involucradas?

Si existe acuerdo entre partes, estoya esta normada en el Código Civil, por lo tanto, hace innecesaria la intervención del Notario, cuando hay discrepancia en Sede Notarial podría responder el reconocimiento basándose en una prueba de ADN o cualquiera que sea en el futuro lo más eficiente e irrefutable.

3. En caso considere que sí deberían tener facultades los notarios en este tema, ¿Cómo sería el procedimiento que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?

Tomando en cuenta el debido proceso se debe notificar al involucrado para ejercer su derecho de oposición al procedimiento Notarial, en caso de no hacerse se presume aceptación tácita y la salubridad de reconocimiento de filiación se formaliza en un acta protocolar con aviso a la entidad Gubernates correspondientes.

4. ¿Tiene algún aporte final?

Ninguna, recién he sido entrevistado por el tema, sin embargo, la tendencia en la resolución de conflictos debe ser en ámbitos extrajudiciales como así tenemos los procedimientos No contenciosos Notariales, los Arbitrajes, los Centros de conciliación los transacciones y otras figuras Jurídicas, para cuya efecto se debe fortalecer los mecanismos Extrajudiciales como grandizar la idoneidad de los Funcionarios Privados.

Gracias.

FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADO

Orlando Pacheco Heredia

FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADOR

Charles Leyton Alvarado Zea

Juliaca - Puno

FICHA DE ENTREVISTA A EXPERTO

(ANEXO N° 01)

Agradeceré a su digna persona en su calidad de experto tenga a bien contestar todas y cada una de las preguntas, su aporte será muy valiosa a efectos de recoger información relevante que contribuya al logro de un trabajo de investigación de tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Registral y Notarial.

Título de la tesis: "DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN SEDE NOTARIAL"

Entrevistador:
CHARLES LEYTON ALZAMORA ZEA

Experto(a) entrevistado(a)
Jesús Sumi Huancá

Lugar y fecha:
Juliaca, 21 ENERO DE 2022

Institución:
NOTARIA Jesús Sumi Huancá

Cargo:
NOTARIO PÚBLICO

Preguntas:

1. ¿Qué opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial?

Con la carga procesal que tiene el poder Judicial, el proceso de filiación, no tiene plazo de conclusión, es decir puede durar muchos años, en perjuicio de los interesados.

2. ¿Considera que los Notarios Públicos deberían tener las facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú cuando exista acuerdo entre las partes involucradas?

Sí, los notarios deberían tener facultades, por cuanto al existir acuerdo de las partes y no hay litis, por tanto se puede declarar la filiación en breve tiempo y a bajo costo.

3. En caso considere que sí deberían tener facultades los notarios en este tema, ¿Cómo sería el procedimiento que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?

Conforme a los plazos y procedimientos que
señala la ley 26662, por los procedimientos
de sucesión Intestada

4. ¿Tiene algún aporte final?

Con ello no solo se beneficiaría a las partes,
sino, disminuiría la carga procesal en materia
del Poder Judicial

Gracias.

FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADO

Jesús Suni Huanca
ABOGADO
NOTARIO DE SAN ROMAN
JULIACA

CHARLES LEXTON ALZAMORA ZEA
ENTREVISTADOR

MAJES - Arequipa

FICHA DE ENTREVISTA A EXPERTO

(ANEXO N° 01)

Agradeceré a su digna persona en su calidad de experto tenga a bien contestar todas y cada una de las preguntas, su aporte será muy valiosa a efectos de recoger información relevante que contribuya al logro de un trabajo de investigación de tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Registral y Notarial.

Título de la tesis: "DECLARACIÓN DE FILIACIÓN EN SEDE NOTARIAL"

Entrevistador:

CHARLES LEYTON ALZAMORA ZEA

Experto(a) entrevistado(a)

FIDEL PAREDES ALIAGA

Lugar y fecha:

MAJES, 17 ENERO DE 2022

Institución:

NOTARIA PAREDES ALIAGA

Cargo:

NOTARIO PÚBLICO

Preguntas:

1. ¿Qué opinión tiene sobre el proceso de filiación extramatrimonial en la vía judicial?

El inconveniente en el poder judicial es la carga procesal que hace que los procesos se hagan largos

2. ¿Considera que los Notarios Públicos deberían tener las facultades para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú cuando exista acuerdo entre las partes involucradas?

Si como los procesos que se vienen siguiendo en vía notarial son mas ágiles y rapidos de acuerdo a los plazos cortos que la misma ley fija

3. En caso considere que sí deberían tener facultades los notarios en este tema, ¿Cómo sería el procedimiento que deberían seguir los Notarios Públicos para declarar la filiación del hijo extramatrimonial en el Perú?

1. Presentar Solicitud, 2. Acta de Conciliación (Centro de Conciliación Autorizado Ministerio de Justicia) con acuerdo de ambas partes. 3. Declaración Notarial en el plazo 10 días.

4. ¿Tiene algún aporte final?

Este tema es una buena iniciativa para presentar un proyecto de ley ante el Congreso para una alternativa más pronta al ciudadano para alcanzar una solución pacífica al conflicto.

Gracias.

FIRMA Y NOMBRE DE ENTREVISTADO

FIDEL PAREDES ALLAGA
ABOGADO - NOTARIO

CHARLES LEYTON ALZAMORA ZEA
ENTREVISTADOR

